

BİR CEZACIYLA GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 255

BİR CEZACIYLA GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE

ISBN: 978-605-5316-93-8

© Türkiye Barolar Birliği
Baskı Tarihi: Nisan 2014, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

Baskı
Ően Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

BİR CEZACIYLA GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE

B&M

Prof. Dr. Erdener YURTCAN

4.Kitap

Nisan 2014

ANKARA

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|----|
| Önsöz | 9 |
| Abdülkadir Yücelman'ın anısına..... | 11 |
| Konumuz: Geçici 15. madde | 12 |
| Ülkenin Manzarası..... | 14 |
| Düşünme Zamanı | 17 |
| Cumhurbaşkanının Görev Süresi | 18 |
| 35. Madde Darbe Yetkisi Vermez!..... | 21 |
| Memleketin Manzara-i Umumiyesi | 26 |
| TBB Başkanını Seçiyor..... | 28 |
| Avukatın aydın sorumluluğu | 28 |
| Hukuk platformunda avukatlık | 29 |
| Avukat olmak (staj ve sınav)..... | 29 |
| Avukatlık kıdem | 30 |
| Avukatlık ortaklıkları | 30 |
| 2016 ve Erzik..... | 31 |
| Baharla Gelen Kurultay | 32 |
| Konumuz Referandum | 35 |
| Nasıl Bir Türkiye'de Yaşamak?..... | 38 |
| Anayasa Değişikliği Teklifinde Yargı -I- | 39 |
| Anayasa Değişikliği Teklifinde Yargı -II- | 42 |
| Yargı Reformunda Bir Satırbaşı..... | 46 |
| Yüksek Adalet Kurumu için Anayasa Değişikliği | 47 |

| | |
|--|-----|
| Yüksek Adalet Kurumu | 48 |
| Yargı Reformu Diye Diye... .. | 49 |
| Yargıda Fırtına..... | 53 |
| Türban, türban diye yollara düşmek! | 57 |
| Henüz vakit geç değil..... | 59 |
| Yasanın Hükümleri ve Yorumları | 61 |
| Askeri yargının kapsamı..... | 67 |
| Anayasaya aykırılık sorununun değerlendirilmesi | 69 |
| Adaletin bu mu Yüksek Yargıtay? | 71 |
| I- Kavram | 74 |
| II-Adil Yargılanma Hakkının İçeriği..... | 76 |
| Benimki Yalnızca Bir Düş... .. | 79 |
| Dil Bayramını Kutlarken..... | 82 |
| Yar. CGK: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının (hagb) Denetimi..... | 85 |
| İade kavramına önceki iki yasanın bakışı | 87 |
| 5607 sayılı KMK'nın yaklaşımı | 87 |
| Konu : Teşhiste müdafî hazır bulunabilir mi ? | 99 |
| Uyarılama Yargılamasında Hata | 100 |
| 1. Dava zaman aşımı konusu: | 100 |
| Cezayı ağırlaştırma yasağının uygulanıp uygulanmayacağı: | 101 |
| III. 4928 sayılı Yasa değişikliği (6. uyum paketi) (6. uyum paketi) (15.7.2003) | 105 |

| | |
|---|-----|
| IV. Ölüm cezasının tümüyle kaldırılması | 105 |
| IV. 2004 Anayasa değişikliğinde ölüm cezası..... | 106 |
| Konutun Eklentisindeki Yağma, Nitelikli Yağma Mıdır? | 108 |
| Sistemi Değiştirmeye Var Mısınız ? | 110 |
| Bir Varmış, Bir Yokmuş | 113 |
| Bu Nasıl Bir Toplum? | 117 |
| Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Açısından 5728 Sayılı Yasa | 121 |
| 1. Basın Yasasındaki para cezaları..... | 128 |
| Cezai sorumluluk..... | 129 |
| Ceza Genel Kurulu Kararı çerçevesinde TCK'nın 312/2. maddesi üzerine birkaç not..... | 131 |
| CMK'nın Temel Yapısı-Tercihler-Beklentiler | 135 |
| CMK'nın Temel Yapısı..... | 135 |
| CMK'nın tercihleri | 136 |
| Beklentiler ve Değerlendirmeler..... | 151 |
| Buyur AB, işte uygulama !..... | 153 |
| Kurtarıcı: Kara çarşaf..... | 155 |
| I. Mahkum lehine yeni bir yargılamanın yenilenmesi nedeni. | 158 |
| 4771 sayılı Yasayla getirilen 327/a maddesi..... | 159 |
| Ne yapılmalıydı ? | 164 |
| Şahsi dava kavramı..... | 171 |
| Şahsi Davanın Niteliği..... | 173 |

| | |
|--|-----|
| Şahsi davaya konu olan suçlar ve bunların temel nitelikleri | 175 |
| Şahsi Davada Savcının Durumu | 178 |
| CMK'nın yaklaşımı ve öneriler | 184 |
| CMK'da Bir Baş Ağrısı : Temyiz Yargılamasının Kapsamı | 186 |
| Yıldızları Korumak | 190 |

Önsöz

Elinizdeki kitap “Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze” isimli serinin 4. kitabıdır.

Bu kitapta da, öncekilerde olduğu gibi, basında yayınlanmış yazılarımdan, bilimsel toplantılarda sunduğum bildirilerden, verdiğim konferanslardan bir demeti sizlere sunmaktayım.

Kitaptaki yazılar geçmişi anımsamaya hizmet etmektedir. Bu anımsama, hangi konuda ne kadar yol aldığımızın da bir göstergesini oluşturmaktadır.

Bu kitapta bir farklılık var, 3. kitaba oranla. Bu tamamen biçimsel bir fark. Yazıları konuları bakımından bölümlere ayırmadım. Karışık bir “düzen”in konuya çeşni katacağını düşündüm. Ayrıca okuyucu “içindekiler”den istediği yazıyı zaten seçebilir.

Bu kitapta kronolojik bir dizilme söz konusu; Yeniler önde; eskiler arkada.

Kitabı **Türkiye Barolar Birliği** ile yayınlıyoruz.

Yeni çalışmalarda buluşmak dileğiyle.

Prof.Dr.Erdener Yurtcan *Tarabya, Aralık 2013*

Abdülkadir Yücelman'ın anısına

Benim için Abdülkadir Yücelman önce bir isimdi Cumhuriyet'in spor sayfasında, yazılarını zevkle okuduğum. Takvim yaprakları tarihteki yerlerini alırken art arda, 1989 yılında Şenes Erzik'in çağrısı üzerine TFF'de göreve başladım. Futbolun hukukunu çekip çevirmemiz gerekiyordu.

1991 yılında Türk futbolunda bir yeni sayfa açıldı: Futbol özerk olacaktı. Bu konuda bana da görev düştü. 1992 yazında TFF'nin yeni Yasası çıktı.

Bu olgu benim hayatımda da yeni bir sayfa açtı. Abdülkadir Yücelman dostluğu sayfası.

Yeni yapılanma içinde her konuyu sorgulayan, sorunlara eğilen, araştıran o eşsiz kişiliği ile Türk futbolunun kurallarıyla FIFA ve UEFA kurallarını ne de güzel harmanlardı. Danıştığı kişilerden biriydim.

Kadife yumuşaklığındaki sesiyle, "Hocam, bugünlerde bir söyleşsek nasıl olur? " diyen sesi unutmam mümkün mü? Elbette değil. Ne de güzel sorular sorar, ne güzel konuları gündeme getirirdi. Genç nesillerin örnek alması gereken bir kişilik ve Usta'ydı O.

Bir dönem geldi ki, Cumhuriyet'in spor sayfasının yöneticiliğini gazetenin genç yıldızı Arif Kızılyalın'a bıraktı. O da bayrağı ne güzel taşıyor.

Yücelman denilince, Türk turizmine katkısından da kısaca söz etmem gerek. Gazetenin "Gezi" ekinin editörlüğünü üstlendi ve doğrularını hep yazdı, hep söyledi. Orada da buluştuk. O gazetecilikte bir üsluptu; sivri, fakat kibar bir kalem olmak.

Şimdilerde ne yapıyor dersiniz, ışıklar saçıyor, bizi aydınlatmayı sürdürüyor.

Işıklar içinde kal Koca Çınar. (Cumhuriyet, 1 Aralık 2010)

Konumuz: Geçici 15. madde

Birkaç gündür 1982 Anayasası ile konulan, 2010 Anayasa değişikliği ile kaldırılan geçici 15. madde gündemde. Bu konuda yazılanları ve söylenenleri ceza hukukunun ve ceza yargılaması hukukunun süzgecinden geçirmekte yarar var. Öyle ya, bilim insanlarının toplumu aydınlatma ödevi de söz konusu. Bu nedenle aşağıdaki bilgileri topluma sunmak uygun olur.

Anayasanın geçici 15. maddesinin kat ettiği yol ve ulaştığı son nedir?

15. madde şöyle demektedir: “12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.”

Madde, 2010 Anayasa değişikliği gündeme gelinceye kadar ele alınmadı. 2010’da Anayasa değişikliği yapıldı ve bu madde yürürlükten kaldırıldı. Bunun üzerine 12 Eylül 1980 Darbesini yapanlarla ve daha sonraki süreçte görev yapanlara “hesap” sorulabilir mi konusu gündeme geldi.

Bu soruya cevap verebilmek için, geçici 15. maddenin yorumunun yapılması ve hukuki niteliğinin belirlenmesi gereklidir. Bu konuda şunları belirtmem uygun olur:

Bu normun kaldırılması, 12 Eylül 1980 Hükümet Darbesinin kötü izini silme hareketidir; hukuki hiçbir sonucu yoktur. Sular tersine akıtılmayacaktır, fakat yalnızca, terimi lütfen bağışlayınız, “vitrin” temizlenmiştir.

1982 Anayasasının ilk şeklinde yer alan bu hüküm, hukuki niteliği açısından karma sonuçlar içeren bir normdur. O kadar ki, cezai, mali ya da hukuki sorumlulukları ortadan kaldırmıştır. Bu dönemde alınan kararlar ya da yapılan işlemlerle ilgili ceza soruşturması yapılamaz. Madde kapsamındaki kişiler için mali ya da hukuki sorumluluk doğmaz.

Konu ceza hukuku açısından ele alındığında, maddede ceza sorumluluğunun ortadan kaldırılmış olmasının hukuki niteliği bir cezasızlık halidir. Maddede yer alan kişiler için, maddenin kapsadığı dönemdeki eylemlerinden ötürü ceza soruşturması ve kovuşturması yapılamaz; dolayısıyla ceza da verilemez. Cezasızlık halleri ceza hukukuna yabancı değildir. Yasa koyucu, uygun gördüğü durumlarda, suç işleyen kişiler için cezasızlık halleri koyar. Örnek: Özellikle yakın akrabalık ilişkisi içinde olan kişiler arasında gerçekleşen suçlarda, aile değerleri daha üstün tutulur ve failer cezalandırılmaz.

İnceleme konusu olan geçici 15. madde de bir hükümet darbesinin sonrasında konulmuş bir norm olarak, darbeyi yapanlar ve daha sonra hizmet görenler için o dönemin tümünü kapsayan bir cezasızlık hali olarak Anayasaya yerleştirilmiştir.

Maddede yer verilmiş olan, mali ve hukuki sorumsuzluk da mutlaktır. Maddenin kaldırılması halinde, geriye bakılarak mali ve hukuki sorumluluklar yaratılamaz; bu konular tartışılamaz.

Belirtilecek olan son nokta şudur: Bu norm, bir zamanaşımı normu değildir. Zamanaşımı, hukuk biliminde Anayasadan başlayarak yasalarla belirli eylem ve işlemler ve hareketler için hukuki sonuç doğurabilecek tasarruflarda bulunmayı zamanla sınırlandırmaktır. Zamanaşımının öngörüldüğü durumlarda, öngörülen süreler aşıldıktan sonra, hukuk planında hiçbir işlem yapılamaz.

Öte yandan her zamanaşımı normunda bir zaman öngörülür ve bu süre dolduktan sonra zamanaşımı devreye girer ve yukarıda belirttiğim sonuçları doğurur. Geçici 15. maddede

böyle bir tablo yoktur. 12 Eylül Darbesinden sonra yapılan ve yürürlüğe konulan Anayasa, bu dönemi bütünüyle bir “zırhla” kaplamıştır; zırhın içindekilere dokunulamaz.

Konuya bir başka açıdan da bakmak uygun olur.

Türk ceza yargılaması sistemindeki ilkenin gereği olarak, bir olayla ilgili suç duyurusunda bulunulduğunda, ceza soruşturması çerçevesinde gereken işlemlerin yapılması ve kararların verilmesi şarttır.

Bu açıdan bakıldığında, soruşturma konusu somut olay temel alınmak suretiyle, soruşturma makamları belirlenir. Bu konuda 12 Eylül Darbesini yapanlarla, 15. maddenin kapsadığı dönemde görev yapan öteki kişilerin taşıdıkları unvanlar, sıfatlar ve gördükleri görevler dikkate alınarak sonuç çıkarılmak gerekir. Bu dönemde çok büyük sayılara ulaşan kişiler görev yaptıklarından, bunların tümü için tek bir çözüm söz konusu olamaz. Bu çözümlerin tek tek belirlenmesi de bu yazının kapsamını aşar.

Ancak bir temel ilkenin belirtilmesi uygun olur: Soruşturma makamları, hatta yargı yerleri belirlenirken, suç yüklenen kişilerin eylemlerini gerçekleştirdikleri zamandaki sıfat ve unvanları esas alınır ve sonuç çıkarılır. Bu konuda hata yapmamak için, şu noktayı dikkatten kaçırmamak şarttır. Yukarıda sözünün ettiğim makam ve yargı yerlerinin belirlenmesinde, soruşturma konusu eylemlerden sonra hukuk normlarında değişiklikler olmuşsa, yargılama kurallarının derhal tatbiki ilkesi gereğince, değişiklikler önceki olaylara da uygulanır ve son olarak yürürlüğe konulan normlara göre işlem yapılır. Ayrıca, ceza normlarının aksine, ceza yargılaması normlarında lehte olan hükmün uygulanması da söz konusu değildir.

Ülkenin Manzarası

Zaman zaman ülkenin nabzını tutmaya çalışıyorum. Güncellik taşıyan konularda fikir yürütüyorum. Bunu, ülkenin bir aydını olarak, aydın sorumluluğu çizgisinde yerine getirmeye

çabalıyorum. Bir nokta benim açımdan çok açıktır: Ben politikacı değilim, politikayla hiç uğraşmadım. Hukukçu olarak bu bilim dalına politika da karıştırmadım. Bilimsel, objektif gerçeklere dayanarak değerlendirmeler yaptım. Bunu sürdürüyorum. Bugün için ülkemizi ilgilendiren ve güncellik taşıyan konular nelerdir?

Çok öncelerden gelen bir tartışma konusu, elbette kimilerine göre türban, kimilerine göre başın bağlanması. Ne derse-niz deyin, bu konu artık noktalanmalıdır. Hukuk normları ile bir çözüm üretilmelidir. Bu çözüm herkes için bağlayıcı olacaktır. Bu çözümü üretme yeri elbette TBMM'dir. Tüm partilerin uyuşacağı bir sonuç hukuka geçirildiğinde, bu çıbanbaşı ortadan kalkacaktır. Bu konuya doğrultu verilirken, üretilecek olan sonucun ilkin anayasaya uygun olması gerekir. Anayasanın laik yapısını zedeleyecek olan bir çözüm üzerinde bir uzlaşma olmayacağı bir yana, bu konudaki normların Anayasa Mahkemesi'nin süzgecinden geçirilmesinde de, bu yeni normların pozitif hukukta yer almayacağını düşünmek uygun olur.

Sonraki konu: Anayasa değişikliği yürürlüğe girdikten sonra, yeni normların gereği yapılarak, bazı kurumların gösterdikleri adaylar arasından TBMM'de üyeler seçilecektir. Süreç başlamıştır. Son yaşanan örnek, Sayıştay'ın gösterdiği adaylar arasından bir üye Anayasa Mahkemesi üyeliğine seçilmiştir. Sonradan anlaşılmıştır ki, bu kişinin yaşı 45'in altındadır.

Anayasanın ilgili maddesini okuduğunuzda, Anayasa Mahkemesi'ne üye olabilmek için 45 yaşın tamamlanması öngörülmüştür. Bu, tüm üyeler için bağlayıcı temel bir kuraldır. Siz bunu adayın geldiği kuruma göre çekip çevirirseniz, hata edersiniz. Anayasa koyucunun farklı kurumlardan gelen adaylar için farklı yaş sınırı öngörmüş olduğunu ileri sürmek kabul edilemez. Bu yaş sınırı bağlayıcıdır. Aksine bir düşünce, hukukta karmaşa yaratır. Oysa hukuk karmaşa yaratmak için değil, karmaşaları yok etmek ya da hiç yaratmamak için vardır. Hukukun iddiası bu noktadadır.

Yapılacak olan, yapılmış olan seçimi, anayasaya aykırılıktan ötürü iptal etmek, yeni bir seçim yapmaktır. Bu yetki TBMM Başkanlık Divanı'nındır.

Sonraki konu: YÖK düzeni. 6 Kasım 1981 ülkemizde bir milattır. Bu tarihte YÖK kurulmuştur ve ülkenin yükseköğretiminde koordinasyonu sağlayacak olan YÖK, bırakınız koordinasyonu sağlamayı, tam anlamıyla bir çökertme yaşatmıştır. Bu çöküntü halen sürmektedir. Ülkede akademik kariyerin yerle bir olduğunu ileri sürmek için o kadar haklı nedenler var ki. Yüksek lisans ve doktora çalışmalarının düzenine ve düzeyine bakınız.

Doçentlik unvanının kazanılması ve üniversite öğretim üyesi olunmasında uygulanan kuralları ve yapılan göstermelik sınavları bir süzgeçten geçiriniz. Bunun böyle mi olması gerekirdi? Elbette hayır. YÖK öncesi dönemde, eski yazı sınavını başaramamaktan, yabancı dil sınavından en az iyi derece alamamaktan, deneme dersini tam tamına 50 dakikada bitirememekten ötürü doçent olamayanlar, yeni düzeni ve -terimi bağışlayınız- peynir ekmek gibi dağıtılan doçent ve profesör unvanlarına hayıflanmazlar mı? Elbette hayıflanırlar.

Dillere yerleşmiş güzel bir söz var: Herkes kendi evinin önünü süpürürse şehir tertemiz olur. Ne kadar doğru. Şimdi kendi evimin önünü süpürüyorum ve soruyorum: Bu ülkede 55 adet hukuk fakültesi olur mu? Elbette olmaz, ama var. Bu fakülte-lerde ders verecek, akademik unvana sahip, yabancı dilde araştırma ve inceleme yapacak ve bunun sonuçlarını öğrencilerine aktaracak yeterli öğretim elemanı var mı? Elbette yok.

YÖK Başkanı'nın dünkü açıklamasına göre, yeni YÖK Yasası taslağı birkaç gün içinde Milli Eğitim Bakanlığı'na sunuluyor. Bu taslak hangi sorunlara çözüm üretiyor? Yukarıda kısaca sıraladığım satır başlarını yeniden düzenleyip düzeltiyor mu? Bekleyelim görelim.

YÖK içinde bir kilometre taşı da yükseköğretim kurumlarına öğrenci almak için yapılan sınavlardır. Son yıl yaşanan-

lar bu ülke insanına bir işkence değil miydi? Elbette öyleydi. Siz genç fidanları yükseköğretimde öğrenci olmak için kaç kez yarıştıyorsunuz? Bu, insaf ölçülerini aşan sayılara ulaşıyor. Unutmayın ki bir dünya şampiyonu atlet bile üst üste aynı dereceyi ve başarıyı tekrarlayamaz. Bu insanın doğasına aykırıdır. (Cumhuriyet, 19 Ekim 2010)

Düşünme Zamanı

Avrupa Şampiyonası grup elemeleri maçlarında Almanya'ya ve Azerbaycan'a kaybettik; yer yerinden oynadı.

Bu sonuçları doğuran etmenleri kaç kişi doğru süzgeçten geçirdi ve doğru sonuçlara ulaştı?

Nereden başlamalı ki.

İlk rakip son dünya kupasını üçüncülükle tamamlayan Almanya değil miydi; biz bu kupaya katılma başarısını dahi gösterememiştik, öyle değil mi?

Bugüne kadar Almanya'ya karşı başarımız çok mu fazladır?

Son maçın Berlin'de oynanması, Almanların biraz da ironi ile maçı deplasmanda oynadıklarından söz etmeleri ile mi maçta zafer kazanacağımızı umduk?

Sonra Azerbaycan maçı geldi. Ortaya koyduğumuz oyunda modern futbol adına ne vardı? Takımda oynayanlardan yalnızca Emre Belözoğlu ile Hamit Altıntop batı standardına erişmiş oyuncular değil miydi? Maçın son yirmi dakikasında bizim gol silahımız Servet Çetin mi olmalıydı? Azerbaycan'ın golü çalışmanın ürünü değil miydi, gol vuruşunu yapan Sadıgov'dan önce iki oyuncunun topun üzerinden atlamaları bir rastlantı olabilir mi, hiç de değil.

Türk insanı aşırı duygusaldır. Her konuda fazla derin düşünmeden "ummak" ummanına dalar. Ummak güzel bir şeydir; güzellikler, başarılar, zaferler umulur ve beklenir. Ancak bunlar için gerçeğin terazisinde tartılmak gerekmez mi?

Türk futbolcusunu çok iyi tanıyan, büyük başarılarla imza atan, bu ülkenin insanı Fatih Terim ulusal takımdan ayrıldıktan sonraki dönemde yaşanan yerli-yabancı çekişmesini lütfen hatırlayalım. TFF'nin futbol dünyasında kendini kanıtlamış bir Hiddink'te karar kılmasını, bu kişi göreve getirilirken yadırgayanlar her halde çok fazla değildi.

Hata bu kişinin seçiminde olmayabilir, ama onun çalışma koşullarının açık ve seçik belirlenmemiş olmasının elbette sorumlusu vardır. Bu sorumlu TFF başkanıdır, yönetimdeki kişilerdir.

Bir batılı, hangi meslekte olursa olsun, hangi görevde olursa olsun, aldığı paranın tam karşılığını vermek zorunda olduğunu bilir. Bu onların disiplin anlayışında vardır. Fakat siz ilişkinin karşı tarafı olarak, muhatabın Türkiye dışında oturmasını, ulusal takımı uzaktan kumanda ile yönetmesini kabul ederseniz, ortaya çıkacak sonuçlara elbette katlanırsınız.

Bence asıl sorun burada yatıyor. Yoksa takımın kurgusu yanlıştı, kendi takımında oynamayanlar ulusal takımda nasıl oynar, gibi doğru yanları olan itirazlar temeldeki hataları ortadan kaldırmaz. (Cumhuriyet, 14.10.2010)

Cumhurbaşkanının Görev Süresi

Cumhurbaşkanımız Abdullah Gül kısa süre önce Azerbaycan'a yaptığı gezide, uçakta gazetecilerle sohbet ederken konuyu açmış, TBMM'nin kendisinin görev süresine açıklık getirmesinin uygun olacağını belirtmiştir. Bu öneri, konuya güncellik getirmiştir. Bu nedenle, hukuki açıdan bir değerlendirilmenin yapılması uygun olacaktır.

1982 Anayasası Cumhurbaşkanlarının görev süresi yönünden ilkeyi şöyle koymuştu: Cumhurbaşkanının görev süresi 7 yıldır; aynı kişi 2 kez Cumhurbaşkanı seçilemez.

2007 yılında Anayasada değişiklik yapıldı ve "Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir", denildi.

Abdullah Gül 28 Ağustos 2007 tarihinde yapılan cumhurbaşkanlığı seçiminin üçüncü turunda 339 oy alarak Türkiye Cumhuriyeti'nin 11. cumhurbaşkanı seçildi.

Bu bilgileri hukukun süzgecinden geçirdiğimizde, ortaya çıkacak olan sonuçlar nelerdir? Bu sonuçlar, sayın Cumhurbaşkanının önerisinin bir değerlendirmesini de oluşturacaktır.

Abdullah Gül 28 Ağustos 2007 tarihinde cumhurbaşkanı seçildiğinde, 5678 sayılı Kanunla yapılan ve görev süresini 5 yıla indiren, iki kez seçilmeyi mümkün kılan Anayasa değişikliği 16.06.2007 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştı. Değişiklik 21 Ekim 2007 tarihinde halkoylamasına sunuldu ve kabul edildi. Bu sonuç Yüksek Seçim Kurulu tarafından 31 Ekim 2007 tarihli Resmi Gazetede yayınlandı.

Bu noktada ilk ele alınması gereken konu şudur: Anayasa-da yapılan değişiklik ne zaman yürürlüğe girmiştir? 5678 sayılı Yasada, "Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer ve halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanır" hükmü yer almaktadır. Bu Kanun için halkoylaması yapılmıştır ve kabul edilmiştir. Bu durumda hukuka uygun olan yorum, Kanunun bu kabulden sonra yürürlüğe girmiş olmasıdır. Bu sonuç, halkoylaması kavramının doğurduğu bir sonuçtur. Aksi düşünceleri savunmak mümkün değildir. Şöyle ki, Kanun halkoylamasından önce yürürlüğe girmiş olsa, bu Kanunu kabul ya da ret düşüncesini halka sormanın ne anlamı olabilir ki. Demek ki, Anayasayı değiştiren kanun 31 Ekim 2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir, çünkü YSK halkoylamasının sonucunu bu tarihte Resmi Gazetede yayınlamıştır.

Bu açıklamaların ışığı altında belirtmek gerekir ki, Abdullah Gül Anayasa değişikliğinden önce cumhurbaşkanı seçilmişti; 7 yıl görev yapma hakkına sahipti, iki kez seçilme olanağı da yoktu. Ancak TBMM, yukarıda açıklamaya çalıştığım gibi, kendisinin seçiminden sonra Anayasayı değiştirmiştir; süre 5 yıla indirilmiştir, ikinci kez seçilmek mümkün olmuştur.

Bu değişiklik sayın Gül'e uygulanabilir mi?

İki düşünce ileri sürülebilir. İlki, Anayasa değişikliği sayın Gül cumhurbaşkanı seçildikten sonra yapılmıştır. Bu nedenle yeni hükümler kendisinden sonraki cumhurbaşkanlığı seçimlerinde uygulanabilir. İkincisi, TBMM değişikliği sayın Gül'ün seçiminden sonra yapmıştır, fakat hukukun genel ilkesi olan "kanunların derhal tatbik edilmesi" ilkesi gereği olarak, Anayasanın değiştirilen hükümleri hukuka uygun yöntemle yürürlüğe girmiş olmakla, görev süresi devam eden bir Cumhurbaşkanı hakkında da uygulanır. Hukukta "kazanılmış hakka saygı" da bir temel ilkedir, fakat bu kamu hukuku alanında doğrudan doğruya sonuç doğurmaz. Bu nedenle, yasalarda, özellikle hak sınırlamalarına gidildiğinde ya da bir hakkı kullanmak için öngörülen sürelerde bir kısaltma yapıldığında, geçici normlarla konuya açıklık getirilir. Bu yapılmadığında, yeni normlar ve kurallar derhal uygulanırlar.

Bu açıdan bakıldığında, Anayasayı değiştiren Yasada geçici normlar yoktur. Bu nedenle konunun yorum kurallarıyla aydınlatılması gerekir.

Bu düşüncelerden ikincisi kanımca hukukun ilkelerine uygundur. Yukarıda bu doğrultuda belirttim hususlar üstünlük taşımaktadır.

Ara sonuç: Cumhurbaşkanımız Gül'ün görev süresi 5 yıl olarak hesaplanmalıdır; ikinci kez seçilme olanağı vardır.

Konuya bir başka açıdan bakma fırsatını Cumhurbaşkanımızın konuyu gündeme taşıyan sözlerinde bulduğumu belirtmem uygun olur. Sayın Gül, TBMM'nin bu konuya en kısa sürede açıklık getirmesinin uygun olacağını söylemiştir. Bu nasıl yapılmak gerekir?

Anayasayı değiştiren 5678 sayılı Yasada, "Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır. Bu konudaki tasarı TBMM'nin gündeminindedir; Anayasa Komisyonundan çıkmıştır. Tasarının son şeklinde, incelediğimiz konuya açıklık getirecek geçici hükümler yoktur. Bu nitelikteki hükümlerin Genel Kurulda Yasaya mut-

laka eklenmesi kaçınılmazdır. Aksi takdirde hukuki kargaşa doğacaktır. Sayın Cumhurbaşkanının beyanında yer alan ve belirsizliğin giderilmesini isteyen düşüncesinin altında yatan husus budur.

TBMM, yukarıda yaptığım açıklamalarla konuya ilişkin hukuki ilkeleri dikkate alarak Tasarıya geçici normlar eklediğinde, konu aydınlanacaktır. **(Cumhuriyet 30.09.10)**

35. Madde Darbe Yetkisi Vermez!

Bugün dillerde yine 35 sayısı dolaşmakta. Ancak bu 35, Cahit Sıtkı Tarancı'nın 35'i değil. Ne güzel söylemiş büyük şair:

Yaş otuz beş! Yolun yarısı eder.

Dante gibi ortasındayız ömrün.

Delikanlı çağımızdaki cevher,

Yalvarmak, yakarmak nafîle bugün,

Gözünün yaşına bakmadan gider.

Cahit Sıtkı Tarancı "Otuz Beş Yaş" şiir kitabını 1946 yılında yayınlamış. Bu şiir kitaba da adını vermiş. Türk şiirine damgasını vurmuş bir başyapıt. "Yaş otuz beş! Yolun yarısı eder." Dizesini hemen herkes anımsar. Konu yaş etrafında döndüğünde, bu dize tekrarlanır. Keşke tartışma bu dizeler etrafında dönse, ne gezer.

Tartışılan, Silahlı Kuvvetler İç Hizmet Kanununun 35. maddesi. Madde şöyle der: "Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyeti'ni kollamak ve korumaktır." Maddenin içi neler söylüyor?

- Türk Silahlı Kuvvetleri Türk yurdunu koruyacaktır.
- Türk Silahlı Kuvvetleri Anayasa ile belirlenmiş olan Türkiye Cumhuriyeti'ni kollayacaktır. Kollamak, gözetmek, korumaktır (TDK, Sözlüğü).

- Türk Silahlı Kuvvetleri Anayasa ile belirlenmiş olan Türkiye Cumhuriyeti'ni ayrıca koruyacaktır. Korumak, tehlikelerden uzak tutmak, zararlı durumları önlemektir (TDK, Sözlüğü).
- Bu iki terimin maddede birlikte kullanılmasının amacı, anlamı kuvvetlendirmektir, çünkü bunlar birbirine yakın terimlerdir.

Silahlı Kuvvetler İç Hizmet Kanununa bu hükümler konulurken önlenmek istenen tehlikeler nelerdir? Öncelikle Türk yurduna yapılacak saldırıları TSK göğüsleyecektir; onun temel görevi budur. Ayrıca TSK'ye Anayasaya ve temelleri Anayasada belirlenmiş bulunan Türkiye Cumhuriyeti'ne sahip çıkmak ve korumak ödevi de verilmiştir.

Demek ki, Anayasaya yönelik ve hedefinde Türkiye Cumhuriyeti'ne zarar vermek, ortadan kaldırmak teşebbüslerine karşı koyacak güçler arasında TSK de yer almaktadır. Demek ki hareketler TSK'nin dışından gelmelidir. Yoksa bu hüküm silahlı kuvvetler mensuplarına darbe yapma yetkisi veren, böyle bir teşebbüsü hukuki kılacak bir norm değildir.

Durum böyle olunca, TSK ülkenin anayasal düzenini ortadan kaldırmak için, İç Hizmet Kanununun 35. maddesinden güç alabilir mi? Böyle bir düşüncenin anayasal sistemde ve hukuk düzeninde yeri olabilir mi? Elbette olamaz.

O zaman, biraz da ülkenin gündemini değiştirmek için, neden bugünlerde 35. maddenin ilga edilmesinden söz ediliyor ki. Bazılarına göre, 35. madde hukuk dünyasından çizilirse, TSK'nin anayasal düzeni ortadan kaldırma ve ülke yönetimine elkoyma olanağı ortadan kaldırılır. Ne kadar yanlış bir yaklaşım!

Yeni Türk Ceza Yasasının (TCK) 309. maddesi, "Anayasayı ihlâl" başlığı altında, "Cebir ve şiddet kullanarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının öngördüğü düzeni ortadan kaldırmaya veya bu düzen yerine başka bir düzen getirmeye veya bu düzenin fiilen uygulanmasını önlemeye teşebbüs edenler ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılırlar." hük-

münü içermektedir. Bu madde yürürlükten kaldırılan TCK'nın 146. maddesini karşılayan maddedir. Bu madde ile Türkiye Cumhuriyeti'nin anayasal düzeni ceza koruması altına alınmıştır. Dikkat çekmem gerekir ki, maddede yalnızca bu suçta teşebbüsten söz edilmektedir. Bu suçun tamamlanmış şeklinden söz etmemek bir rastlantı değildir. Bu tür suçları işleyip başarı gösteren failler hukuk düzenini kendileri yeniden kuracaklarına göre, onların cezalandırılmaları diye bir olanak elbette olmayacaktır. Ayrıca böyle bir durumda önleyici hukuk zırhı da hazırlanacaktır; Anayasanın, son değişiklikle kaldırılan geçici 15. maddesi gibi. Darbe başarısız olursa, yakın geçmişte (1963) Talat Aydemir örneğinde olduğu gibi, fail/failler cezalandırılır.

Şimdi şu soruyu sormanın zamanıdır: Neden 35. maddenin kaldırılması akla geliyor?

Bu sorunun cevabında ülkemizde yakın geçmişte yaşanan iki darbenin izleri vardır. Gerek 27 Mayıs 1960 gerek 12 Eylül 1980 darbelerinde, darbeciler ilk açıklamalarında ve bildirimlerinde güçlerini TSK'nın İç Hizmet Kanununun 35. maddesinden aldıklarını ifade etmişlerdi. Bu doğru bir adres hiç değildi. Doğru adres, onların elindeki silahlardı. Bu hareketlerin amacı, yapanlar açısından kendi içinde haklılık taşısa da, o zamanki TCK'nın 146. maddesi kapsamında suçtu. Ama bu suçlar "başarılı" darbecilere uygulanamaz. Ceza hukukunun eli oraya kadar uzanmaz. Ayrıca 35. madde böyle bir suçu hukuka uygun hale getirecek bir madde de değildir.

Son söz: Ülkeyi darbelerden korumanın çıkış yolu 35. maddeyi kaldırmaktan geçmez. Bu yol, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının hükümleriyle sağlam temellere oturtulmuş olan Cumhuriyeti korumak ve kollamaktan geçer. 35. madde darbelerle yetki veren bir norm değildir. (**Cumhuriyet, 14 Ağustos 2010**)

AYM kararı neler söylüyor?

Anayasa Mahkemesi (AYM) Anayasa değişikliği konusunda kararını verdi. Tabii ki çeşitli çevrelerden tepkiler geldi; olumlu ve olumsuz. Kararı ve tepkileri değerlendirmek istiyorum.

Kararın özü neler içeriyor?

1. AYM, bazı karşı görüşlerin aksine, Anayasayı değiştiren yasanın referandumdan önce ele alınabileceğini ve açılmış bulunan davanın görüleceğine karar verdi. Hukuken doğru olan buydu. Bu konuda bu sayfada çıkmış bulunan 21 Mayıs 2010 tarihli yazıma yollama yapmakla yetiniyorum.
2. AYM, Anayasa değişikliğini değerlendirirken, Anayasanın, Anayasa değişiklikleri yalnız şekil açısından incelenebilir, kuralını aşmıştır. Bunun temelinde yatan şudur: Bizim Anayasamızda başka ülkelerin anayasalarında yer almayan bir kural vardır. Buna göre, Anayasanın bazı hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif dahi edilemez. AYM buradan hareketle, önüne gelen davalarda, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen hükümleri incelerken bu elekten de geçirmektedir. Doğrusu budur, çünkü bu normlar Cumhuriyet rejiminin temellerini korumaktadır. Konuya bu açıdan eğilmek şarttır. AYM bu kez de aynı tavrı sergilemiştir.
3. AYM, içerik değerlendirmesinde o denli “hasis” davranmıştır ki bunu anlamak zordur. Anayasa değişikliğinde çok açık kurallarla yürütmenin yargıyı kuşatması söz konusu idi ki, AYM’nin bunları görmemiş ve iptal etmemiş olması uygun bir çözüm değildir. Bu noktada belirtmem gerekir ki, AYM’nin iptal ettiği kurallar hiç de önemli değildir; büttüne bakıldığı zaman. Bu konuda yine bu sayfada yayınlanan 4 ve 5 Nisan 2010 tarihli yazılarımın okunmasını salık veririm.
4. Öte yandan Anayasa değişikliğinde hak arama özgürlüğüne çok açık aykırılık içeren hükümler vardı; bunların Anayasaya aykırı bulunmaması şaşırtıcıdır.
5. AYM’nin değişiklik paketi içinde yer alan ve eşitlik ilkesini zedeleyen normları da iptal etmemiş olması bir talihsizliktir. Genelde kamu görevlilerine verilen disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurma hakkının yargıçlara ve savcılara verilmediği bir norm nasıl Anayasaya uygun olur?

Sıra geldi kamuoyunda AYM kararına karşı oluşan tepkileri değerlendirmeye. Bu konuda özetle şunları belirtmem uygun olur:

6. AYM'nin içerik değerlendirmesi yapmasını yetki gaspı olarak görmek kabul edilemez. Bu bakış AYM'nin kuruluş nedenini ve gerekçesini içe sindirememek anlamına gelir.
7. AYM'nin kararında bazı maddelerdeki bazı fıkraların iptalinden sonra yeni bir metnin ortaya çıktığı ve bu metnin referanduma sunulamayacağını ileri sürmek hukuka uygun değildir. Durum şudur: AYM bazı hükümleri iptal etmiştir, fakat yasanın öteki hükümleri hukuka uygun bulunmuştur. Şöyle düşünmek uygun olur. AYM, bir yasa için açılan bir Anayasaya aykırılık davasında o yasanın bazı maddelerini iptal etse, yasa bütünüyle iptal edilmediği için hukuki varlığını korur.
8. AYM adeta kuyumcu hassasiyeti ile bazı maddelerin içindeki bazı fıkraları iptal etmiştir. Buna karşı, bu fıkraların içinde yer aldığı maddelerin, HSYK'nin ve AYM'nin kuruluşuna ilişkin maddelerin paketten çıkarılması ve öteki maddelerin referanduma sunulması düşüncesi hukuka uygun değildir. Bu düşüncede bir teknik hukuku hatası vardır. Bir yasa maddesi içinde yer alan fıkralar ve bentler kendi içinde bağımsızlıklarını korurlar. Bu sonuç, iptal halinde maddeyi tümüyle ortadan kaldırmaz. Şayet böyle bir iptal o maddeyi tümüyle uygulanamaz duruma getirseydi, AYM maddenin tamamını iptal ederdi; bunu yapmamıştır.

Son söz: AYM'nin kararı olaya temelden yaklaşıldığında, Anayasaya ve hukuka uygun değildir. Değişiklik paketinde yer alan "büyük" aykırılıklar ortadan kaldırılmamıştır. Yapılan, "küçük" aykırılıkları temizlemekle yetinmek olmuştur. Bu, uygun sonuç değildir. Değişiklik paketi kamuoyunda tartışılırken ortaya konulan, bağımsız yargıç, güvenceli savcı amacına ulaşılmamıştır. Önemli bir fırsat kaçırılmıştır. **(Cumhuriyet, 13 Temmuz 2010)**

Memleketin Manzara-i Umumiyesi

Bu başlık biraz eski kaçtı; farkındayım. Gençler için: Ülkenin genel görüntüsü, demek uygun olacak.

İnsan gözlerini kapatıp bir koltukta arkasına yaslanıp ülkemizde yaşananları bir süzgeçten geçirdiğinde, ortalığa saçılan ve dökülenler nelerdir? Gelin hep birlikte bir bakalım.

Ülke PKK terörü ile boğuşurken, son kanlı olaylardan birinin yaşandığı sınıra genelkurmay başkanı ile başbakan gidiyorlar. Amaç, konuya yakın ilgi göstermek ve olup biteni yerinde değerlendirmek. Bu davranışın kamuoyuna yansımaları nedir? Kamuoyuna yansıyan bir fotoğraf: Çömeldiler. Sonra laf politikacının ağzına yapıyor. Olur mu, ülkeyi temsil eden bu kişiler terör örgütünün önünde eğilirler mi? Daha sonra karşı kesimlerden ve resmi ağızlardan açıklamalar. Amaç buydu, şuydu. Soru şudur: Böyle bir tartışmaya gerek var mıdır? Elbette yoktur. Bu hareket bir saldırıya karşı önlem olarak planlansa da, kişilerin o anki ruh halleri ile doğmuş bir sonuç olsa da, bu, günlerce ısıtılıp ısıtılıp kamuoyunun önüne konulur mu? Ne kazandırır ki.

Politika ülkeyi yönetmek, ülke insanına iyi bir yaşam sağlamak, insanların mutlu olmalarını, yüzlerinin gülmesini başarmaksa, bugün ülkenin politik platformunda başarıdan söz etmek mümkün müdür? Bu konuda birkaç pencere açacağım; kararı sizler verin.

Ülke enflasyonun üstesinden geldi mi? Bu konuda açıklanan resmi sayılara bakarsanız, sevinebilirsiniz. Oysa gerçek resmi görmek için çarşıya, pazara çıkmanız gerekir. Orası size doğruları söyler. Bir de devletten aylık alanların durumunu irdelemeniz gerekir. Gerek çalışan gerek emekli olmuş kesim neden feryat ediyor ki. Onlara kulak vermek şarttır.

Eğitim ve öğretim sisteminin hali nicedir? Anaokulundan başlayıp üniversiteyi ve akademik kariyeri sağlam temellere oturtmak o kadar güç müdür? İnsanlar neden her aşamada “özel”i tercih etmek zorunda kalırlar ki. İlköğretimden sonra

liseye girmek için uygulanacak olan sistemi Milli Eğitim Bakanlığı bir temele oturtsa da, yap-bozdan kurtulsa, SBS sınavı ile bu denli oynanmasa olmaz mı? Üniversiteye girişte bu yıl yaratılan kargaşaya ne demeli? Siz gençleri ne sandınız ki, sınav maratonuna tabi tuttuğunuz denekler mi, yoksa bu ülkede gelecek arayan bireyler mi?

Biraz da hukukun resmini çizelim mi? İki yıl önce yine bu sayfada yazdığım bir yazıdan bir bölümü sizlerle paylaşmak isterim: “Söyler misiniz biz nasıl bir toplum olduk? Her şeyimiz suç, ceza, soruşturma, yargılama, tutuklama, hüküm, cezaevi ekseninde dönüyor. Gazeteler her gün bu eksendeki olayları haber yapıp “başköşeye” oturtuyorlarsa, bu toplumda huzurdan, sükûndan, rahattan, kamu düzeninden, yasa egemenliğinden, kamu otoritesinden kim söz edebilir ki. Durum onu gösteriyor ki, biz hastalıklı bir toplum olduk. Bir toplum ki, bu denli suçla, yargılamayla ve cezayla iç içe yaşıyorsa, bu topluma sağlıklı bir toplum denilemez. Son yıllarda görülen, basın ve medyanın “adliye” ile bu denli ayrılmaz bütünlüğü, toplumda şeffaflıkla, Türk insanının her şeyden haberli kılınması ve aydınlatılması ile açıklanabilir mi? Bence bu görüntü toplumun aydınlatılmasına önem verilmesinin dışında, suçla sarmaş dolaş olmuş bir toplumun görüntüsüdür.”

Bu konuda bir tespitim var: Bu ülke en az kırk yıldır hukuk ve yargı reformu ile “boğuşuyor”. Yapılan, kuralları ve normları değiştirmektir. Oysa kanımca bu yaklaşım yanlış değildir ama eksiktir. Bugüne kadar kimse bu kuralların kimin eline verildiğiyle ilgilenmedi ki. Oysa sorun burada. Siz Amati Ailesinin elinden çıkmış harika bir kemanı bir aceminin eline verirseniz, nasıl sesler çıkacağını tahmin edebilir misiniz? Elbette edersiniz. Çözüm: Kulaklarınıza pamuk tıkarsınız.

Ama ülkenin sorunları kulağa pamuk tıkayarak çözülmez. Ülke yönetimine talip olan tüm siyasal partiler, iktidarı ile muhalefeti ile elini taşın altına sokmak zorundadır. Ülkemiz çok zor bir dönemden geçiyor. Gün birleşmek günüdür, çekişmek günü değildir. Atletizmin en zor dalı dekatlondur. Atletler on dalda yarışmak zorundadır. Bunu her atlet başaramaz. Bu id-

dialı bir iştir. Ülke yönetimine talip olanlar da böyle bir iddia içinde olduklarının bilincinde olmak zorundadırlar.

Son söz: Haydi, hep birlikte ortak akılla aydınlık geleceği!

TBB Başkanını Seçiyor...

Yakın zaman önce Türkiye önemli bir hukuk adamını yitirdi. Özdemir Özok Türkiye Barolar Birliğinin (TBB) başkanıydı. Hukuk, insan hakları, özgürlükler, hukuk devleti, adalet, avukatlık mesleği adına çabaların içinde yoğrulurken yitirdik O'nu. Işıklar içinde yatsın.

12-13 Haziran 2010'da TBB yeni başkanını seçecek; genel kurul toplanıyor. Bir nöbet değişikliği yapılacak; en kısa tanımlamasıyla.

Bu vesileyle, çok kısa çizgiler içinde, bugün için avukatlığın toplumdaki yerini, görevlerini, sorunlarını, özellikle hukukçu olmayanlar için belirtmek istedim.

Avukatın aydın sorumluluğu

Ülkenin bir aydını olarak avukat ülkenin ve dünyanın sorunlarına eğilmek ve sahip çıkmak, düşüncelerini açıklamak ve savunmak zorundadır. Bu hassas çizgiyi politika yapmaktan ayırmak şarttır. Bugün içinde bulunulan şartlar ve dünya ölçeğinde oluşan ortam, bu tavrı her zamankinden daha önemli kılmaktadır.

Yakın geçmişte, İstanbul Barosunun öncülüğünde başlatılan, çok büyük sayıda baronun katılımı ile hazırlanan ve kamuoyuna duyurulan, hak, hukuk, özgürlük, kişi güvenliği, hukuk devleti adına çok önemli mesajlar içeren Deklarasyon'u elbette alkışlamak durumundayız.

Ancak kısa günler önce parlamentodan çıkarılan ve halen Anayasa Mahkemesinin önünde olan Anayasa değişikliği konusunda TBB'nin "yüksek" sesini duyurabildiği kanısında

değilim. TBB'nin kurum ve kuruluş olarak yok sayıldığı bir Anayasa değişikliğine TBB'nin haykırması gerekirdi. Bu gerçekleşmedi.

Hukuk platformunda avukatlık

Avukat hukuk uzmanıdır; savunmayı meslek edinen kişidir. Bugünkü durumu: AB sürecinde her şeyi yeniden öğrenmek durumunda olan bir meslek adamıdır. Böyle bir şey başka mesleklerde yoktur. TBB bu konuda ne yaptı? Bence çok şey yaptı. Ülkeyi uzmanlarla karış karış dolaştı. Biz şimdi ne yapacağız, sorusuna cevaplar verdi. İyi bir meslek dayanışması örneği idi sergilenen. Devamı gelmek zorundadır.

Avukatlık adına başka neler yapılmalıdır?

Avukatlık, Adalet Bakanlığının vesayetinden kurtarılmalıdır. Bu konudaki yasa değişiklikleri en kısa sürede hayata geçirilmelidir. TBB tarafından yapılan bir yönetmeliğin Bakanlığın onayına sunulması kabul edilemez. Meslek disiplini ile ilgili verilen kararların da Bakanlık denetimine sunulması kaldırılmalıdır. Bazı avukat meslektaşlarımın zihnini okuyorum. Bunlar radikal değişiklikler. Radikalleri başarırsanız, tarihe geçersiniz. Yoksa sizi kimse hatırlamaz.

Avukat olmak (staj ve sınav)

Staj, her mesleğin öğrenim aşamasıdır. İyi bir staj, iyi meslek adamı yetiştirmenin temelidir. İyi hukukçu, iyi avukat olur, ancak avukatlık mesleğini öğrendikten sonra. İki farklı şeylerdir. Staj, geçmişe oranla çok daha iyi düzeyde. Fakat yapılacak şeyler tabii ki var. Ülke genelinde stajda fırsat eşitliği yok. Büyük illerde iyi staj için şartlar daha elverişli. TBB'nin bu konuda temel çözümler üretmesi şarttır. TBB, stajyerin parasal ihtiyacını karşıladı, fakat mesleğe hazırlamak bundan da önemlidir. Bu konu avukatlık sınavı ile de bağlantılıdır. Sınavsız avukatlık düşünülemez. Ancak ülkemizde bu konuda bazı oyunlar oynanıyor. Sınav sürekli erteleniyor. Oysa genç nesiller için sınav sonucu kazanılacak olan avukatlık payesi bir şereftir.

Sınavın temel taşları şunlar olmak gerekir:

- Sınav, mesleğe başlamak için yeterli bilgiyi ölçer. Bu konuda ölçüyü iyi koymak gerekir. Tecrübeli bir avukatın sahip olduğu bilgiyi siz avukat adayında ararsanız, hata edersiniz. Soruyorum: Avukatlığı dört dörtlük bilen var mı?
- Bu sınavı TBB yapar; ÖSYM'yi işe karıştırmaz. Onlar test yöntemi bilirler; çoktan seçmeli sınav bilirler. Bu yöntemlerle avukat olunmaz. Avukatlık hukuki muhakeme yeteneğini gerektirir. Bu sınavı avukatlar yapar, bir ölçüde hukuk fakültesinden yardım alır.

Avukatlıkta kıdem

Avukatlıktaki çalışma kuralları değiştirilmelidir. Böyle bir sistem başka bir ülkede var mıdır ? Bugün ruhsatnameyi al, ertesi gün Yargıtay'da duruşmaya gir ya da Yüce Divan'da avukatlık yap. Bu sistem genç meslektaşlara iyilik değil, fakat kötülüktür. Gençlerin mahkemelerde bocalamaları üzücüdür, ama bozuk sistemin bir sonucudur. Mesleğin faaliyet alanı çizilirken kategoriler yaratılmalıdır. Belirli sürelerle sınırlandırılacak olan bu kategoriler mesleğe seviye kazandıracaktır.

Avukatlık ortaklıkları

Bu sorun mutlaka çözülmelidir. Yasada yapılan değişiklik sorunu çözmemiştir. Avukatlıktaki şirketleşme, genç avukatların kıdemli avukatlar yanında yetişmelerini kolaylaştıracaktır. Çözülemeyen sorunun çekirdek noktası, konunun mali yönünde yatmaktadır. Avukatların ortaklık kurarak çalışmalarına izin verilmediği için ve maliye avukatların ortak çalışmalarına rağmen, vergi hukuku yönünden tek mükellefliği öngördüğü için, vergi sorunu doğmaktadır.

Yabancı uyruklu hukukçu barındıran hukuk şirketleri

Bu kişiler barolara kayıt olamadıkları için, Türkiye'de avukatlık yapmak hakları yoktur. Fakat yasanın arkasından do-

lanılarak, danışmanlık şirketi tabelası altında avukatlık yapılmaktadır. Bunun önlenmesi şarttır.

Son söz: Sorunlar elbette bu kadar değil. Haydi Türkiye, koy elini taşın altına. Bak göreceksin, nasıl da güzelliklere ulaşılacak. **(Cumhuriyet, 11 Haziran 2010)**

2016 ve Erzik

Geçen hafta, 2016 yılında UEFA tarafından düzenlenecek olan Avrupa Futbol Şampiyonasına ev sahipliği yapma hakkını alamadık. UEFA Yönetim Kurulunda yapılan oylamayı tek oy farkla yitirdik; üzüldük. TFF ve ilgililer hazırlık döneminde ellerinden geleni yapmışlardı. Toplantıya Cumhurbaşkanımız da katıldı; bir konuşma yaptı. Fakat başaramadık.

Sonra neler oldu? Bazı basın ve medya organlarında “güناه keçisi” bulundu. Tek suçlu vardı, o da Şenes Erzik’ti. Şenes Erzik, bilmeyen kalmamıştır ama ben bir kere daha yazayım, UEFA’nın Yönetim Kurulunda üyedir ve 2. başkandır. Bu, uzun yıllardır süren bir görevdir.

Aşağıdaki satırları okuyup değerlendirirken bilmenizi istediğim bir nokta var: Bu yazı, Şenes Erzik’in dostu, arkadaşı, 8 yıl boyunca TFF çatısı altında omuz omuza çalıştığı, Türkiye’ye kendisiyle birlikte özerk futbolu kazandıran kişi tarafından yazılmıştır. Ancak bu olgular, yazıya konu olan olayı ve bu olay nedeniyle suçlanan Şenes Erzik’i objektif olarak değerlendirmeme engel değildir.

Herkesin bilmesi gerekir ki, Şenes Erzik UEFA’nın “sahibi” değildir. Bu çatı altında her şeyini futbola vermiş bir gönül adamıdır. UEFA bünyesinde yaratılan olumlu her konuda onun eli taşın altındadır. Ama ne yazık ki, ülkemiz insanları O’nu UEFA’nın tek yetkilisi sandıkları için, her karşılaşılacak güçlükte ya da sorunda Erzik can simidine sarılmaktadırlar. Bu aslında güzel bir yaklaşımdır, fakat istenen sonuç/sonuçların alınamadığı durumlarda, bu kez “top ve tüfekte” O’na acımasızca saldırmak ve mahkûm etmek kabul edilemez.

Basında çıkan eleştirilerin çoğunu okudum. Neler söyleniyor? Erzik parmağını dahi oynatmadı; oynatsaydı, sonuç çok farklı olurdu. Bu düşüncenin hiçbir doğru temeli yoktur. 2016 ile ilgili değerlendirmeler ve oylama UEFA'nın Yönetim Kurulunda yapılıyor. Tabii ki, Türkiye aday olunca, Erzik konunun dışında kalmak zorunda. Bilmek gerekir ki, Yönetim Kurulu UEFA bünyesinde sabahtan akşama değişen bir kurul değildir. Bu kurulda görev yapanların çok büyük çoğunluğu yıllardır Erzik'le birlikte çalışmaktadırlar. Bu nedenle O'nun bu kişilere "özel" propaganda yapmasına gerek olabilir mi? Elbette olmaz. Türkçede ne güzel sözler var: Görünen köy kılavuz istemez.

Alınan sonucu değerlendirirken kendimizi eleştirmemiz de gerekmez mi? Elbette gerekir. Sevgili Arif Kızılyalın önceki gün ne yazdı? Tanıtım ve sunumumuzda çok şey vardı, fakat futbol o kadar azdı ki. Bu sonucun alınmasında çok kısa süre önce futbol sahalarımızda seyircilerin müdahalesi sonucu bazı maçların yarıda kalmış olmasının, tribün olaylarının "başköşede oturmasının" hiç mi etkisi yoktur? Bazı şeyleri unutmamak gerekir: Bu tür önemli uluslararası organizasyonlarda olumlu sonuç almak kolay bir iş değildir. Kişilerin beyinlerinde yer eden "imajların" da büyük etkisini unutmamak şarttır.

Son söz: Futboldan söz ederken Şenes Erzik'in bu işin içinde olmasının Türkiye için bir şans olduğunu unutmanın ve kendisini "karalama"nın hiç kimseye en küçük bir faydası yoktur. Gerçekleri görelim ve yolumuza devam edelim. **(Cumhuriyet, 31 Mayıs 2010)**

Baharla Gelen Kurultay

Çok değil, bundan birkaç hafta önce bir kâhin çıkıp da CHP'de bir deprem olacağını, Deniz Baykal'ın başkanlık görevinden ayrılacağını söyleseydi, ülkede dudak bükmeyen çok az insan olurdu.

Ama hiç beklenmedik bir anda akıl almaz bir şey oldu: Ortaya sürülen bir kaset, Baykal'ı koltuğundan etmeye yetti. İçeriği itibarıyla kişilerin özel hayatlarına saldırı yoluyla bazı

görüntülerin kamuoyuna aktarılması niteliği taşıyan hareket, siyasal platformda bir yıkıntıya neden oldu.

Baykal başkanlıktan istifa etti. Bu sonucun altında yatan nedenler konusunda kamuoyu yeterli bilgiye sahip olamadı. Sır perdesi aralanmadı. Öyle ya, bir parti başkanı kendisine ve partisinin bir milletvekiline karşı işlenen suç nedeniyle, hiç vakit kaybetmeksizin, son derece haklı olarak, hukuk mekanizmasını harekete geçirdi. Hukuk gerekeni yapardı; zaten işlemler de hemen başlatıldı.

Ama istifa nedendi? Bugün bunu tartışmaya hiç gerek yoktur, çünkü bu artık bir olgudur ve tarihteki yerini almıştır.

Olağan Kurultayın yaklaştığı günlerde yaşanan bu olaylar CHP'lileri harekete geçirdi. Sonuç: Kemal Kılıçdaroğlu başkan adayı oldu; seçildi; CHP içinde yeni yönetim oluşturuldu.

Basın ve medya, daha önce İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığına aday olan, yolsuzluklara karşı parti içindeki çalışmalarını ile sivrilmiş ve öne çıkan Kılıçdaroğlu'nu bir lakapla anmaya başladı: "Gandhi Kemal". İlk bu lakabın Hindistan'ı sömürgelemeden kurtaran Mahatma Gandhi ile ülkeyi "kurtarmak" adına mücadeleye giren ve liderliğe talip olan kişi arasındaki benzetmeye dayandığı sanıldı. Oysa durum hiç de öyle değildi. Belediye başkanlığı için propaganda çalışması yaptığı günlerde Beyoğlu'na çıkan Kılıçdaroğlu'nu gören bir esnafın, "Kendisi Gandhi'ye benziyor. İnşallah seçilir ve onun gibi başarılı olur." demesi, bu lakabın kaynağıydı. Ama bir gerçek: Halk bu lakabı sevdi ve Kılıçdaroğlu'na yakıştırdı.

Şimdi Kılıçdaroğlu CHP'nin yeni lideridir; kendisini, eskiye oranla çok daha önemli görevler beklemektedir. Bunun için çalışma zamanıdır. Lider, yeni ekibiyle "yaratmak" zorundadır. Yakın bir zamanda yapılacak olan genel seçimler için yeterli sayılabilecek süresi vardır. Önce teşhis, sonra tedavi. Teşhis, toplumda aksayan noktalar ve sorunlar nelerdir, odağına egemen olma hedefine yönelmektir. Tedavi, bunları ortadan kaldırmak için projeler üretmektir. Aslında, CHP'nin Baykal'ın li-

derliğinde muhalefette kaldığı dönemlerde yapılan eleştirilerin başında, “CHP’nin projeleri nelerdir? Bunların ortaya atılması ve tartışılması kaçınılmazdır.” özetinde toplanmıyor muydu? Elbette toplanıyordu. Hatta siyasal iktidar da CHP’nin ülke sorunlarının altına elini koymamasını eleştiri odağı yapıyordu.

Bu gerçekleri görecek olan Kılıçdaroğlu, yenilenen parti yönetimi ile kollarını sıvamak durumundadır. Başkanın daha önce kişisel çabasıyla ortaya koyduğu ve kamuoyunda ses getiren çözümleri üretmiş olması, bu konudaki başarı şansını arttıracaktır. Artık tüm partinin bütün kurul ve üyeleriyle ortak bir çalışma yürütecek olması, olumlu bir etken olarak değerlendirilebilir.

Bizler, bu ülkede yaşayan “halk” olarak neler bekliyoruz?

Önce hukuk güvencesi. Hukuk, toplumlarda yaşanan tüm olaylara çözüm üretme sanatı olarak tanımlanıyor. Bu sanatın ülke insanına layık ürünlerini ortaya koymak elbette şarttır. Bunun için AB’ye uyum yasaları çerçevesinde hızlandırılan hukuk reformunun kesintisiz sürdürülmesi ile çok yol alınacağı açıktır. Bu alanda Anayasaya ve hukuka aykırılıkların temizlenmesi kaçınılmazdır.

Ülkede işsizlikten yakınmalar, sayısal tespitlerin ışığı altında çığ gibidir. Bunun için yeni yatırımlarla iş olanaklarının yaratılması büyük bir beklentidir. CHP’nin yeni politikalarında sendikalarla yakınlaşmak yer almalıdır.

Yakın zamana kadar ülkemizin bir başarısı ile övünmüyor muyduk? Türkiye, dünya ölçeğinde kendi kendine yetebilen 7 ülkeden biridir, madalyamızı ne yazık ki yitirdik. Bugün et it-hal ediyorsak, hayvancılık alanında yüzümüz kızarmıyor mu?

Eğitimin sorunları anaokulundan üniversiteye kadar önümüzde duruyor. Devlet, özel okullar gerçeği ile iyi ve başarılı bir eğitimi savunabilir mi? Yüksek öğretime egemen olan vakıf üniversiteleri ile, politik birer yatırım niteliği taşıyan, altyapıdan yoksun, her ilde bir yüksek öğretim kurumu yaklaşımının ülkeye hizmet şansı olabilir mi? YÖK’ün 1981 yılında kurul-

masından bu yana geçen zaman içinde, akademik kariyerin çağın gereklerine ve standartlarına uygun olduğunu söylemek mümkün müdür? Eskilerin yerinde yellere esiyor. Yaklaşık 30 yıl içinde ne çok profesörümüz, doçentimiz, yardımcı doçentimiz oldu. O kadar mutluyuz ki!

Sorunlarımız elbette bunlarla sınırlı değil.

Son söz: Bizler, yöneten-yönetilen ilişkisinde, yönetilenleriz. İstemek bizim hakkımızdır. Sorunların üstesinden gelmek de yönetenlerin omuzlarına yüklenmiştir. Yukarıdaki kısacık tablo içinde yer alan konuların ve sorunların çok uzun zamanlardan geldiğini biliyorum.

Ülkede yaşayan herkes, bir Japon gibi her gün kendisine üç soru sorsa, bugün kendim için, ailem için, ülkem için ne yaptım, dese, öyle çok mesafe almış oluruz ki.

Konumuz Referandum

Söze, referandum sözcüğünün anlamından ve kökünden başlamak uygun olsa gerek. Referandum (bazı dillerde: referendum) Latince referre (göndermek, havale etmek) kökünden türetilmiş bir sözcüktür. Demek ki referandumda bir havale etmek, göndermek eylemi vardır. O eylem, bir yasanın ya da Anayasanın halkın önüne konulması ve düşüncesinin sorulmasıdır.

Referandum bu niteliğiyle halkın iradesinin ülke yönetimine yansımalarıdır. Bu nedenle de demokrasinin güzel bir örneğidir. Ülkemizde referandum sık başvurulan bir yöntem değildir.

Şimdi önümüzde bir referandum var: Anayasa değişikliği TBMM'den geçti; Cumhurbaşkanı bu konudaki yasa'yı onayladı; yasa Resmi Gazete'de yayınlandı ve referanduma sunuldu. Dün de Yüksek Seçim Kurulu (YSK) referandumun tarihini belirledi: 12 Eylül 2010. 12 Eylül'ler ülkemiz için parlak bir tarih değildirler, çünkü demokrasi bu tarihte kesintiye uğramıştır.

Bu kez halk referandumda Anayasa değişikliği ile ilgili düşüncesini söyleyecek. Bu ya kabul olacak ya da ret. Oyların hangisi fazla çıkarsa, o, sonucu belirleyecek.

YSK'nin referandum tarihini belirleyen kararı hukuka uygun mudur? Bu yazı bir hukuk makalesi elbette değildir. Bu nedenle en kısa ve öz biçimde YSK'nin kararının değerlendirilmesi uygun olur. Bu kararda üç çekirdek nokta var. İlki Anayasanın 67/son maddesidir. Buna göre, "Seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz." Öteki ise, Anayasanın 79/son maddesidir ki, Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur, demektedir. Son hüküm de Anayasa değişikliklerinin halkoyuna sunulmasına ilişkin Yasadır. Bu yasa da bu konuda Milletvekili Seçimi Yasası ile bağlantı kurmakta ve o yasanın hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir.

Demek ki hukuki sonuç YSK'nin kararının hukuka uygun olduğudur. Bu karar anayasal sistemimizde kesindir.

Konuyla bağlantısı nedeniyle bir başka nokta daha ele alınmalıdır: Anayasa değişikliğinin tüm maddelerinin bir bütün olarak halkoylamasına sunulması açısından durum nedir? Daha açık deyişle, toplam 26 maddeden ve 2 geçici maddeden oluşan bu yasa hakkında halkın referandumda tek bir oyla düşüncesini açıklayacak olması nasıl yorumlanmalıdır? İlk tespit şudur: Yasanın 26. maddesinde, Anayasa değişikliğinin halkoyuna sunulması halinde tümüyle oylanacağı açıkça belirtilmiştir.

Bu hüküm Anayasaya uygun mudur ? Bu konuda Anayasanın 175. maddesinde şu hükmü okuyoruz: "Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların kabulü sırasında, bu Kanunun halkoylamasına sunulması halinde, Anayasanın değiştirilen hükümlerinden, hangilerinin birlikte hangilerinin ayrı ayrı oylanacağını da karara bağlar." TBMM bu konudaki sonucu belirlemiş ve tümüyle oylamayı öngörmüştür. Bu sonuç bağlayıcıdır.

Demokratik yaklaşımda Anayasanın bu hükmü irdelenmelidir. Bu denli geniş bir içeriği olan Anayasa değişikliği için halkın düşünce ve kanaatini tek bir oyla belirtmek mecburiyetinde bırakılmış olması hukuki bir sonuçtur. Bu sonuç demokratik değildir. Bu “paketin” içinde yer alan hükümlerin bazılarında yana olmak, bazılarında ise karşı çıkmak düşüncesini gerçekleştirmek mümkün olmayacaktır. Referanduma katılanların böyle bir şansı yoktur. Sözü uzatmadan belirtmek gerekir ki, bu yaklaşım ve sonuç referandum kavramı ile de bağdaşmaz.

Konuyla ilgili bir başka olgu: CHP milletvekilleri Anayasa değişikliğini Anayasa Mahkemesine (AYM) götürüyorlar. Bunun anlamı, yapılan değişikliklerin Anayasaya aykırı olduğu düşüncesiyle iptallerini istemektir. Bu konuda sorulacak olan soru şudur: Bu dava referandumdan önce AYM tarafından ele alınabilir mi, yoksa referandumun sonucunun beklenmesi gerekir mi? Bu soruya cevap ararken referandum kavramının anlamını, amacını ve hukuki sonuçlarını dikkate almak uygun olur.

Anayasanın değişen maddeleri referanduma sunulmuş olmakla, yürürlüğe girmemişlerdir ve uygulanamazlar. Aksi düşünülemez, çünkü o zaman referandumun anlamı kalmaz. Referandumun sonucu beklenmeli midir? Referandumda değişiklikler reddedilirse, değişiklikler yapılmamış sayılır. Aksine, referandum sonucu değişiklikler kabul edilirse, değişiklik hükümleri yürürlüğe girerler.

Bu tablo içinde AYM'nin rolü ve açılan davayı görmek konusundaki yetkisi nasıl, özellikle yetkiyi kullanma zamanı açısından değerlendirilmelidir? Anayasada halkoylamasına sunulan Anayasa değişikliği ile iptal davası arasındaki ilişkiyi kuran bir norm yoktur. Başka bir anlatımla, Anayasa, AYM'ye halkoylamasına sunulan bir yasanın iptalini ele alma konusunda bir engel koymamıştır. Bu nedenle bu dava halkoylamasından önce görülebilir. Aksine bir düşünce, anayasal sistemimizle çelişir. (Cumhuriyet, 21 Mayıs 2010)

Nasıl Bir Türkiye’de Yaşamak?

23 Nisan dünya ölçeğinde Ulu Önderimiz tarafından çocuklara armağan edilmiş tek bayramdır. Bu büyük bir mutluluktur. Ancak şu soruyu da sormak durumundayız. Bu ülkede büyük-küçük mutlu muyuz, hayatımızdan memnun muyuz? Bu soruya ülke insanının ne kadarı “evet” cevabı verir? İnsanoğlu böyle bir soru karşısında, tüm belleğini bir süzgeçten geçirir ve cevabını verir. Bu aslında işin özüdür.

Bellek taraması yapıldığında, Türk insanının elinden mutluluğunu alan o denli olay ve etmen var ki, hangi birini saymalı. Bir ülke yönetiminde başta gelen vazgeçilmezler arasında yer alan eğitim ve sağlık hakkı açısından ortada olan resim bellidir. Nüfusun kaçta kaçını istediği eğitimi ve öğrenimi alabiliyor. Bunu anaokulundan başlatıp üniversiteye kadar yayabilirsiniz. Özel eğitim kurumlarının seçilmesinde, bu seçimi yapanları suçlamak mümkün olabilir mi; yoksa bu bir mecburiyetten mi kaynaklanmaktadır? Sağlık hizmetlerinin özel sağlık kurumlarında “daha iyi ve kaliteli” verilmesindeki kusur kimindir?

Ülkedeki adalet hizmetinin durumunu irdeleyelim mi? Bu konuda nirengi noktası vatandaştır. Vatandaş, adalet hizmetiyle adliyeye işi düşünce tanışır ve yalnızca yaşadıklarını bilir. Ayrıca geri kalanı da onu pek ilgilendirmez; kendisiyle ilgili olarak verilen kararı adil bulmadığında, siz ne kadar laf üretirseniz üretin, onu ikna etmeniz mümkün değildir.

Yargıda reform dünya ölçeğinde sözü edilen bir kavramdır. Reform ileri gitmektir. Hukukta ve yargıda reform denilince, sorunları aşmak hedefi anlaşılır. Reform, hukukun dinamizmi ile de yakından ilgilidir. Bu dinamizm yeni ihtiyaçları ortaya çıkarır; bunların karşılanması gerekir. Ama bir gerçeğin altını çizmek şarttır: Hukuk ve yargı reformundan bu denli çok söz edilen, fakat bir arpa boyu ileri gidilemeyen başka bir ülke var mıdır? TBMM’de görüşülmekte olan Anayasa değişikliği teklifini pertavsız altına alın, nasıl bir resim çıkar? Yargı işi neden yargının mensuplarına bırakılmak istenmez? Bir Anayasa değişikliğinde, Anayasanın kendi içindeki hükümlerine aykırılıklar neden giderilmez?

Bu yazı, aslında bir iç dökme yazısıdır. Ülkede nereye bak-sam tablolar karanlıktır. Spor alanlarına bir göz atın; ortalık toz duman. Kim hangi sonuçtan memnun ki? Sporcuların profes-yonel olanları o denli bu kavramdan uzaklar ki. Bir futbolcu ra-kibinin kaval kemiğini adeta kırma hırsıyla ona “saldırır” mı? Rakibini durduramayan ve penaltıya neden olan bir futbolcu, hırsını penaltı noktasından alır mı; burayı kazar mı?

Bu ülkenin insanları neden her gün birbirinden bu denli uzaklaşıyorlar? Toplumsal yaşantıda olması gereken tasada ve kıvançta birlik olmak, kenetlenmek değil mi? Şu gözlem haksız sayılabilir mi? Ülkenin yönetiminde rol üstelenen, be-lirli makamları paylaşan ve unvanlar taşıyanlar, hemen her konuşmada, “halkım” dedikleri vatandaşın gözü önünde, te-rimi bağışlayınız, “kavgaya” tutuşmasalar, iyi örnekler oluş-tursalar olmaz mı? Elbette olur, çok da iyi olur. **(Cumhuriyet, 27 Nisan 2010)**

Anayasa Değişikliği Teklifinde Yargı -I-

Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından hazırlanan Anayasa değişikliği teklifi bugün (30 Mart 2010) TBMM Başkanlığına sunuldu. Teklifin son şeklini, bu sayfanın ölçüsü içinde değer-lendirmek istiyorum.

- 1. Anayasa Mahkemesinin yapısı.** Teklifle Anayasa Mah-kemesinin (AYM) on dokuz üyeden oluşması öngö-rülmektedir. Üye sayısının artması olumludur, çünkü AYM'nin görev alanı genişlemektedir. Batı ülkelerinin anayasalarında yer alan “anayasa şikâyeti” kavramı bu alanda yerini almakta, İnsan Hakları Avrupa Sözleşme-sine (İHAS) aykırılıkların da AYM'de karara bağlanması öngörülmektedir.

AYM'ye üye seçecek kurum ve makamlarla ilgili olarak şu hususların altını çizmek isterim: Cumhurbaşkanının AYM'ye üye seçmesinin çerçevesi çok geniş tutulmuştur. Cumhurbaş-kanlarının taşıyacakları siyasal kimlikler göz önünde bulun-durulduğunda, AYM'nin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmiş

üyeler ağırlıklı bir mahkeme olması yadırganmalıdır. Bu konuda söz gelimi, Yargıtay ve Danıştay kendi üyeleri içinden doğrudan doğruya AYM'ye üye seçebilmelidirler. TBMM'nin Sayıştay'dan üye seçmesi kanımca uygundur. TBMM'nin avukatlardan üye seçerken, baroların çatı örgütü olan Türkiye Barolar Birliğinin (TBB) saf dışı bırakılması uygun bir çözüm değildir. Aday seçiminde TBB ile baroların ortak iradesinin aranması uygun bir çözüm olabilirdi. AYM üyesi olabilmek için 45 yaşın aranmasını yüksek bulduğumu ifade etmek isterim.

- 1. Yüce Divan'da yargılanacak olan kişiler.** Teklifte, Anayasanın 148/3. maddesinden sonra gelecek olan yeni 4. fıkra ile Yüce Divanda yargılanacak olan kişiler arasına, Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da eklenmektedir. Bu kişiler görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan'da yargılanacaklardır. Gerek 148/3. gerek 148/4. maddedeki hükümler ceza yargılaması hukukunda "kişiler yönünden yetki" kavramı içinde ele alınmaktadır. Bu yetkiler istisnaidir. Bu istisna bu kişileri korumak ve kayırmak için öngörülmezler. Aksine, olağan yetki ayırımı içinde ortaya çıkabilecek olan durumları önlemek için, bu kişiler daha üst yargı organlarında yargılanırlar. Anayasanın bugünkü yapılanması içinde devlet hizmetinin en üst katında yer alan kişiler için Yüce Divanda yargılanmaları öngörülmüştür. Bu açıdan bakıldığında en üst düzeydeki asker kişilerin de görev suçlarından ötürü Yüce Divanda yargılanmaları sisteme uygundur. Bu çözüm, askeri mahkemelere olan bir güvensizlik olarak algılanmamalıdır. Teklifte ortaya çıkan sorun Anayasa Mahkemesinin (AYM) Teklifteki yeni oluşumu ile ilgilidir. Bu oluşumda sorun oluşturan noktalar düzeltildiğinde, bu norm sistemle bağdaşacaktır.

- 2. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK).** Kamuoyunda fırtınalar koparan HSYK konusunda teklifin satırbaşları şunlardır: HSYK yirmi bir asil ve on yedek üyeden

oluşacak; üç daire halinde çalışacaktır. Kurulun Başkanı Adalet Bakanıdır. Adalet Bakanlığı Müsteşarı Kurulun tabii üyesi olacaktır. Kurulun 4 asil üyesini Cumhurbaşkanı seçecektir. Bu kişiler, yüksek öğretim kurumlarının hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında görev yapan öğretim üyeleri, üst kademe yöneticileri ile avukatlar olabilecektir. Öteki üyeler Anayasa Mahkemesinden, Yargıtay'dan, Danıştay'dan, adli ve idari yargıda görev yapan yargıç ve savcılardan seçileceklerdir. Kurulun yönetimi ve temsili Adalet Bakanına aittir. Bakan dairelerin çalışmalarına katılamaz. Kurul, kendi üyeleri arasından daire başkanlarını seçer. Kurul, adli ve idarî yargı hâkim ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yapar; Adalet Bakanlığının, bir mahkemenin kaldırılması veya yargı çevresinin değiştirilmesi konusundaki tekliflerini karara bağlar; ayrıca, Anayasa ve kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirir. Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (hâkimler için idarî nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; Adalet Bakanının oluru ile Kurul müfettişlerine yaptırılır. Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz. Kurula bağlı Genel Sekreterlik kurulur.

Teklifin değerlendirilmesi:

- HSYK'nin 21 üyeden oluşması ve 3 daire halinde çalışacak olması olumludur. Eskinin, 7 kişiye tabi olmak, eleştirisinin bir sonucudur.
- Kurulun başkanının Adalet Bakanı olması, madde tümüyle gözden geçirildiğinde, Bakanın Kurul çalışmalarına katılmayacak olması ve bununla bağlı olarak oy hakkının da bulunmaması, temsili bir görevin yerine getirilmesi anlamını taşır. Bu yaklaşımla, müsteşarın Kurulda yeri olmamak gerekir.

- Kurula Cumhurbaşkanının üye seçmesi uygun bir çözüm değildir. Cumhurbaşkanının siyasal kimliği, eleştirileri her dönemde birlikte getirecektir. Anayasaların kalıcı hukuk metinleri olduklarını göz ardı edemeyiz.
- Kurul oluşturulurken idari yargı ikinci derecede önemli sayılmıştır. Bu yaklaşım, idari yargıda çalışanların sayı itibarıyla daha az olmaları ile mi açıklanacaktır?
- Teklifte yargıç ve savcılarının denetlenmesinde yeni bir kurum getirilmektedir: HSYK müfettişliği. Bu olumlu bir adımdır; Anayasanın 144. maddesine karşı yükselen seslere bir kulak vermedir.
- Meslekten çıkarma dışındaki kararlara yargı yolunun kapalı tutulması, Anayasanın hak arama özgürlüğüne açık bir aykırılıktır. Türkiye bu fırsatı değerlendirmelidir. Unutmamak gerekir ki, bir yargıç ya da bir savcı için hukuka aykırı en hafif bir disiplin cezası ya da önlem de, derin yaralar açabilecek bir uygulamadır. Bu kişilere meramını anlatma hakkını vermekten kaçınmayı anlamakta zorlanıyorum.
- HSYK bünyesinde genel sekreterlik kurulması, elbette olumlu bir adımdır; “eskiye” yapılan eleştirileri ortadan kaldırma amacını ortaya koyar.

Buraya kadar teklifte HSYK ile ilgili düşünülen değişiklikler konusundaki düşüncelerime yer verdim. Ancak bir hususu yine gözler önüne sermek isterim: Çağdaş bir hukuk düzeninde, ülkemiz için uygun çözüm HSYK değil, fakat Yüksek Adalet Kurumunun kurulmasıdır. **(Cumhuriyet, 4 Nisan 2010)**

Anayasa Değişikliği Teklifinde Yargı -II-

3. Yargıç ve savcılarının denetimi.

HSKY'ye bağlı yeni bir müfettişlik kurumunun oluşturulmasının olumlu bir adım olduğunu belirtmiştim. Bu adımla, Anayasanın 144. maddesindeki bir çelişki giderilecek, yargıç ve savcılar için her türlü işlemi yapma yetkisine sahip olan

HSYK denetim görevini de yapacaktır. Bu konuya eklenmesi gereken birkaç nokta var. İlkin, bir yargıç ya da savcı için HSYK'de soruşturma açılması için, Kurulun başkanı olan Adalet Bakanının olurunun aranacak olması, HSYK'nin bu konudaki yetkisini daraltan bir normdur. Yeni HSYK düzenlemesinde Kurulu temsil görevini üstlenen, Kurul çalışmalarına katılmayan Adalet Bakanına bu yetkinin verilmesi bir çelişkidir.

Öte yandan, Anayasanın 144. maddesi değiştirilerek, adalet hizmetleri ile savcıların idarî görevleri yönünden Adalet Bakanlığınca denetiminin adalet müfettişleri tarafından yapılmasının öngörülmesi, Teklifte 159. maddede HSYK'ye verilen görevin savcılar yönünden geri alınmasıdır. Bu bir çelişkidir. Bir başka anlatımla, 159. maddede ilga edilen Adalet Bakanlığına bağlı müfettişlik kurumu yeni 144. madde ile savcılar için, yeniden yaratılmaktadır. Yeni şekliyle bile, 144. maddeye gerek yoktur. Ülkemizde savcılık ve yargıçlık mesleği aynı çatı altında iki hizmet olarak öngörüldüğü için, HSYK bünyesinde de aynı kurallara tabi tutulmak gerekir.

4. Askeri Yargı.

Teklifte, askerî yargının askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütüleceği; bu mahkemelerin asker kişilerin yalnızca askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askerî suçlara ait davalara bakmakla görevli oldukları; devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davaların her halde adliye mahkemelelerinde görüleceği belirtilmektedir (AY, md. 145/1). Bu tanımla askerî yargının görev alanı kesin biçimde çizilmektedir. Kısa süre önce yaşanan, asker kişilerin hangi suçlarından ötürü askerî yargıya, hangi suçlarından ötürü sivil yargıya tabi olacakları tereddüdü ortadan kaldırılmıştır. Bir açıdan da Anayasa Mahkemesinin CMK'ya eklenen maddeyi iptal eden kararı doğrultusunda bir hüküm tasarlanmıştır.

145. maddenin 2. fıkrasında, "savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz." denilerek,

sivillerin yalnızca savaş halinde askeri mahkemede yargılanacakları hüküm altına alınmış, askeri yargının temelde sivilleri yargılamakla görevli olmadığı vurgulanmıştır. Bu çözüm, önceki hükümdeki karışıklığı ortadan kaldırmıştır.

Buna bağlı olarak, askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşlarının ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmelerinin kanunla düzenlenmesinin, maddenin 3. fıkrasında öngörülmesi önemlidir. Bu hükümle ülkemizde sivil yargının esas olduğu vurgulanmaktadır, çünkü adli yargı savcı ve yargıçları savaş halinde askeri mahkemelerde görevlendirileceklerdir.

- HSYK bünyesinde genel sekreterlik kurulması, elbette olumlu bir adımdır; “eskiye” yapılan eleştirileri ortadan kaldırma amacını ortaya koyar.

Buraya kadar teklifte HSYK ile ilgili düşünülen değişiklikler konusundaki düşüncelerime yer verdim. Ancak bir hususu yine gözler önüne sermek isterim: Çağdaş bir hukuk düzeninde, ülkemiz için uygun çözüm HSYK değil, fakat Yüksek Adalet Kurumunun kurulmasıdır.

5. Siyasal Partilerin kapatılması.

Anayasanın 69/4. maddesinde, “Siyasî partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının açacağı dava üzerine Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır.” hükmü yer almaktadır. Teklifte bu hüküm, “Siyasî partilerin kapatılması, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının talebi üzerine, Türkiye Büyük Millet Meclisinde grubu bulunan her bir siyasî partinin beşer üye ile temsil edildiği ve Meclis Başkanının başkanlığında oluşturulacak Komisyonun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ve gizli oyla vereceği izin üzerine açılacak dava, Anayasa Mahkemesince kesin olarak karara bağlanır.” biçiminde değiştirilmektedir.

Bu değişikliğin en kısa yorumu şudur: Yasamanın yargıya müdahalesi söz konusudur. TBMM çarısı altında bu konuda

verilecek izin için özel bir komisyon kurulmasının öngörülmesi, ağırlıklı gizli oy aranması bu yorumu değiştirmez. Yargılama sistemlerinde izin kavramı vardır. Bu izin, gerekli görülen hallerde, yasalarda önceden yapılacak düzenlemelere bağlanabilir. Fakat burada temel nokta şudur: İzin, hakkında yargısal bir soruşturma yapılacak olan kişi ya da kurumdan alınmaz. Bu izni, devlet yapısı içinde görevli kurum ya da makam verir.

6. Disiplin kararlarına karşı yargı yolu.

Anayasanın 129/3. maddesi, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağını hüküm altına almıştır. Teklifte bu hüküm, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı biçiminde değiştirilmektedir. Teklif tüm disiplin kararlarına karşı yargı yolunu açmakla, hak arama özgürlüğünü genişletmektedir.

Ancak belirtmem gerekir ki, bu değişiklik, teklifle 159. maddede yapılan değişikliklerle, Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz, hükmüyle çelişmektedir. Kısa açıklaması ile, 129/3. maddenin verdiği hakkı 159. madde geri almaktadır. Disiplin statüsü içindeki kişilere tanınan hak arama özgürlüğünün yargıç ve savcılarının elinden alınması açıklanamaz bir çelişkidir. Bir önceki yazımda da bu noktaya değinmiştim. Bu hususta bir istisnadan söz etmenin temeli de yoktur.

7. Askeri Şura'nın (YAŞ) ilişik kesme kararları.

Anayasanın 125. maddesinde, Yüksek Askerî Şuranın kararlarının yargı denetiminin dışında olduğu belirtilmişti. Teklif, YAŞ'ın Silahlı Kuvvetlerden her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolunu açmaktadır. Anayasada temelini bulan (m.36) hak arama özgürlüğü açısından olumlu bir değişikliktir. Bu konuda sonucu yargı söylemelidir.

8. Anayasanın geçici 15. maddesinin kaldırılması.

Bu norm, 12 Eylül 1980 Hükümet Darbesinin kötü izini sil-

me hareketidir; hukuki hiçbir sonucu yoktur. Sular tersine akıtlamayacaktır, fakat yalnızca, terimi lütfen bağışlayınız, “vit-rin” temizlenecektir.

Son söz: Adalet ve Kalkınma Partisi tarafından hazırlanan teklifle ilgili olarak uzmanlık alanımı ilgilendiren konularda, yazının başlığından da anlaşılacağı üzere, yargı konusunda düşünülen değişiklikleri irdelemeye çalıştım. Bu konuda bilimsel ilkelerin ışığında çözümleri kamuoyuna sunmaya çabaladım.

Bu ülkenin insanı hukuk devletinin en yücesine layıktır. Çabamız bu hedefe yönelmelidir. Bunu yaparken, **hukuku siyasa-sallaştırmaktan** kaçınmak ödevimizdir.

Bu doğrultuda TBMM'nin çatısı altında en uygun ve doğru sonuçlara ulaşılabileceğine olan inancım tamdır. **(Cumhuriyet, 5 Nisan 2010)**

Yargı Reformunda Bir Satırbaşı

Uzunca bir süredir AB'ye giriş sürecinde hukukumuzu yeniliyoruz. Büyük bir çaba içinde temel yasalarımızı yeniden yapıyoruz. Bunun AB üyeliği için önemini biliyoruz. AB kanadında da değerlendirmeler yapılıyor, resmi raporlar yayınlanıyor. Bu raporlarda kimi zaman norm boyutunda eksikliklere yollama yapılırken, kimi zaman da “normlarınız fena değil, bir de uygulamayı görelim” düşünceleri yer alıyor.

Bu bağlamda adalet sistemimizi ele alan bir raporda, Adalet Bakanlığının konumu, yetkileri incelenirken, yargıç bağımsızlığı, savcı-yargıç mesleklerinin ülkemizdeki durumu, bu mesleklere giriş başta olmak üzere, yargılama sistemimizde, yargıç-savcı-avukat üçgenine ilişkin inceleme ve değerlendirmeler yapılmaktadır.

AB sürecindeki müzakerelerde bu temel noktalar elbette ele alınacaktır. Ülkemizde özellikle 1990'lardan başlayan reform sürecinde yapılanlar masaya yatırılacaktır. Ancak, bir gerçeğin altı çizilmelidir. Müzakerede “elimiz” ne denli güçlü olursa, başarı şansımız da tabii artacaktır.

Ülkede en sade vatandaştan başlayarak, ülke yönetiminin en üst düzeyinde görev yapan yetkililer yargı reformunu istemektedirler. Bu sevindiricidir. Yargı reformu “engin” bir konudur. Nereden başlamalı? Konular elbette önem sırasına göre dizilecektir. Üzerinde uyuşulan temel kavram yargıda bağımsızlık ve güvencenin sağlanmasıdır. Çözüm nedir?

Bu konuda hiçbir ülkede örneği olmayan, tamamen orijinal bir projeyi ülkemizin hizmetine sunmak istiyorum.

Projenin amacı, ülkemizin adalet sistemini tek çatı altında toplamak, bu hizmetin vazgeçilmez üç meslek grubunu, yargıçları, savcılarını ve avukatları bir kurum içinde mütalaa etmek, buna uygun hukuki düzenlemeleri gerçekleştirmektir.

Bu kurum, Yüksek Adalet Kurumudur. Kurumun yapılmasını aşağıda kısaca özetleyeceğim. Ayrıca belirtmek isterim ki, bu kurumun adalet sistemimizdeki yerini alabilmesi için gerekli olan “hukuk metinleri”ni hazırlamış bulunmaktayım.

Projenin hareket noktasını, 12 Eylül’le başlayıp bugüne gelen süreçte, yargıç bağımsızlığı, savcı güvencesi ve avukatlık mesleğine ilişkin yakınmalar oluşturmuştur. Bu yakınmaların temelini, ülkemizde yargıcın bağımsız olmadığı, savcının yeterli güvencelere sahip olmadığı, avukatlık mesleği açısından temel sorunların varlığı oluşturmaktadır.

Yeni bir modelin ortaya konulmasının amacı, sorunları ortadan kaldırmak ve amaca uygun çözümler üretmektir.

Bu noktada ilk belirtmem gereken husus, bu konunun önce Anayasa değişikliğini, sonra yasa değişikliklerini gerekli kılmasıdır. Bu nedenle konu iki bölüm içinde ele alınmalıdır.

Yüksek Adalet Kurumu İçin Anayasa Değişikliği

Önerilen modelde adalet hizmetinin üç temeli olan, yargıçlık, savcılık ve avukatlık Yüksek Adalet Kurumu içinde toplanmaktadır. Bu nedenle Anayasamızın 159. maddesinde yer alan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) yerine

bu kurum yerleştirilmekte, bu konudaki temel noktalar belirtildikten sonra, diğer hükümlerin yasalarla düzenlenmesi öngörülmektedir.

Bu düzenleme ile bağlantılı olarak, Anayasanın 159. ve 144. maddeleri yürürlükten kaldırılmaktadır. Özellikle belirtmek gerekir ki, Anayasanın 144. maddesinde yer alan, yargıç ve savcıların Adalet Bakanlığı müfettişlerince denetlenmesi yöntemi terk edilmektedir. Bu görev Kurumun içinde yapılmaktadır.

Önerilen modelde avukatlık Kurumun içinde yer almaktadır. Bu nedenle Anayasanın 135. maddesinde de değişikliğe gerek vardır. Bu maddede kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları düzenlenmektedir. Ancak avukatlık Kurum içine alınınca, Anayasanın 135. maddesine bir fıkra eklenerek, Yüksek Avukatlar Kurulu için bu maddenin uygulanmayacağı belirtilmesi, yasama tekniğine uygundur.

Yüksek Adalet Kurumu

Adalet hizmetinin üç temel mesleğini içinde toplayan Kurum, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruluş olarak düşünülmüştür. Kurum, adalet hizmetinin görülmesi görevini üstlenmekte, bu bağlamda yetkileri kullanmakta ve Yasanın öngördüğü her türlü tasarrufta bulunabilmektedir.

Kurumun karar organı Yüksek Adalet Kuruludur. Bu kurul 21 üyeden oluşmaktadır. Üç meslek grubu eşit temsil ilkesi çerçevesinde kurulda yer almaktadır. Kurulun oluşumuna katılacak 6 üye daha düşünülmüştür. Bu üyelerin kurulda yer almalarının temel nedeni, adalet hizmetinin toplum için bir hizmet olduğu hususunun dikkate alınmasıdır.

Kurumun ayrıca 3 organı bulunmaktadır. Bunlar, Yüksek Hakimler Kurulu, Yüksek Savcılar Kurulu ve Yüksek Avukatlar Kuruludur.

Bu kurulların oluşumunda dikkate alınmış olan temel hususlar şunlardır :

- Yargıç bağımsız olur. Bu nedenle bu amaç çerçevesinde bu meslekle ilgili olarak, stajdan başlayarak, mesleğin sonuna kadar tüm konular bu Kurulun görev ve yetkisi içindedir.
- Savcının güvenceli olması noktasından hareketle, yukarıdaki yaklaşım savcılar için kendi Kurulunun görevlendirilmesi olarak düşünülmüştür.
- Avukatlık açısından temel nokta bir Yüksek Kurulun oluşturulmasıdır. Bu nedenle Türkiye Barolar Birliğinin yerini bu kurul almaktadır; barolar varlıklarını korumaktadır. Kurulun gerek oluşumunda gerek görev ve yetkilendirilmesinde Adalet Bakanlığı ile vesayet bağı kesilmektedir.

Bu projeye yapılabilecek olan temel eleştiriyi de biliyorum. Proje ülkenin adalet hizmetini, bu hizmeti görececek olan meslek mensuplarına bırakmaktadır. Bu sistemde yargı Yüksek Adalet Kurumu yapılanması içinde, gerek yetkiler gerek sorumluluklar meslek mensuplarındadır. Bu yaklaşım, idare hukukunda egemen olan, “önce yetki ver, sonra hesap sor” mantığının bir uygulamasıdır. Eleştiri, kuvvetler ayrılığı ilkesi içinde yargının “öne çıkması” na yapılabilir. Bunda haklılık olmayacağı kanısındayım. Bir çekincemi belirtmem uygun olur: Yargı bu sistemde görevini Anayasadan başlayarak yasalara uygun yapmalıdır.

Son söz: Yakın dönemde yaşanan olaylar dikkate alındığında, tüm çevrelerin “herkes elini yargıdan çekmelidir” söylemleriyle, oluşturulacak olan sistemin bağdaşacağını söylemek yanlış olmasa gerektir. (**Cumhuriyet, 19 Mart 2010**)

Yargı Reformu Diye Diye...

Yargı reformu diye diye ömrüm geçti. Geriye dönüp baktığımda, birkaç cephede başarıları gözlemliyorum. Fakat daha ne kadar alınacak yol var. Yürüdüğüm yol asla azımsanamaz.

1966 yılında İstanbul Hukuk Fakültesini bitirdim; asistan oldum. Ertesi gün Kürsüde toplantı var dediler; konusu nedir diye sordum. Cevap: Yargı reformu konuşulacak oldu. O günden bu güne konuşuyoruz. Gittiğimiz arpa boyu yol.

Peki, bu yargı reformu dedikleri bir ütopya mı, bir erişilmez mi? Elbette değil. Reform Latince kökenli bir sözcüktür. “Re” ön eki tekrar anlamına gelir. Form ise şekil, biçim demektir. Bu tahlilden, reform işleminde bir şeylere yeniden biçim vermek amacı öne çıkar. Ancak bir gerçek göz ardı edilemez. Her reform bir ilerici harekettir. Reform geri götürmez, ileri götürür. Aksi olursa, o hareketin ve işlemin adı reform olmaz.

Bu noktada bir temel soru sorulmalıdır: Başka ülkelerde yargı reformu ihtiyaç duyulan ve gerçekleştirilen bir hareket midir? Elbette. Bunun nedeni açıktır. Yargı, bir hukuk kavramıdır; konusu uyuşmazlık çözmektir. Her toplumda uyuşmazlıklar çıkar ve bunların çözümü gerekir. Yargısız bir hukuk düzeni düşünülemez. Yargının amacı, uyuşmazlıkları en kısa sürede, en adil biçimde çözmektir. Bu konuda karşılaşılan engeller yargıda reform hareketleri ile aşılar. Çözüm budur. Bu nedenle yargı reformu evrenseldir; her ülkenin ihtiyaç duyduğu bir husustur. Bunun temeli de bellidir: Toplumun dinamiği elbette o toplumun hukuk düzenini etkiler. Bu etkileme yeni arayışlara iter. Bu bağlamda yargı da reformlara ihtiyaç duyar.

Çizdiğim bu resim bir temel hedefi gösterir: Esenlik içinde yaşamak, uyuşmazlıkları en aza indirmek, çıkan uyuşmazlıkları en adil biçimde çözmek için, yargıyı ve yargının hukukunu diri tutmak gerekir. Bu noktada bazı gerçeklerin altı çizilmelidir: Yargıyı bu hizmeti görenlere bırakmak kaçınılmazdır. Dışarıdan her müdahale yargıya zarar verir. Adalet terazisi eğilir; terazi eğilirse, doğru tartmaz. Öte yandan, siyasal iktidarlar ve politikacılar yargının gücüne egemen olmak isterler. Bu eşyanın tabiatından kaynaklanır, çünkü siyasal iktidarlar ve politikacılar da yargıya hesap vermek durumunda kalabilirler.

Bu kısa yazıda soyuttan somuta gelirse, satır başları nelerdir?

Yargı erkinin içinde üç temel meslek grubu var. Bunlar, yargıçlar, savcılar ve avukatlardır. Yargıç bağımsız olmak zorundadır. Bağımsızlık, toplumda hiç kimseden, hiçbir güçten emir almamak demektir. Bu konuda sıkıntılar var. İlk sıkıntı, HSYK'nin oluşumundadır. 12 Eylül'ün anayasal kurum haline getirdiği HSYK Yüksek Adalet Kurumu içinde yeniden yapılandırılmalıdır. Ülkemizde savcılarun unvanı Cumhuriyetin savcısı olmaktır. Bu başka hiçbir ülkede yoktur. Savcılar güvence içinde çalışmalıdırlar; rehberleri yalnızca hukuk ve yasalar olmalıdır. Avukatlar savunma hizmetini en iyi biçimde görmek için hukuki güvencelerle donatılmış bir ortamda çalışmalıdırlar. Bütün bunlar Anayasadan başlayarak yasalarda yapılacak olan reformlarla başarılabilir.

Bugüne kadar ülkemizde yargı reformu alanında ulaşılan noktalar nelerdir?

İlk önemli başarı, 1992 Reformudur. Savunmanın güçlendirilmesi ve “adliyeyle işi” olanlara avukat sağlanması bir ileri adımdır. Sonra, AB'ye giriş sürecinde ceza yasalarının “yeniden” yapılması süreci yaşandı. Belirtmek gerekir ki, bu işler aceleye getirildi. Sanıldı ki, bu yasaları hemen yaparsak, AB'nin kapıları açılacak. Bu bir ham hayaldi. Öyle olmadığı kısa sürede anlaşıldı. Yasalar arasındaki köprülerin kurulmasının yarattığı sancılar da cabası.

Bir başka pencere: Batının “bastırması” ile DGM'ler kaldırıldı; onların yerine özel yetkili ağır ceza mahkemeleri (ÖAC) kuruldu. Bu bağlamda ilkin 5190 sayılı Yasa çıkarıldı; bu mahkemeler orada yerlerini aldılar. Sonra CMK yapınca, bu mahkemeler bu yasanın kapsamına alındı.

Bu mahkemelerin gerek kuruluşunda, gerek donatıldıkları yargı yetkisinde, adil yargılanma hakkı başta olmak üzere, savunma hakkı açısından Anayasaya aykırılıklar vardır. O kadar ki, bu mahkemelerde görev yapan yargıçlar ve nezdindeki savcılar, ülkenin öteki yargıç ve savcılarına oranla üstün sayılmışlardır. Türk adalet sistemi için ÖAC'lere gerek yoktur. Sistem içinde yer alan ağır ceza mahkemeleri de bu mahkemele-

rin görevini dört dörtlük yapabilirler. Bundan en küçük kuşku duymamak gerekir. Bu hafta, bu konuda açtığım yolu izleyip benimle buluşanları elbette kutluyorum.

İşte yargı reformunun birkaç satırbaşı:

Anayasanın yargıya ilişkin maddeleri temelden ele alınmalıdır. HSYK kaldırılmalı, Yüksek Adalet Kurumu kurulmalıdır. Anayasanın 144. maddesinden aldığı güçle Adalet Bakanlığı bünyesinde görev yapan müfettişlik kurumu, Anayasanın bugünkü haline de aykırıdır. Anayasanın 145. maddesi yeniden yazılmadıkça, askerlerin ve sivillerin yargı yerlerinin belirlenmesi kargaşası ortadan kaldırılamaz.

Gerek yeni TCK gerek CMK en kısa sürede ele alınmalı, aksayan noktalar düzeltilmelidir. Özellikle CMK'da yer verilen, CMUK döneminde hiçbir sorun yaratmayan kavramların ortadan kaldırılmasındaki hatalardan dönülmelidir.

Adliyenin yükünü hafifletmek için çıkarılan Kabahatler Kanunu amaca ulaştırmaktan uzaktır. Ağır ceza mahkemelerini kabahatlerle "güreştiren" bir sistemi kim savunabilir ki ?

Türkiye bir gerçeği kabul ederse, yargı reformunda önemli bir adım atar : Adli kolluk kurulmalıdır; ülkemizde adli kolluk yoktur. Bu konuda Adalet Bakanlığı ile İçişleri Bakanlığı "bir noktada" buluşmak zorundadır. Bu buluşma yargı reformunda bir satır başı olur.

CMK'da yapılan değişikliklerle, "müdafisiz sanık olmaz" ilkesinden atılan geri adımlar, üzülererek söylüyorum, paranın özgürlüğe tercih edilmesidir. Bu alanda görev yapan avukatlara para vermemek için getirilen sınırlamaların savunulacak yanı yoktur.

Son sözüm şudur: Yargı reformunda daha ne çok anlatacak "şey" var; ama maalesef yer yok. (Cumhuriyet, 9 Mart 2010)

Yargıda Fırtına

Türkçede ne güzel özdeyişler var. “Ortalık yangın yerine döndü” derler. Bu söz geçtiğimiz hafta yargıda yaşananlara pek yaraştı. En kısa özet : O kadar çok ses çıktı ki. Peki, bunların ne kadarı doğrudu, ne kadarı yanlış.

Bu yazıyı bir değerlendirme yapmak için yazdım. Açıkçası biraz da bekledim, taşlar yerine otursun diye.

Olay nasıl başladı? Erzincan Cumhuriyet Başsavcılığında bir soruşturma yürütülüyordu. Basında çıkan haberlere göre, bu soruşturma bir tarikatın mensuplarının eylemleri ile ilgiliydi. Bazı çevrelerce bu hoş karşılanmadı denildi. Öte yandan Erzurum’da da bir soruşturma yürütülüyordu. Bu soruşturmada Erzincan C.Başsavcısı da şüpheliler arasındaydı.

Bu çerçevede Erzurum Başsavcılığı, Erzincan Başsavcısının evinde ve ofisinde arama yapılması gerektiği kanaatine vardı. Ayrıca Başsavcının ifadesinin de alınması gerekiyordu; gözaltına alındı. Arama yapıldı; Başsavcı Erzurum’a getirildi; ifadesi, Erzurum Özel Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde görev yapan savcılar tarafından alındı, Başsavcı mahkemeye sevk edildi ve tutuklandı.

Sonra fırtına koptu. HSYK hemen toplandı; bu savcılarını görevden aldı. Bunun anlamı şudur: CMK’nın 250. maddesinde yer alan suçlar için özel görevli ağır ceza mahkemeleri kurulmuştur. Buraya atanan yargıçlar başka mahkemede görev yapamazlar. Savcılar da bu mahkemeler nezdinde görev yapmak için atanırlar. Bu savcılar da başka işlerde hizmet görmezler.

HSYK bu savcılarını görevden alınca, ortalık karıştı. Bu noktada hukuku süzerek doğruları aramak uygun olur. Bu çerçevede ilk söylenmesi gereken şey şudur : HSYK, 12 Eylül sonrası ilkin yasayla kurulmuş, sonra 1982 Anayasası yapılmış anayasal temele oturtulmuş bir kurumdur. HSYK ülkemizde yargıç ve savcılarının bağlı oldukları, bu meslek mensupları ile ilgili işlemleri yapmak yetkisine sahiptir. Bu çerçevede, HSYK

savcıları ve yargıçları görevden alabilir. Bu işlem için yetkisi vardır. Bu işlem bir yargılama önlemidir. Her önleminde olduğu gibi, bir olayda soruşturma ve yargılamanın amaca uygun yürütülmesi için başvurulması kaçınılmazdır. Mekanizma şöyle işler: İlk bir olayla ilgili soruşturma açılması gündeme geldiğinde, Adalet Bakanlığı soruşturma izni verir, müfettişler soruşturmayı yürütürler ve rapora bağlarlar. Daha sonra HSYK devreye girer ve görevden alma işlemine gerek olup olmadığını değerlendirir.

Bu noktada bu mekanizma içinde söz konusu olan bir aksaklığı belirtmem uygun olur. Anayasanın 144. maddesi müfettişlerin Adalet Bakanlığına bağlı olduklarını ve Bakanın gözetim ve denetiminde çalışmalarını öngörür. Oysa ülkemizde savcı ve yargıçlar HSYK'ye bağılıdır. Denetim görevinin de HSYK bünyesinde gerçekleşmesi şarttır. Anayasanın 144. maddesi kaldırılmalıdır.

Olayın çekirdek noktasına dönersek, şu noktalar öne çıkar.

İlkin bazı tespitler:

CMK'nın 250/3. maddesinde (olayla sınırlı kalarak) Yargıtay'da yargılanacak olan kişiler bu mahkemelerde yargılanmazlar istisnası yer alır. Olaydaki Başsavcı bu kapsamdadır.

CMK'nın 250. maddesindeki suçları soruşturma görevi bu savcılarındır. Ceza yargılamasının iddia görevi kapsamında yapılacak her işlem bu savcılarca yapılır.

Olayda Erzurum'da görev yapan özel yetkili savcılar işlemleri yapmışlar, Erzincan Başsavcısını Erzurum ÖAC'ye sevk etmişlerdir. Savcı burada tutuklanmıştır.

Bu noktada ortaya bir sorun çıkmıştır. O sorun şudur: Yargıtayda yargılanması öngörülmüş olan bir il başsavcısı hakkında CMK'nın 250. maddesi kapsamındaki bir eylemden ötürü yürütülen soruşturma Erzurum'daki ÖAC'nin yetkili savcılarınca yürütülebilir mi; yoksa bu konuda CMK'nın 250/3. maddesindeki istisnai soruşturma devresini de kapsayan bir hü-

küm olarak kabul ederek, Hâkimler Kanununun öngördüğü mekanizmayı mı işletmek gerekir?

Soruya cevap ararken iki tez var:

Biri şöyle özetlenebilir: Yargıtayda yargılanacak olan kişiler açısından CMK'nın 250/3. maddesinin istisna getirdiği doğrudur. Ancak bu istisna yalnızca son soruşturmayı kapsar. Bunun anlamı şudur: Bir olayda bu kapsamdaki bir kişi için ön soruşturma yapılır; şayet kamu davası açılır ise, bu kişi sanık sıfatını aldıktan sonra Yargıtayın görevli dairesinin önünde yargılanır. Başka bir deyişle, 250/3. maddedeki istisna ön soruşturmayı kapsamaz. Olay yönünden sonuç: Başsavcı için Erzurum'daki ÖAC nezdinde görevli savcıların soruşturmayı yürütmüş olmalarında hukuka aykırılık yoktur.

İkinci tezin özü şudur: Yargıtayda yargılanacak olan CMK'nın 250/3. maddesinin istisna getirdiği doğrudur. Bu istisna önsoruşturmayı ve son soruşturmayı kapsar. Bunun anlamı şudur: Bir olayda bu kapsamdaki bir kişi için ön soruşturma yapılır; bu soruşturma CMK'nın 250. maddesi kapsamındaki bir eyleme dayansa bile, soruşturma Hâkimler Kanununun hükümlerine göre yürütülür. Şayet kamu davası açılır ise, bu kişi sanık sıfatını aldıktan sonra Yargıtayın görevli dairesinin önünde yargılanır. Olay yönünden sonuç: Başsavcı için Erzurum'daki ÖAC nezdinde görevli savcıların soruşturmayı yürütmüş olmaları hukuka aykırıdır.

Bu konudaki kanaatim şudur: 250/3. maddede istisna konulurken kullanılan terim "yargılama"dır. Yargılama, kendi içinde üç erki barındırır; iddia, savunma ve yargı. Bu çerçevede, bir olayda yürütülen ön soruşturma, istisnai işlemler hariç (bir yargıç kararına gerek duyma) iddianın ağır bastığı bir devredir. Bu devrenin amacı son soruşturmayı hazırlamaktır. Bu nedenle, yargılamanın bir bütün olduğu dikkate alındığında, istisnanın tam olarak uygulanmasını sağlamak amacıyla, yargılamanın ön soruşturma ve son soruşturma aşamalarının bütünlük göstermesi gerektiğinin kabulü uygun olur.

Bu konuda, CMK'nın 251. maddesinde soruşturma devresinde uygulanacak olan ilkeler ve hükümlere yer verildiği, bunlar içinde, 250/3. maddede öngörülen istisna çerçevesinde ÖAC'nin görev alanı dışına çıkarılmış kişilerle ilgili bir istisna'nın yer almadığı da belirtilmişti. Yasa koyucu kanımca ÖAC'lerin görevini belirlerken 250/3. maddede tercihini koymuştur. Bir sonraki maddede bunun tekrarına gerek yoktur.

Olaya bir başka açıdan daha bakmak uygun olacaktır:

Bazı düşüncelerin aksine, olayda özel yetkili savcılarının yetki gaspı yaptıkları iddiası doğru değildir. Yargı erki içinde yetki gaspı kavramını kullanırken çok dikkatli olmak gerekir. Yetki gaspı, adalet sisteminin yapılanması içinde, sistemi çökerten, kabul edilemez derecede ağır sonuçlar doğuran işlemler ve kararlar için kullanılır. Hukuk fakültelerinde bunun örneği, askeri mahkemenin boşanmaya hükmetmesi ile verilir. Bu nedenle, Erzincan-Erzurum eksenindeki olayda savcılar açısından yetki gaspından söz edilemez. Savcılarının tavır ve işlemlerinde "hukuku ve yasayı" kanımca yanlış yorumlamak vardır.

HSYK'nin çok süratli tavrı ülkedeki uygulama dikkate alındığında, alışılmış tavrın dışındadır. Bu olay, hukuki süreç içinde elbette değerlendirilecektir. Bu bağlamda görevli kurum ve kurullar yasalar çerçevesinde gerçeği ve doğruyu bulacaklardır.

Bu olay vesilesiyle HSYK açısından bir tespiti yapmak isterim: Bundan sonra HSYK başka olaylarda da aynı etkin ve süratli tavrı sergileyecek midir? Belirtmek isterim ki, ülkemizde güncel olan tek olay, son yaşanan olay değildir.

Ülke sorunları ile ilgilenen vatandaşlar şu soruyu da soruyorlar: HSYK tutuklama kararı veren yargıçları neden görevden almadı? Bu kurulun tercihidir. Fakat şu kadarını söylemek gerekir. HSYK'nin anayasal ve yasal statüsü içinde yargıçlarla savcılar arasında fark yoktur.

Bu olay bir konuyu yeniden gündeme taşıdı: ülkede yargı reformu yapılması. Türkiye uzun süredir bu konuda çaba harcıyor. O kadar ki, bu iş 1992'de CMUK değişikliği ile başladı

ve halen sürüyor. Hangi batı ülkesi ceza mevzuatını kökten yeniden yapmaya cesaret edebildi ki. Türkiye bu konuda çalışmalarını sürdürüyor ve sürdürmeli. Bunu, Türk insanı daha iyi bir hukuka, hukuk güvencesine layık olduğu için yapmalı.

Son sözüm şudur: Yeter ki istensin, Türk hukukçusu bunları yaratacak bilgiye ve beyin gücüne elbette sahiptir. **(Cumhuriyet, 23 Şubat 2010)**

Türban, türban diye yollara düşmek!

Son dönemde ülkemizde olup bitenleri bir gözden geçirelim diye bu yazıyı kaleme aldım.

Ortalık adeta bir yangın yeri. Her şey o kadar karmakarışık ki. İnsanlar düşünme yetisini ve sağduyusunu kaybetmiş. Bir hercümerç içinde geçen günler.

Siyasal iktidar kendini o denli güçlü hissetti ki, bugüne kadar türban denilen başı bağlama yönteminin din ve vicdan özgürlüğü ile açıklanmayacağını, bunun bir siyasal simge olduğunu ortaya attı. Sonra bu tezin peşine düştü. İşin ilginç yanı, siyasal simgelerin demokratik hayatın içinde var olduklarını, hatta vazgeçilmezleri arasında yer aldıklarını dahi telaffuz eder oldu.

Bu doğru muydu? Elbette değildi. Her fırsatta dile getirmeye çalışıyorum : Her ülkenin hukuk normları, o ülkenin sosyal gerçekleri ile uyuşmak zorundadır. Aksi takdirde, bu normlar işlevsiz kalırlar. Birinci nokta budur. İkinci nokta, sosyal gerçeklere aykırı normlar üretilirse, bu normların hukuk dünyasından çizilmesi şarttır. Bunun için, anayasalardan başlayarak yasalarla tamamlanan sistem içinde hak arama yollarını harekete geçirmek gerekir. Bu denetim mekanizmaları toplumu düzlüğe çıkarır. Bu ülkede, laik, demokratik, sosyal hukuk devletinin bekçisi olan Anayasa Mahkemesi, laiklik ilkesinin değiştirilmesi amacına yönelik böyle bir girişime geçit verir mi? Vermemek gerekir. Beklentimiz budur.

Siyasal iktidarın türban tutturması, üniversite kapısından geri çevrilen kız öğrencinin öğrenim hakkı ile açıklanamaz. Bu olayın yüzeysel görüntüsüdür. Konunun temeline inerseniz, ülkedeki laik hukuk düzenini hedef alan bir girişimle karşılaşsınız. Fakat siyasi iktidar bu konuda son derece kararlı bir tutum içinde. İşin nerelere varacağı sanki göz ardı ediliyor ya da üstü örtülmek isteniyor.

Anayasanın birkaç maddesini değiştirip, YÖK Yasasındaki normu değiştirmekle işin sona erdirileceği ileri sürülüyor. Oysa, durum hiç de öyle değil. O kadar çetrefil ki.

Şimdiden satır aralarında kamu hizmeti alan-veren ayırımları yapılmaya başlandı. Türbanla üniversiteye girmek çözüldükten sonra, türbanlı avukat, yargıç, Cumhuriyet savcısı, hekim, hemşire, bürokrat v.b.'ye sıranın geleceğini, getirileceğini düşünmemek için safdil olmak gerekir. Bu toplum bunları da içine sindirebilecek mi? Ne olmuş, halk böyle isterse, o da olur, diyenlere ne demek gerekir?

O zaman 1960'lı yıllara dönerim ve sizi rahmetli Hocam Prof.Dr. Tarık Zafer Tunaya'ya şikâyet ederim. O ne demişti, ilk derslerinden birinde: "Her toplum layık olduğu hukuk düzeninde yönetilir, derler. Siz buna inanmayın, Türkiye Cumhuriyetinin yönetim biçimi bir kurtuluş savaşı sonunda belirlenmiştir ve bu toprağa kazınmıştır. Bu laik cumhuriyet yönetimidir. Bu ülkenin genç aydınları olarak, bu uğurda mücadeleden hiçbir zaman kaçınmayın. Bu sizin birinci ödevinizdir."

Bu bilinçle ülkesine hizmetini sürdüren, saçlarına ak düşmüş, 65 yaşını tamamlamış bir nefer olarak, bugünlerde güzel yurdumda yaşadıklarımıza önce üzülüyorum. Neden mi? Cumhuriyetin temellerinin sarsılmasını önlemekte yeteri kadar güçlü olmadığımız için. Sonra, gülüyorum bütün olup bitene. Artık iş iyice şirazeden çıktı. Başın nasıl bağlanacağıнын yöntemleri sıralanıyor. Gazetelerde örnek çizimler. Çene altından bağlanacakmış, yüz açık olacakmış. Bu da yasada yer alacakmış. Orası öyle de, bu hanım kızlar ne giyecekler? Ondan söz eden yok. Siyah çarşafı giyip üniversitenin kapısına

dayanırsa, yukarıdaki tanım da yasada yer alırsa, kim onu içeri sokmayacaktır?

Konuya bir başka açıdan bakalım, ister misiniz? AKP iktidarı AB'ye girmek istemiyor mu? Görünüşe göre istiyor. Yakın geçmişte az mı çaba harcandı? Neydi o, TBMM'nin büyük bir sürat içinde yasalarımızı değiştirmesi, bunları AB standartları ile uyumlu hale getirme çabaları. Bu çabaların tek bir amacı vardı: AB'den bir müzakere tarihi almak. Bu başarılıydı. Sonra, müzakereler başladı. Bir tespit: Bu konu ülke gündeminden düştü. Terim bağışlanırsa, iş sulandı. "Karşı takım"ın asları ortalığa döküldü. Sizi üye yapmayacağız. Gelin imtiyazlı ortaklıkla yetinin. Nasıl ama? Ceket size uymaz, gömlek verelim, yaklaşımı.

Şimdi bir soru: Yoksa AKP bir taşla iki kuş mu vurma amacında? Türban, türban derken, önce AB'den uzaklaşmak, AB'ye giden Türkiye treninin makasını değiştirmek; sonra laik Cumhuriyetin temelini sarsmak, ülkemizi çevreleyen islam kuralları ile yönetilen ülkelere biraz daha yaklaşmak.

Son söz: Fazla beklememize gerek yok. TBMM Anayasa Komisyonu tasarımı görüşmeye başladı. Ak mı kara mı göreceğiz.

Henüz vakit geç değil

Anayasa değişikliği konusunda birkaç gündür bir sessizlik hâkim. Ancak bu biraz fırtına öncesi sessizlik gibi. AKP'nin Anayasa değişikliği teklifi TBMM Anayasa Komisyonundan geçti. Önümüzdeki hafta TBMM Genel Kurulunda görüşüleceği haberleri basında yer alıyor. Son sözler tabii ki burada söylenecek.

Konuyla ilgili olarak geriye dönüp baktığımızda, bu konu gündeme taşınırken Sayın Cumhurbaşkanının programında Anayasa değişikliği yer aldı; bu çerçevede Çankaya'da bazı görüşmeler yapıldı. Vatandaş olarak bu olaydaki beklentimiz, siyasi liderlerin Çankaya'da ortak bir toplantıya çağırılmaları ve konunun masaya yatırılması yönündeydi. Bu gerçekleşmedi. Oysa 1960'dan sonraki dönemde daha önce bunun örnekleri yaşanmıştı.

Her ülkede anayasalardan söz edilirken, bir gerçek vurgulanır. Anayasalar, bir devletin temel hukuk metinleridir. Bu metinlerin iki belkemiği vardır. Birincisi, anayasalar o ülkede yaşayan bireyin temel hak ve özgürlüklerini düzenler ve güvence altına alır. İkincisi ise, o ülkenin yönetiminde göre yapacak kurum ve kişilerin yetkilerini ve sorumluluklarını belirler. Bu, bir açıdan da siyasal iktidarın sınırlandırılmasıdır. Bu denli önemli konularda elbette bir “konsensus” sağlanması temel amaç olmalıdır. Bu konsensus da devlet büyüklerinin bir araya gelerek konuyu görüşmeleri, tartışmaları ve sonra kamuoyuna açıklamaları ile sağlanır. Sonraki adımda ülkenin sivil toplum kuruluşları ve baskı grupları devreye girerler ve birlikte çözüm üretilir. Maalesef bu tablo yaşanmadı. Aksine, değişiklik teklifi açıklandıktan sonra, siyasal partilerin liderleri başta olmak üzere, konuyla ilgili öteki kurum ve kişiler adeta bir “savaş ortamı” yarattılar. Bundan ülkemiz ve her kurum zarar gördü.

Anayasa değişikliği teklifi TBMM Anayasa Komisyonunda görüşülürken de yukarıdaki tablo değişmedi. Bu kargaşa içinde yapılan çalışma sonunda yeni metin ortaya çıktı. İlk tespitim şudur: Komisyona gelen metinde çok küçük birkaç değişiklik var. Teklifin temelleri ve bu doğrultudaki metinleri korunmaktadır.

Oysa, bu sayfada daha önce yazdığım yazılarda da belirttiğim üzere, teklif metninde, üzerinde anlaşılabilen temel kavramlar ve yöntemler bir yana, teknik hukuk hataları ve Anayasanın kendi içindeki ve teklifle getirilmek istenen hükümlerde Anayasaya aykırılıklar vardır. Bunların Anayasa Komisyonunda ortadan kaldırılmaları gerekirdi. Bu yapılmadı.

İşte birkaç örnek:

- YAŞ kararlarına yargı yolu açılarak, hak arama özgürlüğü yönünde atılan adım, tüm disiplin kararlarına karşı aynı yolu açarak pekiştirilirken, yargıç ve savcılar için bunun yalnızca meslekten ihraç kararları için mümkün kılınmasının hukuka uygun açıklaması olamaz.

- HSYK'nin yeni yapılanmasında Adalet Bakanına Kurulu temsil görevi verilirken, Kurul çalışmalarına katılmasının ve oy kullanmasının kaldırılması öngörülürken, HSYK bünyesinde yargıç ve savcılar için soruşturma açılmasının Bakanın olurlarına bağlanması ve Kurulun sonuca etkili olacak iradesinin saf dışı bırakılması uygun bir çözüm değildir.
- HSYK bünyesinde adalet müfettişliğinin kurulması olumlu bir adım iken ve Anayasa'nın 144. maddesindeki çelişkiyi ortadan kaldırırken, savcılar için idari soruşturma ve denetimin Adalet Bakanlığına bağlı müfettişler eliyle yürütülmesinin öngörülmesi, Anayasanın kendi içindeki bir çelişkiye örnek olacaktır.

Son söz: Yazıyı bitirirken başlığa yollama yapmak isterim. TBMM yasamanın egemenidir ve en doğru çözümleri üretme yeridir. Vakit geçmiş değildir.

5918 sayılı Yasayla ceza adalet sistemimizde yapılan değişikliklerin yorumu

Giriş

“Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun “başlığını taşıyan 5918 sayılı Yasa 26.06.2009 tarihinde TBMM’de kabul edildi.

Yasa, ceza adalet sistemimizde önemli değişiklikler öngörmektedir. Bu yönüyle kamuoyunu ilgilendirmesi doğaldır. Bu yazımda, öncelikle ve özellikle meslektaşlarıma seslenmek istedin.

Yasanın Hükümleri ve Yorumları

I. Ceza Muhakemesi Kanununun 3 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Barış zamanında, asker olmayan kişilerin Askeri Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemele-

rin yargı yetkisine tabi bir suçtu tek başına veya asker kişilerle iştirâk halinde işlenmesi durumunda asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcılarını, kovuşturmaları adli yargı mahkemeleri tarafından yapılır.”

1. Madde, asker olmayan kişiler hakkında barış zamanında işledikleri suçlarda uygulanacak olan ceza yargılaması kurallarını belirlemektedir.

Bu nedenle ilkin asker olmayan kişilerin kimler olduklarının tespiti gerekir. 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluş Yasası, asker kişilerin kim olduklarını belirleyerek, tersten bir tanım vermiştir. Buna göre: Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler, yedek askerler (Askeri hizmette buldukları sürece), Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel, askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler, rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar,

Asker kişidirler.

Bu kişilerin dışındaki kişiler sivil dirler.

2. Siviller, Askeri Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suçtu işlenmiş olmalıdır. Bu suçları 353 sayılı Yasanın 13. maddesi saymaktadır: Bunlar, Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131 inci maddelerinde yazılı suçlardır. Bunlar, askerlik hizmetinin temelini ilgilendiren ve sırf askerî suçlar adı verilen suçlardır.
3. Sivil kişi, yukarıda sayılan bir suçtu tek başına veya asker kişilerle iştirâk halinde işlemiş olmalıdır.
4. Bu durumda, asker olmayan kişilerin soruşturmaları Cumhuriyet savcılarını, kovuşturmaları (son soruşturma ve kanun yolu) adli yargı mahkemeleri tarafından yapılacaktır.
5. Aynı konu 353 sayılı Yasanın 12. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

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.

6. Bu hükümle, 5918 sayılı Yasayla CMK'nın 3. maddesine eklenen hüküm birlikte yorumlandığında, şu sonuçlar doğar :
 - a) 353 sayılı Yasanın 12. maddesi, kendi içinde tutarlı bir düzenleme öngörmüştür. Asker kişilerle sivil kişiler iştirak halinde bir suç işlediklerinde, bakılacak olan nokta, suçun AsCK'da yazılı bir suç olup olmadığıdır. Şayet böyle bir suç söz konusu ise, tüm failler (asker-sivil) askeri mahkemede yargılanacaklardır. Suç AsCK'da yazıl değilse, tüm failler adliye mahkemesinde yargılanacaklardır.
 - b) CMK'nın 3. maddesine eklenen fıkra, bir sivilin bir asker kişiyle iştirak halinde suç işlemiş olması varsayımında, bu suçun Askeri Ceza Kanununda veya diğer kanunlarda yer alan askeri mahkemelerin yargı yetkisine tabi bir suç olması halinde, sivil kişinin soruşturmasının Cumhuriyet savcıları, kovuşturmasının(son soruşturma ve kanun yolları) adli yargı mahkemeleri tarafından yapılmasını öngörmektedir.
 - c) Bu durumda, iştirak halinde bir suç söz konusu olmasına rağmen, asker kişi askeri yargıya, sivil kişi sivil yargıya tabi olacaktır.
 - d) Bu değişiklikler karşısında şöyle düşünmek uygun olur:
 - aa) Sivil kişinin tek başına bir suç işlemiş olması varsayımında, bu suçun AsCK'da ya da başka yasalarda yer alması halinde, bu kişinin sivil yargıya tabi tutulması, sivil kişinin barış zamanında sivil yargıya tabi olması ilkesi açısından uygun bir sonuçtur.

bb) Ancak, yukarıda sergilemeye çalıştığım üzere, asker kişi-sivil kişi iştirak halinde bir suç işlediklerinde, bu kişilerin farklı yargıya tabi kılınması, sisteme aykırıdır. İştirak halinde suç varsayımında, soruşturmayı ve yargılamayı bir bütün halinde yürütmek şarttır. Bu böyle yapılmadığında, olaydaki maddi gerçeği ortaya çıkarmak mümkün olmaz. Ayrıca, olay kendi içinde bütünlük taşıdığı içindir ki, farklı hukuki sonuçların ortaya çıkması olasıdır. Bu da yargıda karışıklık yaratır. CMK'nın 3. maddesine eklenen fıkra, bu haliyle, iştirak halinde işlenen suçlarda sisteme aykırı olduğu kadar, ceza yargılamasının amacına da aykırıdır. Bu hüküm, 353 sayılı Yasanın kurduğu hukuka uygun olan sistemi bozmuştur.

cc) Öte yandan, 5918 sayılı Yasayla yukarıdaki sonuçları doğuran değişiklikler yapılırken, 353 sayılı Yasanın ilgili maddelerinin buna uygun olarak yeniden düzenlenmemesi, gereken noktalarda ilga yönüne gidilmemiş olması, kanun yapma tekniğine aykırıdır.

II. 5918 sayılı Yasa, CMK'nın 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendini değiştirmiştir. Buna göre, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu özel ağır ceza mahkemesinin (ÖAC) yargı görevi kapsamına alınmıştır.

Ceza adalet sistemimiz içinde yeri olmamak gereken ve sistemi bozan, öngörülen normlarında Anayasaya aykırılıklar bulunan ÖAC'lerin varlığının sürdüğü bir ortamda, bir suçun daha bu mahkemelerin yargı görevi içine alınması, yasa koyucunun tercihidir.

III. 5918 sayılı Yasayla, CMK'nın 250. maddesinin 3. fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklikte, maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde geçen "hâli dahil" ibaresi "hâlinde" şeklinde değiştirilmiştir.

Değişikliği yorumlarken:

1. İlkin, CMK'nın 250/3. maddesinin önceki halini aktarmak uygun olur :

“(3) Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim **hâli dahil** askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır. “

Bu hükmün yorumunda şu noktalar öne çıkar :

- a) ÖAC'lerde yargılanacak olan kişilerin sıfat ve memuriyetine bakılmaz. Bu kişiler bu mahkemenin yargı erkine tabi olurlar.
- b) Bu ilkenin istisnaları maddede yer almaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesinin ve Yargıtayın yargılayacağı kişiler ÖAC'lerde yargılanmazlar.
- c) Savaş ve sıkıyönetim **hâli dahil** askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.
- d) 5918 sayılı Yasa bu noktada bir düzenleme yapmaktadır ve maddedeki “hali dahil” ibaresini, “halinde” olarak değiştirmektedir.
- e) Bu değişiklik hangi sonuçları doğurmaktadır ?

İlkin, 250/3. maddenin bu varsayımındaki mutlak sonucunu ortadan kaldırmaktadır. Buna göre, **barışta** ÖAC'ler, sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun tüm kişileri yargılayacaklardır. Bunun istisnası, Anayasa Mahkemesinin ve Yargıtayın yargı erkine tabi olan kişilerdir. Bu kişiler ÖAC'lerde yargılanmazlar.

Önceki hükmünde, askeri mahkemelerin yargı yetkisi barış, savaş ve sıkıyönetim halinde sürerken, bu yetki yeni hükümle daraltılmış, yalnızca savaş ve sıkıyönetim haliyle sınırlandırılmıştır. Bu hükmü, yukarıda incelediğim CMK'nın 3. madde-

sine eklenen hükümle birlikte değerlendirmek uygun olur. O hükümle ilgili olarak yer verdiğim yorumları tekrar etmiyorum; yollama yapmakla yetiniyorum.

IV. 5918 sayılı Yasa, bir geçici maddeyle, CMK'nın 3 üncü ve 250 nci maddesinde yapılan değişiklik hükümlerinin, yürürlüğe girdiği tarihte devam etmekte olan soruşturma ve kovuşturmalarda da uygulanmasını öngörmektedir. Bu hüküm sisteme ve kanun yapma tekniğine uygundur, çünkü bu hükümle, ceza yargılaması kurallarının temel ilkelerinden olan, "derhal tatbik" ilkesi hayata geçirilmektedir.

Sonuç

5918 sayılı Yasayla yapılan değişiklikler bir gerçeği bir kez daha gözler önüne sermiştir. Ülkemizde sivil-askeri yargı erki ve kuralları, Anayasadan başlayarak öteki yasalarda karışıklık içermektedir. Bu konuda Uyuşmazlık Mahkemesinin kararlarının çokluğu bir göstergedir.

Oysa yargı erkinin dayandığı ilkeler dikkate alınarak net ve tereddütlerden uzak bir yasal resim çizilebilir. Bunun temelleri şöyle belirlenebilir :

İlkin, sivil-askeri yargı erkinin temeli, yargı birliği ilkesi çerçevesinde atılır. Buna göre, eş uyumsuzluklar tek bir yargıya tabi olur. Çekirdek nokta uyumsuzluk olmalıdır. Oysa bizde fail ve onun sıfatı ve unvanı esas alınarak norm oluşturulmaktadır. Bu da karışıklık yaratmaktadır.

Bu doğrultuda sivil yargı esas, askeri yargı istisna olmak gerekir. Askeri yargı, asker kişilerin sırf askeri suçlarını yargılamalıdır. Sivillerin askeri mahkemede yargılanmaları barışta söz konusu olmamalıdır. Ancak savaş ve sıkıyönetim halinde, askeri mahkemeler istisnai yargı yetkisini siviller için kullanabilmelidir.

Bir suçun asker ve sivil kişiler tarafından iştirak halinde işlenmesi varsayımında, suçun temeli dikkate alınarak, soruşturma ve yargılama birlikte tek yargı erkine tabi olmalıdır, askeri ya da sivil.

Bu amaçla, Anayasadan başlayarak yasal normların değiştirilmesi kaçınılmazdır.

5918 Sayılı Yasa Değişikliği Anayasaya Aykırıdır

Giriş

Bundan önceki yazımda 5918 sayılı Yasayı ceza adalet sistemimiz açısından değerlendirmiştim.

Bu kez, kamuoyunda tartışma yarattığı için, bu yasanın Anayasaya aykırı olup olmadığı üzerinde durmak istiyorum.

Giriş paragrafında belirtmem gerekir ki, bu yasayla asker kişilerin barışta özel ağır ceza mahkemelerinde (ÖAC) yargılanmalarının mümkün hale getirilmiş olması, bu tartışmayı başlatmıştır.

Askeri yargının kapsamı

Bu konuda Anayasanın 145. maddesinde askeri mahkemelerin, “asker kişilerin; askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli” oldukları belirtilmektedir.

Öte yandan, 353 sayılı Yasanın 9. maddesinde, Anayasanın 145. maddesi doğrultusunda, “mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler.” denilmektedir.

Anayasaya aykırılık sorununu çözmek için, 5918 sayılı Yasayla CMK'nın 250. maddesinin 3. fıkrasında yapılan değişikliğe de yer vermek uygun olur.

5918 sayılı Yasayla, maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde geçen “hâli dahil” ibaresi “hâlinde” şeklinde değiştirilmiştir.

Değişikliği yorumlarken:

İlkin, CMK'nın 250/3. maddesinin önceki halini aktarmak uygun olur:

“(3) Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim **hâli dahil** askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.”

Bu hükmün yorumunda şu noktalar öne çıkar:

- a) ÖAC'lerde yargılanacak olan kişilerin sıfat ve memuriyetine bakılmaz. Bu kişiler bu mahkemenin yargı erkine tabi olurlar.
- b) Bu ilkenin istisnaları maddede yer almaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesinin ve Yargıtayın yargılayacağı kişiler ÖAC'lerde yargılanmazlar.
- c) Savaş ve sıkıyönetim **hâli dahil** askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.
- d) 5918 sayılı Yasa bu noktada bir düzenleme yapmaktadır ve maddedeki “hali dahil” ibaresini, “halinde” olarak değiştirmektedir.
- e) Bu değişiklik hangi sonuçları doğurmaktadır?

İlkin, 250/3. maddenin bu varsayımındaki mutlak sonucunu ortadan kaldırmaktadır. Buna göre, **barışta** ÖAC'ler, sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun tüm kişileri yargılayacaklardır. Bu kişiler içinde asker kişiler de yer almaktadır. Bunun istisnası, Anayasa Mahkemesinin ve Yargıtayın yargı erkine tabi olan kişilerdir. Bu kişiler ÖAC'lerde yargılanmazlar.

Önceki hükümde, askeri mahkemelerin yargı yetkisi barış, savaş ve sıkıyönetim halinde sürerken, bu yetki yeni hükümle daraltılmış, yalnızca savaş ve sıkıyönetim haliyle sınırlandırılmıştır.

Bu konuda bir başka önemli nokta şudur :

ÖAC'ler ceza adalet sistemimiz içinde istisnadırlar. Bu mahkemelerin görev alanı CMK'nın 250. maddesi ile çizilmiştir. Maddenin 1. fıkrasının (c) bendi konuyla ilgilidir. Bu hükümde, Türk Ceza Kanununun ikinci kitap dördüncü kısmın dört, beş, altı ve yedinci bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) denilerek, ÖAC'lerin görevli oldukları suçlar sayılmıştır. (c) bendinde parantez içinde sayılan suçlarda ÖAC'ler görevli değildirler.

Anayasaya aykırılık sorununun değerlendirilmesi

Yukarıda, bu değerlendirmeyi yaparken hukuka uygun sonuçlara ulaşmamızı sağlayacak olan pozitif hukuku ve bunun öngördüğü kuralları aktardım.

Bu kuralları yorumlayarak ulaşacağımız sonuçlar şunlardır:

1. Anayasanın 145. maddesi ile 353 sayılı Yasanın 9. maddesi, “asker kişilerin; askerî olan suçları ile bunların asker kişileri aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler” diyerek, askeri yargının görev alanını çizmiştir. Hareket noktamız budur.
2. İkinci adım, CMK'nın 250. maddesinin 1/c maddesidir. Bu madde ÖAC'lerin “mille ve devlete karşı suçlar” ana başlığı altında, devletin güvenliğine karşı suçları, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçları, milli savunmaya karşı suçları ve devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarını yargılama görevini ÖAC'lere vermektedir.
3. Bu konuda istisnalar vardır. Bunlar, temel milli yararları karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama (m.305), halkı askerlikten soğutma (m.318), askerleri itaatsizliğe teşvik (m.319), savaşta yalan haber yayma (m.323), seferberlikle ilgili görevin ihmali (m.324), düşmandan unvan ve benzeri payeler kabulü (m.325) ve askeri yasak bölgelere girme

(m.332) suçlarıdır. ÖAC'ler bu suçlarda yargı erkini kullanamazlar; CMK'nın 250. maddesiyle getirilen istisna çok açıktır.

4. Anayasaya aykırılığı irdelerken, 5918 sayılı Yasanın yukarıda yer verdiğim, CMK'nın 250. maddesinin 3. fıkrasında yaptığı değişikliğin de belirtilmesi kaçınılmazdır. Bu değişikliklerle, ÖAC'ler barışta asker kişiler için yargı erkini kazanmışlardır. Bu erk ve görev, yukarıda çizdiğim tabloyla sınırlıdır. Bu tabloda yer alan suçlar asker kişiler tarafından barışta işlendiğinde, yargılama ÖAC'lerde yapılacaktır. Ancak aynı hükümde yer alan istisnalar geçerliğini korumaktadır. Daha açık bir anlatımla, maddede istisna olarak sıralanan suçlar için ÖAC'lerin yargı erki yoktur. Asker kişiler barışta bu suçları işlediklerinde dahi, ÖAC'lerde yargılanmayacaklardır.

Ancak: Bir asker kişi, 250/1/c maddesinde yer alan suç, Anayasanın 145. maddesinde yer alan kriterlere uygun biçimde işlendiğinde (bkz. Bu bölüm 1), ÖAC'de yargılanabilecek midir? Böyle bir çözüm Anayasaya uygun olacak mıdır?

5. Anayasanın 145. maddesi askeri yargı erkinin kapsamını kesin çizgiler içinde çizdiğine göre, bu kapsamın yasayla değiştirilmesi, daha açık deyişi ile, 5918 sayılı Yasanın CMK'nın 250/3. maddesinde yaptığı gibi, Anayasaya uygun sayılabilir mi?

Normlar hiyerarşisinde yasalar anayasaya aykırı olmayacağına göre, 5918 sayılı Yasayla getirilen ve askeri yargının yargı erkinin ortadan kaldırılması anlamını taşıyan yasal düzenleme Anayasaya uygun sayılamaz.

5918 sayılı Yasa değişikliğinden önce bu konu önem taşıyamıyordu, çünkü asker kişiler barışta, savaşta ve sıkıyönetim halinde ÖAC'lerin yargı erki içindeki suçları (m.250/1/c) işlediklerinde askeri yargıya tabi idiler. CMK'nın 250/3. maddesinin açık hükmü bu sonucu ortaya koymaktaydı. 5918 sayılı Yasa değişikliği ile asker kişiler barışta bu suçları işlediklerin-

de ÖAC'ler yargı erkini kazanınca, Anayasaya aykırılık sorunu ortaya çıktı.

Yukarıdaki açıklamaların ışığı altında belirtmem gerekir ki, 5918 sayılı Yasa ile CMK'nın 250/3. maddesinde yapılan değişiklik Anayasanın 145. maddesine aykırıdır.

Adaletin bu mu Yüksek Yargıtay?

Çok yakın geçmişte Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) iki karar verdi. Bunların özetleri şöyledir:

“5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından iade edilen dosya ile ilgili olarak mahalli mahkemece duruşma yapılarak yeniden hüküm kurulmuştur. Kendine özgü ve geçiş dönemine ait bulunan bu normun, başlamış olan temyiz sürecini sona erdirmesi nedeniyle mevcut yasalarla çatıştığı ve genel ilkelere aykırı olduğu ileri sürülebilirse de, açık olan bu yasal düzenleme karşısında başka bir uygulamaya yönelmesi doğru değildir. Somut olayda, iade kararı üzerine mahkemece duruşma açılarak yeni bir hüküm kurulmuştur. Önceki hüküm sona ermiş, sanık müdafinin ve katılan vekilinin yüzlerine karşı verilen hüküm yasa yollarına başvurma hakkına sahip kişilerce temyiz edilmemiş, resen de temyize tabi olmadığından dosyanın incelenmeksizin mahalline gönderilmesi doğrudur.” (Yar.CGK, 27.06.2007, E.2006/3-176, K.2006/172) (YKD, 7/2007)

“Direnme kararı içeren 08.02.2005 günlü yerel mahkeme kararı temyiz edildikten sonra, henüz temyiz incelemesi yapılmadan özel bir yasa hükmüne dayanılarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından mahalline iade edilmiş ve duruşma açılarak yeni bir hüküm kurulmuş olmakla önceki hüküm ortadan kalkmıştır. İadeden sonra verilen ve esastan incelemeye konu olan 05.10.2005 tarihli hüküm ise ısrar kararı içermemektedir. Kaldı ki; bu hüküm kurulurken, 5237 sayılı Yasanın yürürlüğe girmiş olması nedeniyle, hangi yasanın daha lehe olduğu konusunda yeni değerlendirmeler yapılmış ve bu yeni uygulama Özel Daire denetiminden geçmemiştir. Özel Dairece incelen-

meyen bir hususun doğrudan ve ilk kez Ceza Genel Kurulu tarafından ele alınması olanaksız bulunduğundan, dosyanın incelenmek üzere Özel Daireye gönderilmesi gerekmektedir.” (Yar.CGK, 23.01.2007, E.2006/9-339, K.2007/7) (YKD, 7/2007)

Bu iki kararı incelediğimizde, aşağıdaki hususlar ön plana çıkar :

Sorunun kaynağı 5320 sayılı CMK'nın Yürürlük ve Uygulanması Yasasının 8. maddesinden kaynaklanmaktadır. Bu hüküm şöyledir:

“Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce ilk derece mahkemelerince karar verilmiş olup, temyiz edilmekle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiş bulunan dava dosyalarından, lehe kanun hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği açıkça anlaşılanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca doğrudan ilgili mahkemesine iade edilebilir. Bu halde, mahkemesince duruşma yapılarak karar verilir.”

Bu hüküm nasıl yorumlanacaktır?

İlk söylenecek söz şudur: Bu hüküm, Türk ceza yargılaması sistemini yerle bir etmiştir. Hükümün içeriğinin özeti, temyiz edilen hükümler Yargıtay'a geldiğinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bu konudaki dosyaları bir elemeye tabi tutacaktır. Bunlar arasında, lehe kanun hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği açıkça anlaşılanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca doğrudan ilgili mahkemesine iade edilebilir.

Başsavcılığa verilen bu yetki, temyiz yolunda iddia görevi ile yargı görevini birbirine karıştırmaktır. Yasalar çerçevesinde iddia görevi verilmiş bir organ, yargı görevi yetkisi ile donatılmaktadır. Temyiz incelemesinde, bir dosyanın lehe hüküm uygulaması yönünden esas mahkemesine geri gönderilmesi gerekiyorsa, bunu Yargıtay'ın ilgili dairesi yapar. Bunda en küçük bir kuşku yoktur.

Yürürlükteki hükümde Başsavcılığa esnek bir yetki verildiği, bunun “edilebilir”le ifade edildiği tezi durumu kurtaramaz.

Türk adalet sisteminde, ceza yasaları temelden yeniden yapılırken, bu günlerin yaşanacağı elbette belliydi. Lehe hüküm uygulaması kavramı, Anayasaya ve TCK’ya vitrin süsü olarak konulmuş değildir. Hele hele adil yargılanma hakkının anayasal temel kazandıktan sonra, lehe hüküm uygulaması olmaksızın bir adalet sistemi kurulabilir miydi? Elbette kurulamazdı.

Bu denli çok dosyanın temyiz incelemesi için Yargıtay’a geleceği bilinmek gerekirdi. Bu konudaki çözüm, sistemi alt üst ederek, iddiacıya yargı görevi gördürmek olamazdı. İnceleme konusu 8. maddeyle yapılan budur.

8. madde yasaldır, çünkü bu temele sahiptir. Fakat hukuka uygun bir norm asla değildir.

Ne yapılabilirdi?

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bu yetkiyi kullanamayılabildi. Fakat sonuç öyle olmadı. Yazımın konusunu oluşturan CGK kararı da gösteriyor ki, bu yetki kullanılmaktadır.

Öte yandan, Yargıtay’ın kararında yer alan, “Kendine özgü ve geçiş dönemine ait bulunan bu normun, başlamış olan temyiz sürecini sona erdirmesi nedeniyle mevcut yasalarla çatıştığı ve genel ilkelere aykırı olduğu ileri sürülebilirse de, açık olan bu yasal düzenleme karşısında başka bir uygulamaya yönelmesi doğru değildir.” Biçimindeki düşünceler, Yüksek Mahkemenin normun sözüne sıkı sıkıya bağlı kalarak sonuç ürettiğinin göstergesidir. Ancak Yargıtay’dan beklenen bu değildir.

Yargıtay’ın iki temel görevi vardır. Birincisi, somut olayda adil çözüm üretmektir. İkincisi ise, ülkede yasaların uygulanmasında birliği sağlamaktır. Bunun için de normların uygulanmasında ilkesel temeller oluşturulurken, adaletin ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Yargıtay CGK'nın kararındaki sonuç nedir?

Esas mahkemesinin ilk hükmü temyiz edilmiştir; dosya 8. madde uygulanarak geri gönderilmiştir. Mahkeme yeni bir hüküm kurmuştur. Bu hüküm temyiz edilmemiştir. Sonuçta dosya Yargıtay'da incelenmemiş, geri gönderilmiştir. Yüksek Mahkemeye göre bunda bir aykırılık yoktur.

CGK kararıyla hukuka aykırılık yoktur, demek, Yargıtay adalet peşinde değildir, demenin bir başka bir tarzıdır. Oysa, en azından olayda geçerli bir ilk hüküm olduğuna göre, Yargıtay bundan hareketle, temyiz incelemesini yapabiliirdi.

Daha açık olarak, son sözüm şudur: Yargıtay CGK en üst organ olarak, 8. madde yasaldır, fakat hukuka uygun değildir, diyerek bu hükmü hukuk dünyasından silseydi, kim buna karşı çıkabilirdi? Hiç kimse. İnce bir tahlilde, Yargıtay bir adalet savaşçısı olarak alkışlanırdı.

1926'dan başlayarak, Yargıtay, alkışladığımız hukuki sonuçları ortaya koymadı mı? Elbette koydu. Bunları sıralamak bu yazının kapsamını aşar. Aklıma hemen gelen birkaç örnek sıralayarak, yazımı bitireyim.

Belge sahteciliğinde, önceki TCK'da olmayan işgal kabiliyeti aranır, infaz edilmemiş hükme dayanarak tekerrür uygulanamaz, özel kastın oluşmadığı durumlarda, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal oluşmaz, diyen bizim Yüksek Yargıtay'ımız değil miydi? Elbette öyleydi.

Bunları başaran Yargıtay'ın dosyaların hukuka aykırı olarak geri gönderilmesine ışık yakması, açık söylemek gerekirse, benim yüreğimi yaktı.

Adil Yargılanma Hakkı

I- Kavram

Anayasada Ekim 2001'de yapılan değişiklikle adil yargılanma hakkı kavramı anayasal bir ilke gücünü kazanmıştır.

Hak arama özgürlüğünü düzenleyen 34 üncü madde “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” demektedir.

Anayasa değişikliğinden önce bu kavram, İHAS’da (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) yer alması nedeniyle pozitif hukukumuzun bir parçasını oluşturmaktaydı.

Avrupa Konseyi tarafından yapılmış bulunan bu uluslararası sözleşmeye Türkiye taraf olup, bu sözleşmeyi iç hukukuna katınca, adil yargılanma hakkı Türk hukuku yönünden de önem kazanmıştır.

İHAS’ın 6 ncı maddesi bu kavramı ayrıntılı biçimde düzenlemiştir. Bu konuda 6 ncı maddede şöyle denilmektedir:

1. Medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir suçun belirlenmesinde, herkes, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından, makul süre içerisinde, adil yargılanma ve aleni duruşma hakkına sahiptir. Hüküm aleni olarak açıklanır; ancak basın ve kamu duruşmanın tamamından ya da bir kısmından, bir demokratik toplumda, ahlak, kamu düzeni yahut milli güvenlik yararına, gençlerin çıkarlarının ya da tarafların özel yaşamının korunmasının bunu gerektirmesi hallerinde, ya da aleniyetin, adaletin gereklerine zarar verebileceği özel koşulların bulunması halinde, mahkemenin görüşüne göre kesin biçimde gerekli olduğu ölçüde, çıkartılabilir.
2. Bir suç isnat edilen herkes, hukuka uygun olarak suçluluğu kanıtlanana dek masum sayılacaktır.
3. Bir suç isnat edilen herkes, en azından/asgari aşağıdaki haklara sahiptir:
 - a. Kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyeti ve nedeni hakkında, derhal, anlayabileceği dilde ve ayrıntılı olarak bilgilendirilmiş olmak,
 - b. Savunmasını hazırlamak için yeterli zamana ve olanaklara sahip olmak,

- c. Bizzat ya da kendi seçtiği bir yasal yardımcı (savunmanı) yoluyla savunmasını yapmak ya da yasal yardım almak için yeterli ödeme gücüne sahip değil ise, bu yardımın, adaletin yararının gerektirmesi halinde, kendisine ücretsiz olarak sağlanması,
- d. Aleyhine olan tanıkları sorguya çekmek ya da çektirmek ve kendi lehine olan tanıkların, aleyhine olan tanıklarla aynı koşullar çerçevesinde, hazır bulunmalarını ve sorgulanmalarını sağlamak,
- e. Mahkemede kullanılan dili anlamıyor ya da konuşmuyor ise, bir çevirmenin yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.”

Aşağıda kavramın içeriği ile ilgili açıklamalar yapılacaktır. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, adil yargılanma hakkı, bir hukuk devletinde, güvenceleri sağlanmış, savunma hakkının tam olarak kullanılabilirdiği, uyuşmazlıktan önce kurulmuş mahkemeler önünde ve tabii yargıçlarca yargılanmak anlamını taşır.

II- Adil Yargılanma Hakkının İçeriği

İHAS'ın 6 ncı maddesinde içerikle ilgili satırbaşlarını bulmak mümkündür. Bu konuda şu noktaların altı çizilmelidir.

Adil yargılanma hakkı denildiğinde, **kişinin tabii yargıç önünde yargılanması temel bir noktadır**. Bu yargıç, uyuşmazlık çıkmadan önce kurulmuş olan mahkemenin yargıcısıdır. Bir başka anlatımla, bu, kişinin olağan mahkeme önünde yargılanması olarak da açıklanabilir.

Öte yandan bu yargıç bağımsız bir yargıç olmalıdır. Yargıcın bağımsızlığı kimseden emir ve talimat almaması, yalnızca hukuk ilke ve kurallarına göre yargılama yapması ve uyuşmazlıkları çözmesi anlamını taşır.

Bu yargıcın güvenceli olması da adil yargılanma hakkını tamamlayan bir unsurdur. Güvenceler maddi güvenceler ve

görev güvenceleri olarak anlaşılmalı gerekir. Kendini güvence de hisseden bir yargıcın yaptığı yargılamanın daha iyi sonuçlar vereceği kuşkusuzdur.

Bir devlet adil yargılanma hakkını kabul ettiğinde, ülkede yargı birliğini de sağlamak zorundadır. Yargı birliği, aynı tür uyuşmazlıkların aynı mahkemelerde aynı kurallara göre çözülmesi demektir. Kişiye göre farklı yargılama kuralları ve farklı mahkemeler, kişiler yönünden yetki kurallarının hukuka uygun istisnaları dışında, bu ilkeyi zedeler.

Yargılamanın amacına yönelik istisnalar hariç, yargılama aleni olmak zorundadır. Adil yargılanma hakkı kavramının içinde bu husus da yer alır. Unutmamak gerekir ki, yargılama toplum adına yapılan bir faaliyettir ve toplumu oluşturan her bireyin bu yargılamayı denetleme hakkı vardır. Bu nedenle aleni yargılama bugün çağdaş yargılamanın temel taşlarından biridir.

Adil yargılanma hakkı kavramının içeriğinde savunma hakkı çok önemli bir yere sahiptir. Gerek kişisel savunma gerek bir uzman hukukçunun yardımından faydalanma suretiyle kullanılacak olan savunma hakkının önünde hiçbir engel olmamak gerekir. **Kısıtlanmış bir savunma hakkı ile adil yargılanma hakkının zedelenmiş olacağından kuşku duyulamaz.**

Yargılamada deliller gerek uyuşmazlığın çözümünde gerek sonuçta gerçeğin ortaya çıkarılmasında temel bir rol oynarlar. **Bu bakımdan delillerin serbestçe ileri sürüldüğü ve tartışıldığı bir yargılama düzeninin adil yargılanma hakkına katkısı büyüktür.** Bu konudaki kısıtlamalar gerçeğin ortaya çıkarılmasını en azından güçleştirecektir.

Adil yargılanma hakkının bir başka güvencesi, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin yargılamada kullanılmasının yasaklanmasıdır. Bu konuda çağdaş yaklaşım budur. Her şeye rağmen hukuka aykırı delilleri yargılamada kullanmak, bunlara dayanarak hüküm vermek, fakat bu delilleri elde edenleri cezalandırmak düşüncesi çok gerilerde kalmıştır.

Ülkemiz bu konuda çoğu ülkeden önce bu konuyu pozitif hukuka geçirmiştir. İlkın 1992 yılında CMUK'da yapılan değişlikle yasanın 254 üncü maddesine eklenen hükümle hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılması engellenmiştir. Ayrıca Anayasa da 2001 yılında değiştirilmiş, 38 inci maddeye eklenen bir fıkra ile aynı sonuç anayasal ilke durumuna getirilmiştir.

Bugün için yargılamanın “makul” sürelerde sonuçlandırılması da adil yargılanma hakkı içinde yer alır. Bu sonuç çeşitli amaçlara hizmet eder. Kişinin suçlu olup olmadığını makul bir süre içinde ortaya çıkarmak, adaletin gerçekleşmesi için olduğu kadar, kişinin de kendisi ile ilgili sonucu bilmesi bakımından şarttır. Dikkat edilmesi gereken bir nokta şudur: Ceza yargılaması faaliyeti toplumda kamusal düzeni bozan ve suç adı verilen ve ceza yaptırımını ile karşılanan eylemleri ortaya çıkarmak ve kamu düzenini yeniden kurmak amacıyla yapılan bir faaliyettir. Bu sonuç göz önünde tutulduğunda, “makul” sürede yargılamak/yargılanmak, adil yargılanma hakkının önemli bir temelidir.

Bugün için çağdaş yaklaşımda, birinci derece yargılamalarda verilen kararların kanun yollarında da ayrıca tartışılması da önemli bir yer tutar. **Bu nedenle adil yargılanma hakkı denildiğinde, kanun yolları ile pekiştirilmiş bir yargılama anlaşılması gerekir.** Kanun yolları kavramının temeli, bir açıdan gerçeği ortaya çıkarmak için, değişik makamlar önünde yeni değerlendirmeler yapmak ise, bir başka açıdan da kanun yolları, kişilerin hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı açısından vazgeçilmezdir.

Ülkemizde adil yargılanma hakkı kavramının ne kadar gerçekleştiğinin değerlendirmesini yapabilmek için, yukarıda yer verdiğim temel ilkler yönünden ceza yargılaması hukukumuzun ve anayasa hukukumuzun dikkatle incelenmesi kaçınılmazdır.

Şu kadarını söyleyerek bu yazımı tamamlamak istiyorum: Bu konuda daha çok mesafe almak zorundayız. Ancak adil yargılanma hakkının anayasal bir ilke durumuna getirilmiş ol-

ması, bu konuda yapılacak yasal değişiklikleri hızlandıracak bir etken olacaktır.

Benimki Yalnızca Bir Düş...

Takvimlerin 7 Eylül 2009'u gösterdiği sabah, her zamanki gibi saat yedi buçukta uyandım. Yatak odasının kapısını sessizce çektim, karımı uyandırmak istemedim. O da en geç yarım saat içinde uyanırdı zaten. Elimi yüzümü yıkadım. Balkona çıktım. Güzel bir eylül sabahıydı, İstanbul'u kucaklayan. Hava pek serin sayılmazdı. Ama Karadeniz üzerinden gelen hafif rüzgar bizim oraları daha da bir güzel yapıyordu.

Bu sabah adliye açılıyordu, yeni bir adli yıl başlıyordu. Bu bana her zaman ayrı bir heyecan verirdi, okula başlayan çocukların heyecanı gibi bir şey. Ama benim için bugünün ayrı bir özelliği daha vardı. İstanbul Ağır Ceza Mahkemesinde duruşmaya girecektim. Bir bankanın genel müdürünü savunmam gerekiyordu. Olay bir kredi ilişkisinden kaynaklansa da, genel müdür banka zimmeti denilen suçu işlemiş olmakla suçlanıyordu.

Ağustos ayı içinde müvekkilimle birlikte savunmayı hazırlamıştık. Bu hazırlık hem hukuk hem de insan psikolojisi açısından bir çalışmaydı. Öyle ya, mesleğinin eskilerinden olan bir kişi, hayatında ilk kez sanık sıfatıyla yargıç önüne çıkacaktı. Bu konuda kendisini hazırlamak, olayın hukukunu ve savunmasını hazırlamaktan daha da zordu.

Karımla her zamanki hafta arası kahvaltılarımızdan birini yaptık. Saat dokuzda yola çıkmam gerekti. Arabama bindim ve yola koyuldum.

Adliyeye geldiğimde, avukatlara ayrılmış bulunan kapıya yöneldim, kapısında durdum. Adliyede vale görevi yapan genç beni karşıladı:

“Günaydın Hocam, adli yılın ilk günü sizi görmek ne güzel.”

“Teşekkür ederim. Kalbin benimle olsun. Bugünkü davam önemli, yeni başlıyoruz. Umarım amacımıza ulaşırız.”

“Arabanızı garajda avukatlara ayrılan parka yerleştireceğim. Yukardan haber verdiklerinde, arabanızı hazırlatırım.”

“Teşekkür ederim. Sana da yeni yılda iyi çalışmalar.”

Adliyenin kapısından içeri girdiğimde, buranın çalışan kadrosunun adli tatili boş geçirmediklerini fark etmemek mümkün değildi. Gerçi ülkemizin adliyeleri her zaman misk gibi sabun ve cila kokardı, ama sezon başı adliye bir başka temizdi. Koridorlara yerleştirilen büyük saksıların içindeki çiçekler de değiştirilmiş, etraf bir sarayın bahçesini andıran bir resme bürünmüştü.

Baronun vestiyerine yöneldim, içeri girdim. Erdoğan Bey yıllar öncesinden gelen güler yüzünü yine beraberinde getirmişti. Beni görünce ayağa kalktı:

“Hoş geldiniz Hocam. Yeni yılın bir öncekinden daha iyi geçmesini dilerim.”

“Sağ olasin Erdoğan Bey, hepimiz için gerçekleşmesini istediğim bir dilek bu.”

Erdoğan Bey, vestiyerin arkasındaki bölmeye geçti daha sonra. Burada ceviz kapaklı dolaplar içinde avukat cübbeleri dururdu. Erdoğan Bey elinde askıya asılmış, bir ince plastik torbaya konulmuş cübbe ile ön tarafa geldi.

“Cübbeler geçen hafta sonu geldi. Baro başkanımız geçen yıl giyilen cübbelerin yerine yeni cübbeler dikilmesi ve adliyelere dağıtılması talimatını vermişler. İlk cübbeyi size vereceğim. Bu da bana ayrı bir mutluluk veriyor.”

“Çok şanslıyız Erdoğan Bey, bu güzel ortamda, bu olanaklarla avukatlık yaptığımız için.”

Erdoğan Bey’in yanından ayrılırken, boy aynasına baktım. Pırıl pırıl cübbemi daha çok sevdim. Bu ülkede avukat olduğum için göğsüm kabardı.

Asansörle yukarı çıktım. Saatiime baktım. Duruşmanın başlamasına yarım saat vardı. Ağır Ceza Mahkemelerinde duruşması olan avukatlara ayrılmış bulunan salona yöneldim. Cep telefonum çaldı, arayan müvekkilimdi. Kendisine beni nerede bulacağını tarif ettim, beklediğimi söyledim.

Bu salonda her türlü konforu bulmak mümkündür. Duruşmanızı beklerken rahat koltuklarda oturabilirsiniz. Meslektaşlarınızla sohbet edebilirsiniz. İsterseniz müvekkilinizle son durumu gözden geçirebilirsiniz. Salonda iletişim araçları en yeni teknikleriyle emrinize amadedir. Kameralı düzenle, hangi ağır ceza mahkemesinde hangi davanın görüldüğü, sonraki davanın hangisi olduğu takip edilebilir; hatta olası başlama saatleri dahi burada görüntülenir.

Müvekkilimle buluştuk. Kısa bir hatır sormadan sonra, duruşmanın akışını bir kez daha gözden geçirdik. Davanın havasından bir nebze uzaklaşmak için, salonun köşesinde her zamanki düzeninde hazır bekleyen büfeden birer kahve aldık.

Ekranında ismimin çıktığını görünce, toparlandık ve çıktık.

Duruşma salonuna davet edildiğimizde, Başkanla kürsüden selamlaştık. Yeni yıl için iyi dileklerimizi karşılıklı olarak belirttik.

Duruşmada müvekkilim ve ben yan yana oturduk. Öyle ya, duruşmanın akışı içinde bazı şeyleri paylaşmamız gerekebilirdi. Daha sonra duruşma başladı. Stenograf her söyleneni tespit ediyordu. Ayrıca önümüzdeki monitörden onun yazdıklarını da takip edebiliyorduk. Teknik ne kadar ilerlemişti. Steno ile yazılanlar, açık metinler olarak anında önümüze geliyordu. Tutanak yazmakla zaman kaybı yoktu. Sanığın sorgusu tamamlandı. Başkan bana söz verdi. Ben savunmaya katıldığımı belirttim, delillerin tartışılmasına geçilebileceğini söyledim.

Başkan iki tanık dinledi. Dosyadaki yazılı delilleri tartışmaya sundu. Ben ve savcı görüşlerimizi belirttik. Başkanın sorusu üzerine, savunma için olayın aydınlandığını, savcılık esas hakkındaki mütalaasını söylediğinde, savunmayı yapabileceğimizi söyledim.

Duruşmanın akışı içinde, savcı da önündeki dizüstü bilgisayarında bazı şeyler yazmaktaydı. Bu da güzel bir şeydi. Savcı, kendisine birkaç dakika süre verildiğinde, mütalaasını tamamlayacağını söyledi. Başkanın onayı ile bilgisayarını aldı ve salondan çıktı. Yaklaşık beş dakika sonra, tekrar salona döndü ve stenografa bir flashdisc (bilgisayara yazılanları kopyalayan araç) verdi. Bunun içindekiler göz açıp kapayıncaya kadar, bizim önümüzdeki monitöre geldi.

Savcı, mütalaasında olayın bir hukuki ilişki çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini, suç unsurlarının bulunmadığını söylüyordu, sanığın beraatini istiyordu. Başkan, bana söz verdi. Biz savunmayı bu olasılığı da dikkate alarak hazırlamıştık. Ben de bir flashdisc çıkardım, mübaşire verdim. Bununla ilgili işlem de yapıldı.

Başkan, kısa bir müzakere için mahkeme heyetinin duruşma salonunun arkasındaki salona geçeceğini söyledi. Biz salonda kaldık.

Yaklaşık on beş dakika sonra heyet salondaki yerini tekrar aldı. Başkan sanığın beraat ettiğini açıkladı. Bana döndü. Öğleden sonra, duruşmada yapılan işlemlerin tümünü içeren bir mailin bana gönderileceğini belirtti ve oturumu kapattı.

Müvekkilimle duruşma salonundan çıktık. Birbirimizi kutladık. Bankada onun maiyetinde çalışanların sevinçleri de gözlerinden okunuyordu.

7 Eylül 2009 sabahı saat yedi buçuğu gösterirken, İstanbul'da bir avukat sevinçle uyandı. Rüya da olsa güzeldi dedi.

Dil Bayramını Kutlarken...

"İstanbul'da Dolmabahçe Sarayında toplanan Birinci Türk Dil Kurultayının açılış günü olan 26 Eylül, Dil Bayramı olarak kutlanmaktadır.

Çağdaş Türkiye Cumhuriyeti'nin en önemli kültür kurumlarından biri olan Türk Dil Kurumu 76 yıl önce, 12 Temmuz 1932'de kurulmuştur. Yeni Türkiye Cumhuriyeti'nde dil ve ta-

rih, Atatürk'ün en çok önem verdiği olgulardı. Önce 1931'de Türk Tarihi Tetkik Cemiyeti kuruldu. Uluslaşmanın en önemli temellerinden bir diğeri de dil idi. Bunun bilincinde olan ulu önder Atatürk, 11 Temmuz 1932 tarihinde yakınlarına "Dil işlerini düşünmek zamanı gelmiştir. Ne dersiniz?" diye sorar. Çevresindekilerin bu düşünceye katılmaları üzerine "Öyle ise Türk Tarihi Tetkik Cemiyeti gibi bir de ona kardeş bir dil cemiyeti kuralım. Adı Türk Dili Tetkik Cemiyeti olsun." diyerek Türk Dil Kurumunun temellerini atar. Ertesi gün Samih Rifat, Ruşen Eşref, Celâl Sahir ve Yakup Kadri İçişleri Bakanlığına başvururlar. Sonradan adı Türk Dil Kurumuna çevrilecek olan Türk Dili Tetkik Cemiyeti kurulur.

Cemiyetin kuruluşuyla birlikte başlayan çalışmalar sürerken, Türk Dil Kurultayının hazırlıkları da başlamıştır. Bu coşku ve heyecan içerisinde Türk Dil Kurultayı toplanır. Kurultaya çok sayıda bilim adamı, gazeteci, yazar, devlet adamı ve sanatçı katılır. Atatürk, Kurultayı baştan sona kadar izlemiştir. Türkçenin gelişmesi, özleşmesi, zenginleşmesi yolunda Türk Dil Kurultaylarının çok önemli yeri vardır."

Bu bilgileri Google'dan aldım. Dil Bayramının kökenini anlamak yönünden tabii ki çok faydalı. Bunları sizlerle paylaşmak istedim. Bu arada bir gerçeği vurgulamak uygun olur. Ben dil uzmanı değilim. Fakat bu ülkede yaşayan bir kişi olarak bazı gözlemlerimi değerlendirmek istedim.

Bugün şöyle bir soru sormak gerekiyor: Dil Bayramını kutlamaya hakkımız var mı? Bu soruya olumlu cevabı nasıl verebiliriz ki, yüzümüz yere yapışır. Neden mi? Bunun için etrafımıza bir göz atmak elbette yeterli. Türkçemizi düzgün kullananların sayısının her geçen gün azaldığını anlamak için fazla bir gayrete hiç gerek yok. Türkçeyi kullanmak derken, hem yazıda hem sözde diyerek bütünü kucaklayabiliriz. Dili kendi ihtiyacı için yüz civarında sözcükle sınırlandıranların sayısı hayli kabarık olmalı. Öte yandan Türkçe sözcükleri kullanan, fakat meramını anlatamayan; daha doğrusu anlattıklarından bir anlam çıkmayan kişiler çevremizi sarmış durumda.

Yazıya gelince, işin o tarafı ayrı bir âlem. Dilbilgisi kuralları, kaleme alınmış yazıları okuduklarında (!) her halde ağlıyorlardır. Biz bu kadar aşağılanmayı hak etmek için ne yaptık diye. Oysa onlar hiçbir şey yapmadılar. Bu kuralları yerle bir edenler asıl suçlular. Cep telefonundan mesaj gönderirken, sesli harfleri yok etmek, nasıl açıklanabilir?

Konunun bir başka yüzü şudur: Doğru dürüst Türkçe bilmeyen kişilerde bir meraktır gidiyor. Yabancı dil paralamak konusunda. Ağızdan dolma tüfek misali, özellikle İngilizce paralamak. Hem de Amerikanca aksanıyla. Artık dilin ucuna nasıl gelirse öyle.

Bu tavır o denli yaygın ki, her yerin ismi artık yabancı dilde sözcüklerle anılıyor. Bu, zannedersiniz kaliteyi yükseltecek. Ne gezer. Lokanta yazma, restaurant yaz, havalı olur. Daha çok müşteri gelir.

Toplumdaki bu yayılmanın belirli ülkelerin kültür (!) ihracı olarak görülebilir mi? Yoksa bu bir özenti mi yalnızca. Ben şahsen bu konunun yalnızca özentiye bağlanabileceğini sanmıyorum. Neden mi? Bunun en yakın örneklerini dış ülkelerde de gördüğüm için. İngilizce Almanya'yı da kuşatmış durumda, özellikle genç kuşaklarda. Aynen bizde olduğu gibi. Bunun bir nedeni, İngilizce ile konu ve kavramları en kısa ve öz anlatma niteliği olabilir mi? Bunda da gerçeklik payı elbet var. Almanya'da kamu hizmetine tahsis edilmiş, toplumda günlük ihtiyaçlara hizmet eden otomatlarda bile artık "ticket" (bilet) sözcüğünün bunların üstüne yazılmış olması, önemli bir gösterge değil midir? Alman TV'lerinde canlı yayın karşılığı "live" sözcüğünü bir an kaldırın, bakın neler olur. Almanlar bile şaşar da kalırlar.

Bu düşüncelerin arkasında dilde ırkçı yaklaşım lütfen aranmasın. Bunlar, sorununa sahip çıkmak, toplumumuz için kaliteyi yükseltmek amacındır yalnızca.

Yar. CGK: Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının (hagb) Denetimi

Yar. CGK'nın 07.04.2009 tarih, 2009/3-4; 2009/83 sayılı kararı (bkz. YKD, Ocak 2010) hagb'nin denetimine ilişkindir. Bu kararda özellikle hagb'nin yazılı emir yoluyla denetlenip denetlenemeyeceği irdelenmiştir.

Kararın özeti şöyledir: Hagb kararı verildiğinde, bu kararın içeriğinde yer alan hukuka aykırılıklar yazılı emir yoluyla denetlenemez.

CGK'nın kararını incelediğimizde, aşağıdaki hususları belirtmek uygun olur:

Hagb, Türk ceza adaleti sistemine monte edilmiş, bünyeyle uyuşması olanaksız olan bir kurumdur. Yasa koyucu bu kurumdaki ısrarını, 5728 sayılı Yasayla CMK'nın 231. maddesini değiştirerek, bu kavramın kapsamını genişleterek göstermiştir. Öyle ki, mahkeme yaptığı yargılama sonunda, sanığın fiilinin suç oluşturduğunu tespit ettiğinde, bunun delillerine de ulaştığında, sanığa 2 yılı aşmayan hapis cezasının verilmesini uygun gördüğünde, 231. maddede öngörülen koşullar da olduğunda, hagb kararı verebilmektedir. 5237 sayılı TCK'nın cezalar sistemi dikkate alındığında, bu kapsamın hiç de azımsanmayacak ölçüde geniş olduğunu söylemek uygun olur.

Bu karara itiraz yolu açıktır. İtiraz, kararların hukuki ve maddi yönden irdelendiği bir kanun yoludur. İtiraz yargılamasında, itirazı inceleyen makamın, kararda hukuka aykırılık tespit ettiğinde, bu kararı ortadan kaldırmak, yerine hukuka uygun kararı vermek de vardır. Gerek CMUK'nın gerek CMK'nın itiraz üzerine verilen kararın kesinliğini öngörmelerinin altında yatan neden budur.

CGK kararında böyle bir hagb kararının yazılı emir yoluyla incelenmesinin önü kapatılmaktadır. Karar hukuka uygun mudur?

Bu konuda şunları belirtmek uygun olur:

Hagb kararı suç failine devletin bir atıfettidir. Devlet bu faile, dosyasını rafa kaldırarak, şartlı da olsa, bir jestte bulunmaktadır. Hatırlamak gerekir ki, hagb, cezanın ertelenmesine oranla, çok daha elverişli bir sonuçtur, çünkü hagb’de mahkumiyet kararı dahi yoktur.

Böyle bir durumda, hagb’nin yazılı emir yoluyla incelenmesini engelleyen bir norm yargılama kuralları arasında var mıdır? Bu sorunun cevabı hayır’dır.

Durum böyle olunca, içtihat yoluyla bu inceleme olanağı ortadan kaldırılabilir mi? Bu sorunun da cevabı hayır’dır.

Belirtmem uygun olur ki, yasa koyucunun tercihi ile sisteme yerleştirilen yapay hagb kurumunun tüm sonuçlarına yargılama kuralları ve ilkeleri çerçevesinde katlanmak zorundayız.

Yargıtay CGK’nın bu konudaki tavrı sisteme uygun değildir.

Kararda ayrıntılı olarak anlatılmakta olan, hagb halinde bunun hukuki varlık kazanmadığı, bunun ancak failin ikinci bir suç işlediğinde, bu hükmün “hayata” geçirilmesi ile mümkün olacağı yaklaşımı (bkz. YKD, s.127) doğru ve hukuka uygun değildir. O kadar ki, hagb öyle bir hukuki sonuç doğurmaktadır ki, suçlu olduğu sabit olan bir sanığın dosyası, hüküm açıklanamamak yoluyla rafa kaldırılmaktadır. Bundan daha önemli bir hukuki sonuç olabilir mi?

Böyle bir karar elbette, sistem içindeki kanun yollarına da tabi olacaktır. Bu kararda hukuka aykırılıklar varsa, bunlar aynı failin ikinci bir fiili işlemesi beklenmeksizin irdelenecektir. Başka bir ifade ile, bu fail/sanık hakkında hukuka uygun olmayan bir hagb kararı söz konusu ise, kişi bir olanaktan mahrum edilecektir.

Bu sonucun yargılama hukuku ile açıklaması şudur: Hagb yazılı emir yoluyla bozulduğunda, yeni yargılamada ortaya çıkabilecek olan aleyhte sonuç bu faile/sanığa uygulanacaktır, çünkü bu halde CMK’da öngörülen (m. 223) bir hüküm yoktur.

Sonuç: CGK’nın kararı hukuka uygun değildir.

Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun Yarattığı Bir Sorun: İade

Giriş

5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu (KMK) 31.03.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yasa incelendiğinde, 1918 sayılı Kaçakçılık Kanunu (1918) ile 4926 sayılı KMK'nın aksine, bu yasada iade kavramının düzenlenmediği dikkati çekmektedir. Yasa koyucunun bu tercihi, yasanın genel gerekçesinde açıklanmamıştır.

Bu kavramın ortadan kaldırılması, uygulamada bir boşluk yaratmıştır ve bir sorun oluşturmuştur.

Bu yazıyı, sorunu ortaya koymak ve ışık tutmak amacıyla kaleme aldım.

İade kavramına önceki iki yasanın bakışı

İade denildiği zaman, kaçakçılık suçları ve kaçakçılık fiillerinden ötürü yapılan yargılamadaki terminoloji çerçevesinde, bundan, kaçakçılık iddiası ile elkonulmuş bulunan eşya ya da taşıt aracının, yargılama sürerken, geri verilmesi anlaşılır. Bu geri verme, elkoyma önleminin kaldırılması anlamını taşır ve bir güvenceye bağlanabilir.

Yürürlükte olan KMK'dan önce, 1918 sayılı Yasanın 21. maddesinde iade ayrıntılı bir hükümle düzenlenmişti. Bu çerçevede uygulamada yerleşik bir kurum olarak yerini almıştı (bkz. Erman, Kaçakçılık Suçları).

4926 sayılı KMK'nın 15. maddesi, "yasak eşyanın iadesi" başlığı altında aynı konuyu düzenlemişti (bkz. Yurtcan, Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Şerhi, 2004).

5607 sayılı KMK'nın yaklaşımı

Bu yasada iade kurumu yer almamaktadır. Yasa koyucu Yasanın 16. maddesinde tasfiye kavramını ayrıntılı biçimde

düzenlemiştir. Bu maddenin içinde iadede söz edilmektedir. Ancak bu iade, önceki yasaların aksine, yargılama sürerken önleme son vermek biçiminde gerçekleşen bir iade değildir.

Konuya açıklık getirmek bakımından, önce 5607 sayılı KMK'nın 16. maddesi ile ilgili açıklamalara yer vermem uygun olacaktır.

KMK'nın 16. maddesinin metni şöyledir:

Tasfiye

Madde 16- (1) Bu Kanunda tanımlanan suçların veya kabahatlerin konusunu oluşturması dolayısıyla müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez. Bu eşya, kamu davasının açıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde kovuşturmanın sonuçlanmaması halinde derhal tasfiye edilir. Ancak eşyanın;

- a) Zarara uğraması, değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde üç gün,
- b) Muhafazasının ciddi külfet oluşturması halinde on beş gün, içinde, eşyadan numune alınmasının mümkün olduğu durumlarda numune alınarak, mümkün olmaması halinde ise gerekli tespitler yaptırılarak, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından tasfiyesine karar verilir.

(2) Satılarak tasfiye edilen eşya veya taşıma araçlarının satış bedeli emanet hesabına alınır.

Yargılama sonucunda;

- a) Tasfiye edilen eşya veya taşıma araçlarının, müsadere edilmeyip, iadesine karar verilmesi,
- b) Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararına konu teşkil eden eşyanın ilgisine iadesine karar verilmesi,hallerinde; satış bedeli, satış tarihinden iade tarihine kadar geçen süre için yasal faizi ile birlikte hak sahibine ödenir.

(3) Elkonulan eşyanın iadesine karar verilmesi halinde, bu kararların uygulanmasında yürürlükte olan gümrük ve dış ticaret mevzuatı uyarınca işlem yapılır.

(4) Bu Kanunun uygulamasında tasfiye, tasfiye idaresi tarafından Gümrük Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Maddenin yorumunda şu noktalar belirtilmelidir:

Maddede, kaçakçılık suçlarında ve kabahatlerinde, bu fiillerin konusunu oluşturması dolayısıyla müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının uygulanabileceği eşya hakkında uygulanacak olan tasfiye kuralları yer almaktadır.

Yasanın koyduğu temel norm şudur : Kaçakçılık suçlarında ve kabahatlerinde, bu fiillerin konusunu oluşturması dolayısıyla müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez. Bu eşya, kamu davasının açıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde kovuşturmanın (son soruşturma) sonuçlanmaması halinde derhal tasfiye edilir.

Tasfiye, tasfiye idaresi tarafından Gümrük Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Ancak eşyanın;

- a) Zarara uğraması, değerinde esaslı ölçüde kayıp meydana gelme tehlikesinin varlığı halinde üç gün,
- b) Muhafazasının ciddi külfet oluşturması halinde on beş gün, içinde, eşyadan numune alınmasının mümkün olduğu durumlarda numune alınarak, mümkün olmaması halinde ise gerekli tespitler yaptırılarak, soruşturma evresinde (ön soruşturma) hâkim, kovuşturma (son soruşturma) evresinde mahkeme tarafından tasfiyesine karar verilir.

Satılarak tasfiye edilen eşya yönünden kurallar şunlardır:

Satılarak tasfiye edilen eşya veya taşıma araçlarının satış bedeli emanet hesabına alınır.

Yargılama sonucunda;

- a) Tasfiye edilen eşya veya taşıma araçlarının, müsadere edilmeyip, iadesine karar verilmesi,
- b) Mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararına konu teşkil eden eşyanın ilgisine iadesine karar verilmesi, hallerinde; satış bedeli, satış tarihinden iade tarihine kadar geçen süre için yasal faizi ile birlikte hak sahibine ödenir.

Bu açıklamaların ışığı altında, iade kavramı ile ilgili ulaşılabilecek olan sonuçlar şöyledir:

Bu Kanunda tanımlanan suçların veya kabahatlerin konusu oluşturması dolayısıyla müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez. Yasa koyucunun koyduğu temel ilke budur. Bu ilkeye göre, kaçakçılık fiillerinden ötürü yapılan yargılamalarda, suçlarda müsadere, kabahatlerde mülkiyetin kamuya geçirilmesi, yargılama sonunda sanığın kaçakçılık suçunu işlediği mahkemece sabit görüldüğünde, uygulanacak yaptırımın yanı sıra, yasal bir sonuçtur ve uygulanması mutlaktır.

Durum böyle olunca, önceki yasaların aksine, yargılama sürerken önlemi kaldırmak biçiminde bir iade mümkün değildir. Yasa koyucu bu noktada bir hüküm daha koymuştur. Buna göre, bir olayın son soruşturmasının ve kanun yolu aşamasının (CMK: Kovuşturma) kamu davasının açıldığı tarihten itibaren bir yıl içinde sonuçlanmaması halinde, elkonulmuş bulunan eşya derhal tasfiye edilir.

Yasadaki bu iki açık düzenleme, iade kavramını ortadan kaldırmaktadır. Açıklık getirmek bakımından tekrar etmek gerekirse, bir olayda kamu davası açıldığında, yargılama yürürken 1 yıl beklenecektir. Bu süre içinde elkoyma önlemi sürecektir. Son soruşturma ve kanunyolu aşaması 1 yıl içinde bittiğinde, ortaya çıkan sonuca göre işlem yapılacaktır. Bu kesin hükmün sonuçları ikidir. İlkin, suç sabit olur ve sanık cezalandırılırsa, elkonulmuş eşya müsadere edilecektir ya da yargılama konusu bir kabahat ise, mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar ve-

rilecektir. İkinci ihtimalde, sanık hakkında beraat kararı ya da davanın düşmesi kararı verildiğinde, elkoyma konusuz kalır ve eşyanın iadesi gerekir. Bu da ceza yargılamasının doğal bir sonucudur.

Yasa koyucu 16. maddede, bu olasılığı düşünerek ve dikkate alarak, iadeden söz etmektedir. Maddenin 2. fıkrasında sözü edilen iade, yukarıda ikinci hal olarak belirttiğim halde uygulanacak olan bir kavramdır.

Ortaya çıkan soruna bir başka açıdan bakmak ve bir değerlendirme yapmak mümkündür. Ceza yargılaması önlemlerinden olan elkoyma, doğal olarak CMK'da düzenlenmiştir. Bu noktada bir sorunun sorulması kaçınılmazdır: KMK'nın düzenlemediği iade konusu, CMK'nın elkoyma hükümleri devreye sokularak aşılabilir mi?

Bu konuda şu hususları belirtmek uygun olur: Ceza yargılamasında elkoyma iki amaç taşır. İlkin, delil olarak elkoyma uygulanır. İkinci olarak, yargılama sonunda verilecek olan hükümlerin kağıt üstünde kalmasını önlemek amacıyla da, elkoyma yapılabilir. Bu durumda, KMK kapsamında yapılan bir yargılamada, mahkeme elkonulmuş bir eşyanın iadesine hükmedebilir mi?

Bu soruya cevap verilirken, bazı hususların altının çizilmesi uygun olur: KMK'nın yaklaşımında elkoyma, delil elde etmek amacını taşımaz, suçun sabit olması halinde müsadereyi ya da mülkiyetin kamuya geçirilmesi amacını taşır. Bu amaç, elkonulmuş eşyanın iadesinin önünü kapatır.

Öte yandan, bu konuda temel hukuki engel KMK'nın 16/1. maddesindedir. Daha önce de sözü edildiği üzere, yasakoyucu, "Bu Kanunda tanımlanan suçların veya kabahatlerin konusunu oluşturması dolayısıyla müsadere veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımlarının uygulanabileceği eşya, sahibine iade edilemez." hükmünü sevk etmekle, bu olanağı ortadan kaldırmıştır. Bu noktada hukukun bir temel ilkesinden söz etmek gerekir. Bu ilke şudur: Özel norm genel nor-

mun önüne geçer ve uygulanır. KMK-CMK bağlamında, konu elkoyma ve bu önlemin kaldırılması olunca, KMK, CMK'ya oranla özel normdur ve uygulama alanı bulur ve iade olasılığı ortadan kalkar.

Sonuç

Yazının sonunda, yasa koyucunun yaklaşımının “doğru” olup olmadığı değerlendirildiğinde, KMK'da iadenin düzenlenmemiş olmasının bir eksiklik olduğu söylenmelidir.

1918 sayılı Yasayla başlayıp, 4926 sayılı KMK ile gelinen süreçte, hizmet gören ve Türk uygulamasının sağlam temellere oturttuğu bir konunun -kesilip atılması- uygun bir çözüm olmamıştır. KMK'nın genel gerekçesinde, bu kurumun ortadan kaldırılmasının nedenleri yer almamaktadır.

Sonuç olarak, KMK'da gerekli değişiklik yapılarak, iade kavramı düzenlenmelidir.

Ceza yargılamasında ve medeni yargılamada dava zaman aşımı kavramları ve 4616 sayılı Yasanın bunlara etkisi

Sevgili Şükri,

Bu kısacık yazı,

seni anmak için bir vesile yalnızca

Giriş

Bu yazımda başlıkta yer alan kavramları ele almak istiyorum. İki amacım var. İlki, iki ana hukuk dalının önemli kavramı olan dava zaman aşımını, ülkenin “başına çoraplar ören” 4616 sayılı Yasa açısından değerlendirmek istiyorum. İkinci amacım, uygulamada da farklı yorumların ve kararların ortaya

çıkmasına neden olan konuyu ortaya koymak ve çözüm önermeyi hedefliyorum.

Konuya girerken bir olaydan söz etmek uygun olacaktır. Bu olay, sözü geçen kavramların temellerinin irdelenmesi açısından da faydalı olacaktır.

Olay

(A) 24.05.1994 tarihinde (B)yi silahla yaralamıştır. Bu olay nedeniyle (A) aleyhine 765 sayılı TCK'nın 456/2 ve 457/1 maddesine aykırılıktan kamu davası açılmıştır. Mahkeme, 07.02.2001 tarihinde 4616 sayılı yasa gereğince kamu davasının 5 yıl süreyle ertelenmesine karar vermiştir.

Olayda yaralanan (B) tazminat davasını açmıştır. Bu davada (B) maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davalı (A)nın vekili dava zamanaşımı definde bulunmuştur. Mahkeme zaman aşımı itirazını reddederek davanın kabulüne karar vermiştir. Karar temyiz edilmiş, Yargıtay mahkeme kararını düzelterek onamıştır.

Yargıtay, temyiz talebinde ileri sürülmesine rağmen, zaman aşımı defini ele almamıştır.

Değerlendirme

Olayda bir suç isnadı vardır ve bu konuda yargılama yapılmış, fakat sonuçlanmamıştır. Bunun nedeni, 4616 sayılı yasanın getirdiği sonuçlardır. Ceza mahkemesi, bu yasa kapsamında gördüğü yargılama konusu olayda yargılamanın ertelenmesine karar vermiştir.

Konuyla bağlantılı olarak bir hukuk davası açılmıştır. Bu davanın hukuki temeli tazminat davası olmasıdır. Bu davada, dava zamanaşımı kavramı gündeme gelmiştir. Bu nedenle, olayda dava zamanaşımı kavramı ile 4616 sayılı yasanın hükümlerinin birlikte yorumlanması gerekmektedir.

Şu noktalar ön plana çıkmaktadır:

1. Bütün hukuk sistemlerinin yasalarında, bunlar hukuk ya da ceza ya da başka yargılama yasaları olabilir, dava zamanlaşımının hukuki temeli aynıdır. Bu temel şudur : Devletin kurduğu mahkemeler aracılığıyla yapılan yargılamalar, yasalarda öngörülmüş bulunan belirli süreler içinde sonuçlandırılmak zorundadır. Bu sonuç gerçekleşmediğinde, yargılamaya son verilir. Bu tür bir durumda, yargılamada uyuşmazlık çözülmez, yalnızca dava zamanlaşımı nedeniyle çözülemediği belirtilir ve davanın düşmesine karar verilir.
2. Dava zamanlaşımı konusunda bir başka önemli nokta şudur: Bir olayda failden kaynaklanan fiil bir suçla birlikte bir haksız fiil oluşturduğunda, haksız fiilden ötürü açılmış ve görülmekte olan bir hukuk davasında, ceza yasasının dava zamanlaşımına ilişkin hükümleri uygulanır. Bu nedenle olayda görülmekte olan tazminat davasında olay sırasında yürürlükte olan TCK'nın dava zaman aşımı hükümleri uygulanacaktır.
3. Olayda bir başka önemli nokta şudur: Ülkemizin hukuk uygulamasının geleneğine ne yazık ki girmiş bulunan bazı yasalar, Cumhuriyetimizin kurulduğu dönemden bugüne kadar gelmiştir. Bunların kimine af yasası kimine şartla salıverme yasası adı verilse de, bunlar gerek toplumda kamu düzeninin gerek adaletin sağlanması yönünden önemli yaralar açmaktadırlar. Ayrıca, bu yasaların hukuk sistemini bir kargaşaya sürükledikleri de bir gerçektir. Ancak bir nokta göz ardı edilemez. Bu yasalar Türk pozitif hukukunun birer paçasıdır ve uygulanmak zorundadırlar. Önemli olan, bu yasalarda hiç de açık olmayan konularda, hukuka, adalete, gerçeğe uygun çözümler üretmektir.
4. Olayla ilgili en önemli tespit şudur: 4616 sayılı Yasada, gerek ceza davalarını gerek hukuk davalarını dikkate alan ve dava zaman aşımını buna göre belirleyen hükümler yoktur. Bu yasanın temeli şudur: Devlet suç failine bir atıfette

bulunmakta, suç oluşturduğu şüphesini taşıyan fiili nedeniye ceza soruşturmasını ya da kamu davasını ertelemektedir. Buna karşılık, devletin suç failine yüklediği yükümlülük, erteleme süresi içinde başka suç işlemektir. Bu varsayım içinde fail iki olaydan ötürü de yargılanacaktır.

5. Öte yandan 4616 sayılı Yasada, suç teşkil ettiği nedeniyle bir tazminat davasına konu olan bir olayda, hukuk davası yönünden dava zaman aşımının nasıl hesaplanacağına ilişkin bir hüküm yoktur. Bu durumda sorunun dava zaman aşımı konusundaki genel hükümlere göre çözülmesi kaçınılmazdır.
6. Olaydaki çözüm nasıl olmalıdır? Tazminat davasını çözen mahkeme, yukarıda da sözünü ettiğim genel hüküm çerçevesinde, hukuk davasındaki zaman aşımı süresini, olay tarihinde yürürlükte olan TCK'da yer alan dava zaman aşımı süresine göre hesaplamak durumundadır. Bu TCK, lehte olduğu için 765 sayılı TCK'dır.
7. Bu ilkeyi dikkate alacak olan mahkeme, olayda dava zaman aşımı süresi dolduğunda, görmekte olduğu tazminat davasını düşürecektir.
8. Hukuk mahkemesi bir şeyi yapmak yetkisine sahip değildir. O yetki şudur: Hukuk mahkemesi, olayın ceza ayağını dikkate alarak, ceza davasının 4616 sayılı Yasa nedeniyle bir süre ertelendiğini, bu nedenle de hukuk davasındaki dava zaman aşımının da bu süreyle uzayacağını düşünerek, hukuk davasının zaman aşımını buna göre belirleyemez. Bu sonucun önemli iki hukuki dayanağı vardır:
 - a) Hukuk sistemlerinde yasalarda öngörülen dava zaman aşımı sürelerinin ne zaman kesilecekleri, ne zaman duracakları ancak yasalarla belirlenir. Bunun istisnası yoktur. Bu tür hükümlerin olmadığı durumlarda, yargıçlar bu konuda hüküm koyamazlar. Bunu yaparlarsa, o zaman yasama görevi yapmış olurlar ki, bir yargıcın görevi bu değildir.

b) Ayrıca, olayda 4616 sayılı Yasanın kurduğu sistem içinde, ceza davası ertelendiğinde, bu erteleme nin suç failinin aleyhine sonuç doğurması, aynı failin bir ikinci suç işlemesidir. Bu ceza yargılamasının bir sonucudur. Bu sonuç, olaya konu tazminat davasının dışındadır. Bu nedenle, hukuk yargıcı, önündeki uyuşmazlığı çözerken, gerçekleşmeyen, gerçekleşeceği de belli olmayan bir sonucu adeta zihnen yaratarak, dava zaman aşımı süresini uzatamaz. Böyle bir tavır hukuka aykırı olur, çünkü hukuk yargıcının önünde tek bir tazminat davası vardır. Hukuk yargıcı bunu çözmek durumundadır.

CMK'da Değiştirilmesi Gereken Bir Hüküm: Davaya Müdahale

Sevgili Şükrii, bayrak yarışı sürüyor.

Bayrak yere düşmüyor.

Sen rahat uyu.

Giriş

Yürürlükteki ceza yargılaması hukukumuzda suçtan zarar görenin (SZG) ceza yargılamasına iddiacı olarak katıldığı tek yol, CMK yürürlüğe girdikten sonra, müdahale yoluyla davadır.

CMK, şahsi davayı kaldırmakla büyük bir hata yapmıştır. Fakat bu, başka bir yazının konusu olmalıdır.

Bu yazım, CMK'nın yürürlüğünden sonra, ceza yargılaması alanında yapılması gerekenleri, CMK'nın hükümlerindeki aksaklıkları konu alacak olan bir dizi yazının ilkidir. Bu yazılar sürecektir. Amacım, Türk ceza yargılaması hukukunu olması gereken çizgiye getirilmesine katkıda bulunmaktır.

Müdahale yoluyla dava (kısaca: müdahale) açısından önemli saydığım bir nokta üzerinde durmak istiyorum.

Yürürlükteki hukukta müdahale

CMK'nın 237-243. maddelerinde düzenlenmiş bulunan müdahale, SZG'nin iddiaları olarak savcının yanında iddia görevini yaptığı, savcılığın kamu davasını açmasından ve iddianame-nin kabul edilmesinden sonra, mahkemeye yapılacak bir başvuru üzerine, mahkemenin müdahilliğe karar vermesiyle, yargılamada taraf sıfatını kazanarak başlayan, yargılamanın kesin hükümle sona ermesine kadar süren bir süjeldir.

Yürürlükteki hukukumuzda SZG sıfatını taşımak koşuluyla, her kamu davasına müdahil olarak katılmak mümkündür. Bu konuda bir kısıtlama yoktur.

Bu açıdan ikili bir ayırımın yapılması uygun olur. Buna göre, kişi olarak müdahillik ve kurum olarak müdahillik. Kişi olarak müdahillik yönünden, SZG olmak (uygulamadaki diliyle, suçtan zarar görme ihtimalinin bulunması) müdahillik için yeterlidir. Kurum olarak müdahillik denince, bununla belirtmek istediğim husus, bazı yasalardan doğan ve devletin bazı kurumlarının, SZG sıfatını ileri sürerek kamu davasına müdahil olarak katılmalarıdır.

Örnekleri şöyle sıralayabiliriz:

1. 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun ihlali ile gerçekleşen suçlar, hatta bu suçlarla bağlantıları nedeniyle evrak sahteciliği suçları için hazine vekilleri,
2. 213 sayılı Vergi Usul Kanunundaki suçlar için defterdarlıklar,
3. 5411 sayılı Bankalar Kanunundaki suçlar için Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK),
4. 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yasasındaki suçlar için Kültür Bakanlığı.

Bu konularda iki nokta ön plan çıkar. Birincisi, bu örneklerde SZG kavramı mahkemece tartışılmaz. İkincisi, suç duyurusu dilekçesinin verilmesi, iş son soruşturmaya geldiğinde, otomatik müdahilliği sonuçlar. Ayrıca bu örneklerde, BDDK

dışında, müdahiller Muhakemat Müdürlüğüne bağlı avukatlarca temsil edilirler.

Türk sisteminde suç ayırımı yapılmaksızın müdahalenin mümkün sayılması uygun mudur?

Bu konuda bence şöyle düşünmek uygun olur :

Kişilerin müdahilliği yönünden yasada suçlar belirtilmek suretiyle, müdahillik kabul edilmelidir. Alman CMUK, 395. maddesinde bu sistemi kurmuştur. Anılan maddede, cinsel özgürlüğe karşı suçlar, şerefe karşı suçlar, yaşam hakkına karşı suçlar, vücut bütünlüğüne karşı suçlar, Alman Ceza Yasasındaki madde numaraları belirtilerek (katalog sistemi), müdahaleye açık tutulmuştur. Bu listede yer almayan suçlar için müdahale mümkün değildir.

Kurumların müdahilliği ise, ilgili yasalarda yapılacak değişikliklerle kaldırılmalıdır.

Bu düşüncenin temeli şudur: Suç, kamu düzenini bozan bir fiildir ve ceza yaptırımı ile karşılanır. Ceza yargılaması ise, bir fiilin suç oluşturup oluşturmadığı konusundaki şüpheyi yenmek için yapılır.

Ceza yargılaması faaliyeti kamu adına, toplum adına yapılan bir faaliyettir. Bu faaliyetin iddia ayağında savcılık kamunun çıkarını korumak için kurulmuştur ve temel işlevi suçla mücadeledir.

Durum böyle olunca, açılan kamu davalarında devletin ve kamunun çıkarını korumak savcıya düşer. Bu nedenle savcının yanında bir de kamu kurumu adına müdahile yer vermek gereksizdir.

Uygulamada karşılaşılan tablo nedir?

Kurum adına müdahillik - terim bağışlanırsa - şekil olarak işlemektedir. Müdahil vekilleri dosyaları ancak hüküm aşamasında takibe almakta, her ne şekilde olursa olsun, her hükme karşı temyiz yoluna başvurmaktadırlar. Bu adeta otomatik bir

faaliyettir. Hazine vekilleri de bu sonuçtan memnun değildirler. Ancak, aksine bir davranış için kendilerinden açıklama istenmektedir.

Bu görüntüsü ile bu müdahilliğin yargılamaya katkı sağladığını söylemek mümkün değildir.

Sonuç

AB'ye giriş sürecinde CMK yürürlüğe konulmuştur. Fakat ele aldığım konuda bir gelişme yoktur. Sistem eski sistemdir. Türk ceza yargılaması hukukunu istenilen çizgiye getirmek için, müdahale ele alınmalı ve:

1. CMK' da yeni bir bakış açısı ile, müdahaleye olanak veren suçlar belirlenmelidir.
2. Kamu kurumları adına müdahillik kaldırılmalıdır.

Konu : Teşhiste müdafî hazır bulunabilir mi ?

Yargıtay CGK'nın 15.04.2008 tarih ve E. 2008/6-70, K.2008/84 tarihli kararı (YKD, Kasım 2008) ile gündeme geldi. CGK'nın çözümü şudur: CMK' da, müdafinin katılabileceği işlemler özel normlarla düzenlenmiştir. Bunlar arasında teşhiste hazır bulunmak yoktur. Bu nedenle müdafî teşhiste hazır bulunmaz.

Bu sonuç hukuka ve adalete uygun mudur?

Bu konuda karara muhalefet şerhi yazmış olan **Yargıtay Ceza Genel Kurulu Başkanı Osman Şirin**'in düşüncelerine yer vermek uygun olur. Ne diyor Osman Şirin?

“(...) Usul yasalarındaki boşlukların, temel hak ve özgürlükleri kısıtlamayacak ve Yasanın ruhuna uygun olacak şekilde kıyas ve yorum yoluyla doldurulabileceği gözetilerek, teşhis konusundaki bu boşluk da CYY'nin ruhuna uygun olarak doldurulmalıdır. “

Bir gerçek ancak bu şekilde bu denli açık ve seçik ortaya konulabilir. CGK'nın Genel Kurulunda gözden kaçan temel nokta budur. Ülkemizde 3842 sayılı Yasayla CMUK'da 1992 yılında yapılan değişikliklerin temel amaçlarından biri savunmayı güçlendirmektir. Bu amaç doğrultusunda, özellikle ifade ve sorguda müdafiden yararlanma güçlendirilmiştir. Yasa koyucunun hedefi bu olunca, CMK'da açık bir normla düzenlenmesi dahi, teşhis de ceza yargılamasında maddi gerçeği ortaya çıkaracak olan temel bir yargılama işlemi olduğuna göre, şüpheliyi/sanığı bu savunma olanağından mahrum etmek adil bir sonuç değildir.

Yargıtay'ın temel görevlerinden biri içtihat tesis etmektir. Yüksek Mahkeme böyle bir fırsatı kaçırmıştır. Oysa o kadar kolaydı ki, sorunu çözmek: Bir yargılama normunu kıyas yoluyla uygulamak.

Son söz: Bu ülkenin Osman Şirin gibi yargıçlara o kadar ihtiyacı var ki. Neden 65 yaşında emekli olmak? Çok yazık.

Uyarılama Yargılamasında Hata

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.12.2007 tarih ve 2007/3-272; K.2007/279 sayılı kararında, uyarılama yargılaması ile ilgili iki konuyu ele almıştır. Bunlar:

1. Uyarılama yargılamasında dava zamanaşımının işleyip işlemeyeceği,
2. Cezayı ağırlaştırma yasağının uygulanıp uygulanmayacağı.

Kararı kısaca değerlendirdiğimizde, şu noktalar öne çıkar:

1. Dava zaman aşımı konusu:

Uyarılama yargılamasında dava zamanaşımının işleyip işlemeyeceği konusunu 5252 sayılı Yasanın 9/4. maddesi çözmüştür. Bu yargılamalarda dava zaman aşımı işlemeyecektir. Yüksek Mahkeme de bu hükme dayanarak aynı sonucu kararında belirtmiştir.

Bu sonuç pozitif hukuka uygundur. Fakat madde 9/4 yargılama hukukunun temelinde aykırı bir normdur. Uyarılama yargılaması da olsa, yeni bir yargılama başladığına göre, dava zaman aşımının işlenmesi gerekir, çünkü uyarılama yargılaması lehte sonuçların araştırıldığı, bulunursa uygulandığı bir yargılamadır.

2. Cezayı ağırlaştırma yasağının uygulanıp uygulanmayacağı:

Türk uygulamasının “kazanılmış hak”, doktrinin “reformatio in peius yasağı” olarak adlandırdığı kavram, temel bir amaç taşır. Bu amaç şudur: Yalnızca sanık ya da sanık lehine temyiz başvurularında, sonraki mahkumiyet sonucu, öncekinden ağır olamaz. Bu sonuç, kendisi için lehte sonuçların yaratılması amacı güdülen bir ortamda, kanun yoluna başvuran kişiyi bir sürprizle karşı karşıya bırakmamak düşüncesine dayanır.

Uyarılama yargılamasında, amaç dikkate alınarak, cezayı ağırlaştırma yasağının uygulanması gerekir.

Bu konunun çekirdek noktasını aleyhte temyiz istemi olmaması oluşturduğuna göre, bu tür bir istem söz konusu olduğunda, bu kural zaten işlemez.

Daha ince bir tahlilde şu noktalar kanımca öne çıkar:

- Uyarılama yargılaması sonucu, lehte hüküm ortaya çıkarılacaktır. Temel amaç budur. Bu hüküm, önceki ve sonraki yasanın karşılaştırılması ile tesis edilecektir. Yeni yasa lehte olduğunda, önceki hüküm buna göre değiştirilecektir.
- Bu konuda temyiz devreye girdiğinde, aleyhte temyiz yoksa, sorunu çözmek kolaydır. Sonuçta, sanık lehine olacak hüküm, önceki hükümden daha hafif olan hükümdür.
- Aleyhte temyiz olduğunda, lehte olan hüküm bulunacaktır ve sanık için uygulanacaktır. Bu konu temyiz yolunda tartışıldığında, esas mahkemesinin hükmü sanık aleyhine bozulabilecektir. Ancak, bu konuda bir temel mutlaklık ta-

sır. Yeni hüküm, sanık lehine olmalıdır. Aksi takdirde, lehte hükmün bulunması sonucu bertaraf edilmiş olur ki, uyarılma yargılamasının amacı bu değildir.

- Yar. CGK'nın aksi sonuca varırken sağlam bir gerekçesi yoktur. 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi, cezayı ağırlaştırmanın önünü açmaz, çünkü maddede bu konuda bir açıklık yoktur. Madde yalnızca CMUK'nın 326. maddesinin uygulanacağını belirtmektedir. Dikkat etmek gerekir ki, sözü edilen yasak 326/son maddede yer almaktadır. 8. Madde çerçevesinde 326. madde bütünüyle dikkate alınacağına göre, bu yasak da birlikte mütalaa edilmek gerekir.
- Son söz: Bu sorunu çözerken, bir nokta dikkatten kaçırılmaz. O nokta şudur: Uyarılma yargılaması lehte hüküm yaratmak amacı güder.

Uyum Yasaları Çerçevesinde Bir Başarı: Ölüm Cezasının Kaldırılması

Giriş

Ülkemizde yasama boyutunda hızlı bir süreç yaşıyoruz.

Bunları özlenen hukuk reformu hareketi içinde düşünmek istiyorum. Genel bir anlayış, bu hareketi AB'ye girmek için hukukumuzun tümüyle gözden geçirildiği biçiminde özetliyor. Bunda, Türk insanını, başta hukukçular olmak üzere, yaralayıcı bir yön olduğunu kabul etmek bence kaçınılmazdır.

Ancak bir gerçekle karşı karşıyayız: Yasa Tasarıları paketler halinde parlamentoya sunulmaktadır. Yerleşik deyişle de, adı uyum paketleridir. Bu konuda çok acelemiz olduğu bir gerçek. O kadar ki, bazı yasalar değiştiriliyor. Hemen arkasından yeni bir değişiklik geliyor. Bunları takip etmek bile çok zor.

Bu yazımda uyum yasaları çerçevesinde ölüm cezasını ele almak istiyorum.

I. 2001 Ekim’de yapılan Anayasa değişikliğinde ölüm cezası

Anayasanın 38 inci maddesi değiştirilmiş, “Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez.” hükmü maddeye konulmuştur.

Anayasa değişikliği, ülkemizde ölüm cezasının kaldırılmasının ilk aşamasını oluşturmuştur. Daha sonra gelen uyum yasaları bu konuda ayrıntılı düzenlemeler yapmıştır.

II. Ölüm cezasının kaldırılması (4771 sayılı Yasa) (3.8.2002) (3. uyum paketi)

1. Yasanın içeriği

Yasa, üç yasadaki ölüm cezalarını kaldırmış, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürmüştür.

Bu yasalar şunlardır:

1. Türk Ceza Yasası,
2. 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibi Hakkında Kanun (Bu yasa 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Yasası ile yürürlükten kaldırılmıştır).
3. Orman Yasası.

4771 sayılı Yasa, savaş ve çok yakın savaş tehdidi hallerinde işlenmiş suçlar için öngörülen ölüm cezalarını hariç tutmuş, bunları kaldırmamıştır.

Öte yandan yasa, Türk Ceza Yasasının, Çocuk Mahkemeleri Yasasının ve Cezaların İnfazı Yasasının (647 sayılı yasa) bazı hükümlerini saklı tutmuştur.

Belirtmem gerekir ki, yasa koyucunun saklı tuttuğu hükümlerde ölüm cezası yer almaktadır. Fakat bu cezanın yerine süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmektedir. Yasa koyucu karışıklığa neden olmamak ve bu hükümlerdeki ölüm cezaları için de, değişiklikten sonra, müebbet ağır hapis cezasının uygulanacağı tereddüdüne düşülmemesini ve ilgili maddelerdeki

cezaların uygulanmaya devam edilmesini sağlamak amacıyla, bu hükümleri saklı tuttuğunu belirtmiştir. Örnek: TCK, m. 47, 50, 51 v.b. Yasama tekniği yönünden olumlu bir düşüncedir.

4771 sayılı Yasanın getirdiği iki başka değişiklik şunlardır: Bu yasaya göre ölüm cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülenler hakkında, TCK'nın 70 inci, 73 üncü ve 82 nci maddelerinde öngörülen hücrede tecrit cezası iki kat, terör suçluları hakkında üç kat olarak uygulanacaktır.

Öte yandan, bu yasaya göre ölüm cezaları müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları hakkında, 647 sayılı Yasanın ve Terörle Mücadele Yasasının şartla salıverilmeye ilişkin hükümleri uygulanmayacaktır. Bunlar hakkındaki müebbet ağır hapis cezaları ölünceye kadar sürecektir.

2. Ölüm cezası içeren dosyalar (geçici madde, 1)

4771 sayılı Yasada, bu yasanın yürürlüğe girmesinden önce verilmiş olan ölüm cezasına hükmedilmiş olan dosyalar hakkında yapılacak işlemler, bu geçici madde ile ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Teoride "köprüleme kuralı" adı verilen bu hükmün yasada yer alması kaçınılmazdı. Yasa ölüm cezasını kaldırdığı için, bu cezayı içeren dosyaların göreceği işlemler düzenlenmek zorundaydı.

Geçici maddenin içeriği şöyledir:

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 1 inci maddenin (A) fıkrası kapsamına giren suçlardan dolayı haklarında idam cezası verilen hükümlülerin dosyalarından;

- a) Henüz Yargıtaya gönderilmemiş veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar ile daha önce Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderilmiş olanlar hükmü veren mahkemece,
- b) Yargıtayda bulunanlar ilgili ceza dairesince,

Acele işlerden sayılmak ve Türk Ceza Kanununun 2 nci maddesi dikkate alınmak suretiyle karara bağlanır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında veya Türkiye Büyük

Millet Meclisinde bulunan dosyalar, gelişlerindeki usule uygun olarak Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir ay içinde hükmü veren mahkemeye geri gönderilir.

Askeri mahkemeler, Askeri Yargıtay Başsavcılığı ve Askeri Yargıtayda bulunan dosyalar hakkında da bu madde hükümleri kıyas yoluyla uygulanır.

III. 4928 sayılı Yasa değişikliği (6. uyum paketi) (6. uyum paketi) (15.7.2003)

Ancak 4928 sayılı Yasa (6. uyum paketi) 18 inci maddesi ile, ölüm cezalarının müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmesi konusunda değişiklik yapmıştır. Bu değişiklikle, 4533 sayılı Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanununda yer alan ölüm cezasının müebbet ağır hapis cezasına ilişkindir.

IV. Ölüm cezasının tümüyle kaldırılması

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 Numaralı Protokol'un Uygun Bulunduğuna Dair Yasa Tasarısı 2 Haziran 2003 günü TBMM'ye sunuldu. 28 Nisan 1983'te Strasbourg'da imzalanan ve 1 Mart 1985'de yürürlüğe giren bu protokolu Türkiye 15 Ocak 2003 tarihinde imzaladı. TBMM, yukarıda belirttiğim Tasarıyı 26 Haziran 2003 günü kabul etti. Bu çerçevede 4913 sayılı Yasa olarak 1 Temmuz tarihli Resmi Gazetede yayınlandı.

Tasarının Gerekçesi şöyledir:

Avrupa Konseyi (AK) bünyesinde hazırlanarak 1983 yılında imzaya açılan İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesine Ölüm Cezasının Kaldırılmasına Dair Ek 6 Numaralı Protokol, idam cezasının barış zamanında kaldırılmasını düzenlemektedir.

Kurucu üyeleri arasında bulunduğumuz Avrupa Konseyinin tüm üyeleri sözkonusu Protokolü imzalamıştır. 6 ncı Protokolün getirdiği düzenlemelerin kabulü, günümüzde artık AK

üyeliği için bir önşart ve üyelikten kaynaklanan bir yükümlülük olarak değerlendirilmektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 3 Ağustos 2002 günü kabul edilen ve Resmî Gazetenin 9 Ağustos 2002 günlü nüshasında yayımlanarak yürürlüğe giren 4771 Sayılı Kanununun 1 inci maddesi, çeşitli kanunlarımızda yer alan idam cezalarını müebbet ağır hapis cezasına dönüştürmüş, bu düzenleme ile idam cezası barış zamanında mevzuatımızdan çıkarılmıştır. Bu şekilde, 6 ncı Protokolü imzalayarak onaylamamızın önünde mevzuat uyumsuzluğundan kaynaklanan yasal bir engel kalmamıştır. Yasa koyucu esasen, 4771 Sayılı Kanunun ilgili maddesini, 6 ncı Protokolün lafzına uygun şekilde kaleme almıştır. Bu itibarla, **idam cezasının barış zamanında kaldırılması** yönünde TBMM tarafından ortaya konan iradenin gereğinin uluslararası platformda da yerine getirilmesi amacıyla, 6 ncı Protokolü imzalayarak onaylamamızın gerekli olduğu değerlendirilmiş, nitekim, Protokol, 15 Ocak 2003 günü Hükümetimiz adına Avrupa Konseyi Nezdindeki Daimî Temsilcimiz tarafından imzalanmıştır.

Protokolün onaylanması ile insan hakları alanında yürütülmekte olan kapsamlı reform çalışmalarında önemli bir aşama geride bırakılmış olacaktır.

Gerekçe, amacı tümüyle açıklığa kavuşturmaktadır. Bu sonuçla, ülkemizde ölüm cezası kaldırılmış bulunmaktadır.

IV. 2004 Anayasa değişikliğinde ölüm cezası.

Bu konuda **dört** değişiklik yapılmıştır.

Anayasanın “temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması” üst başlığı altında yer alan 15 inci maddesinde durdurma hallerine yer verilmiştir. Bu kapsamda, ölüm cezasının öngörüldüğü dönemde, 15 inci maddenin 2 nci fıkrasında, “ölüm cezalarının infazı dışında” biçiminde bir ibare yer almaktaydı.

Anayasa değişikliği ile ölüm cezası kaldırılmış bulunduğundan, bu ibare madde metninden çıkarılmıştır.

Bu konuda teklifin gerekçesinde şu satırlara yer verilmiştir :
“Avrupa Birliğine üye tüm ülkeler gibi, ülkemiz de İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Avrupa Sözleşmesi’ne Ek 13 No’lu Protokol’ü imzalamıştır. Söz konusu Protokol idam cezasını tamamen kaldırmayı öngörmektedir. Ülkemiz 13 No’lu Protokol’ü henüz onaylamamışsa da, onaydan önce konuyla ilgili olarak Anayasada gerekli değişiklikleri yapmak amacıyla, 15 inci maddeden ölüm cezasının infazıyla ilgili ibare çıkartılmaktadır.”

Bunun dışında, Anayasanın 17 nci maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilmiştir.

Değişiklikten önceki dördüncü fıkra metni, “**Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali** ile meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, **sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması** sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.” şeklindedir.

Yapılan değişiklikle, dördüncü fıkra şu şekli almıştır :
“Meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.”

Önceki metinde yer alan ve yukarıda siyah dizilen ibareler metinden çıkarılmıştır. Değişiklik iki amaç taşımaktadır. Birincisi, ölüm cezasının kaldırılması ile ilgilidir. İkincisi ise sıkıyönetim ve olağanüstü hal kavramları ile öldürme fiilleri arasındaki bağlantıyı ortadan kaldırmaktır.

Üçüncü değişiklik Anayasanın 38 inci maddesinde yapılmıştır.

38 inci maddenin 8 inci fıkrası metinde çıkarılmıştır. Bu fıkra, "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez." biçimindeydi.

Ayrıca 38 inci maddenin 9 uncu fıkrası değiştirilmiş, "genel müsadere cezası verilemez" ibaresi, "ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez" biçimine getirilmiştir.

Bu konudaki amaç da açıktır. Türk hukuk sisteminden ölüm cezası tümüyle çıkarılmıştır. 9 uncu fıkraya eklenen "ölüm cezası verilemez" ibaresi de niteliği bakımından bu amacın perçinlenmesi anlamını taşımaktadır.

Ölüm cezası ile ilgili dördüncü değişiklik Anayasanın 87 nci maddesinde yapılmıştır. Ölüm cezasının kaldırılmasına paralel olarak, TBMM'nin görev ve yetkileri arasında yer alan, ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek yetkisi Anayasadan çıkarılmıştır.

Sonuç

Yukarıda çizmeye çalıştığım tablo içinde ülkemizde barış zamanında ölüm cezası kaldırılmış bulunmaktadır. Böylece, uzun yıllar ceza hukuku teori ve uygulamasını işgal eden ölüm cezası, hukuk dünyamızı terk etmiştir.

Konutun Eklentisindeki Yağma, Nitelikli Yağma Mıdır?

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) 27.01.2009 tarihli kararında(6-203/3), mağdurun oturduğu apartmanın merdiven boşluğunda işlenen yağmaya teşebbüs suçunu nitelikli yağma saymadı; basit yağma olarak kabul etti. Karar oyçokluğuyla alınmış bir karardır; önemli muhalefet şerhleri vardır.

Karardaki çekirdek nokta şudur: Apartmanın merdiven boşluğu eklenti kavramı kapsamındadır. TCK'nın 149. madde-

sinde ağırlaşmış yağma halleri öngörülmüştür. Bunlar arasında konutta işlenecek olan yağma da vardır. Fail, yağma fiilini konutun eklentisinde işlerse, bu fiil 149. madde kapsamında mı mütalaa edilir, yoksa basit yağma olarak TCK'nın 148. maddesi içinde mi yer alır?

Yukarıda yer verdiğim, Yar. CGK'nın çözümü hukuka uygun mudur?

Yasa koyucu normu düzenlerken konuttan söz etmiş, eklentiyi belirtmemiştir. Bu net hükme rağmen eklentiyi de kapsama almak, kıyas mıdır, yoksa genişletici yorum mudur?

Konuya girerken, kısacık bir ön açıklama. Ceza hukuku suçta kıyası kabul etmez; genişletici yorumu kabul eder. Kararda yer alan muhalefet şerhlerinde bu iki kavramla ilgili çok önemli noktalar var.

Kararı değerlendirmek istediğim bu kısa yazıda şunu belirtmek isterim.

Kararın metninden çıkardığım sonuç, fail fiili bir apartman içinde merdiven boşluğunda işlemiştir. Burası, kat mülkiyeti kurallarına tabi yerde ortak yer kapsamındadır. Bu nedenle mağdurun konutu bu binada yer alsa dahi, başlı başına mağdura ait bir eklenti değildir. Yeni TCK'nın başka hükümlerinde yer alan, "konut ve eklenti" birlikteliği bir rastlantı değildir; yasa koyucunun tercihidir. İkincisi, buralar mağdurun konutunun eklentisidir.

Karara konu olayda apartmanın boşluğu mağdurun konutunun eklentisi değildir. Burası ortak mülkiyet alanıdır ve o apartman içinde her bağımsız bölüm maliki olan kişinin hakkı olduğu kadar, mağdurun da hak sahibi olduğu bir alandır. Bu nedenle uyuşmazlık çözüldükten sonra mağdurun konutunun eklentisi olup olmama konusunun tartışılması gereksizdir. Daha açık bir anlatımla, yağmaya teşebbüs olayının yaşandığı yer başlı başına mağdura ait olan bir binanın merdiven boşluğunda yaşanmış olsa idi, bu durumda eklenti kavramı yasal norm-

da yer almasa dahi, yorum yoluyla bu çözüme dahil edilebilirdi/edilemezdi tartışması yapılabilirdi. Bu olayda buna gerek olmadığı kanısındayım.

Sistemi Değiştirmeye Var Mısınız ?

Geçtiğimiz hafta Yargıtay’da Türkiye Barolar Birliği ile Yargıtay tarafından ortak bir sempozyum düzenlendi. Toplantının konusu, “Adli Bir Organ Olarak Savcılık” başlığını taşıyordu. Bu sempozyumda sunulan bildirimler, açıklanan bilimsel düşünceler, öneriler basında hiç yer almadı, dersem gerçeği anlatmış olurum sanıyorum.

Bu sempozyum vesilesiyle, ülkede belirli konumda olan bazı kişiler düşüncelerini açıkladılar. Bu düşüncelerin temelinde, son dönemde ülkemizde yaşanan bazı olayların ekseninde bir hesaplama vardı adeta. Bu kişiler kimler miydi? Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Adalet Bakanı, bir Devlet Bakanı, Türkiye Barolar Birliği Başkanı.

Ben yazımda kim haklıydı kim haksız, kim doğruyu söyledi, kimin sözleri ve düşünceleri gerçeklerle bağdaşmıyordu, değerlendirmesini yapmayacağım.

Bu kişilerin açıkladıkları düşüncelerde, terim bağışlanırsa, bir “hizaya getirme amacı” vardı kanımca. Herkes bazı tutum ve davranışların suçlusunu arıyordu. İşin özü buydu, bir açıdan.

Bir başka açıdan, bu kişilerden siyasal kimlik taşımayanlar, siyasal iktidarın, yanlış bir terimle, “yargı” dan (doğrusu: adalet hizmetinden) elini çekmesi gerektiğini ifade ediyorlardı. Buna karşılık, siyasal iktidarı elinde tutan partinin bakanları da, gördükleri görev gereği siyasallaşmamak zorunda olmaları gerekenleri bu çizgiye çağırıyorlardı.

Son tahlilde bir hukuk adamı olarak, Türkiye Barolar Birliği Başkanı da “yargı siyasal kıskacı” başlığı altında düşüncesini açıklayarak, siyasal iktidarı eleştiriyordu.

Sevgili okurlar, işte size bilimsel bir toplantı ekseninde verilen demeçler ve yapılan açıklamalarla geline nokta. İşin özü bu.

Şimdi bir soru: Ben bu yazıyı neden yazdım? Birkaç satır yukarıda da belirttiğim gibi, ben haklı-haksız aramak amacıyla değilim.

Amacım, ülkemizde adalet hizmeti çağın gereklerine uygun temellere nasıl oturtulabilir, sorusuna ve sorununa çözüm aramaktır.

Söze şuradan başlamak uygun olsa gerek. Bir temel tespitin yapılması kaçınılmazdır : Her siyasal iktidar ülkede adalet hizmetinin görülmesinde kurulacak sistemin, kendisinin amaçlarına uygun olmasının yollarını arayacaktır. Bu işin doğasında vardır. O kadar vardır ki, adalet hizmeti gören makamların siyasal iktidarın egemenliği altında çalışması, siyasal iktidarı rahatlatır. Unutmamak gerekir ki, adalet hizmeti görenler siyasal iktidarı da denetlerler. Bu denetlemeyi, yapacakları işlemlerle, verecekleri kararlarla yaparlar. Durum böyle olunca da, siyasal iktidarlar bağımsız yargıç, güvenceli savcı temelinde bir sistemi içlerine pek sindiremezler. Hatta, belki biraz abartılı gelebilir, ama bir ülkede adli kolluğun kurulmasının ve doğrudan savcıya bağlanmasının öngörülmemesini de bu bağlamda ele almak uygun olur.

Bu noktada ülkenin tüm politikacıları durup düşünmek durumundadırlar. Gerçekten bağımsız yargıçlık, güvenceli savcılık, adalet hizmetinin bir diğer vazgeçilmezi olarak güvenceli avukatlık için nasıl bir sistem oluşturmalıdır?

Böyle bir sistemin oluşturulması hiç de zor değildir. İlk adım, bir ortak tavidir. Bu ortak tavır, anayasa değişikliği çizgisinde ortaya çıkmak durumundadır. Bu değişiklik, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun (HSYK) Anayasadan çıkarılması ile başlamalıdır. Oluşturulacak olan yeni sistemin anayasal temelleri elbette olacaktır. Bu anayasal kurallar üzerine oturtulacak olan bir yasayla, hiçbir siyasal iktidarın egemenliğinde olmayacak olan bir adalet hizmetinin görülmesi sağlanacaktır.

Bu yeni sistemin adı, Yüksek Adalet Kurumunun kurulmasıdır. Bu başlık altında, ilkin Anayasada sistemin özünü oluş-

turacak olan normlara yer verilmelidir. İkinci aşamada, Anayasanın vereceği doğrultuda, Yüksek Adalet Kurumu hayata geçirilmelidir.

Bu sistemde, adalet hizmetinin üç temel mesleği olan, yargıçlık, savcılık ve avukatlık Kurumun içinde toplanmaktadır. Kurum, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kuruluş olarak düşünülmelidir. Kurum, adalet hizmetinin görülmesi görevini üstlenmekte, bu bağlamda yetkileri kullanmakta ve Yasanın öngördüğü her türlü tasarrufta bulunabilmektedir.

Kurumun karar organı Yüksek Adalet Kuruludur. Bu Kurul 21 üyeden oluşmaktadır. Üç meslek grubu eşit temsil ilkesi çerçevesinde Kurulda yer almaktadır. Kurulun oluşumuna katılacak 6 üye daha düşünülmüştür. Bu üyelerin Kurulda yer almalarının temel nedeni, adalet hizmetinin toplum için bir hizmet olduğu hususunun dikkate alınmasıdır.

Kurumun ayrıca 3 organı bulunmaktadır. Bunlar, Yüksek Hakimler Kurulu, Yüksek Savcılar Kurulu ve Yüksek Avukatlar Kuruludur.

Bu kurulların oluşumunda dikkate alınmış olan temel hususlar şunlardır:

- Yargıç bağımsız olur. Bu nedenle bu amaç çerçevesinde bu meslekle ilgili olarak, stajdan başlayarak, mesleğin sonuna kadar tüm konular bu Kurulun görev ve yetkisi içindedir.
- Savcının güvenceli olması noktasından hareketle, yukarıdaki yaklaşım savcılar için kendi Kurulunun görevlendirilmesi olarak düşünülmüştür.
- Avukatlık açısından temel nokta bir Yüksek Kurulun oluşturulmasıdır. Bu nedenle Türkiye Barolar Birliğinin yerini bu Kurul almaktadır; barolar varlıklarını korumaktadır. Kurulun gerek oluşumunda gerek görev ve yetkilendirilmesinde Adalet Bakanlığı ile vesayet bağı kesilmektedir.

Bu yapılanma, ülkemizin yaşadığı ve yaşamak istemediği sorunları aşmak için zorunludur ve tamamen orijinal bir sistemdir. Batıda örneği yoktur.

Şimdi, temel sorunun sorulması zamanıdır: Her fırsatta, yargıç bağımsızlığından, savcı güvencesinden, üstün nitelikli avukattan söz edenler, son örnekte yaşandığı gibi, yargının siyasallaştığından söz edenler, yargıçların bağımsız olduğunu, savcılarının güvenceli olduğunu, avukatların meslek onurlarının korunduğunu dile getirenler, var mısınız sorunu kökten çözmeye ?

Yoksa, yine yıllar yılı bize ülkede HSYK'ya rağmen yargıcın bağımsız olduğunu, savcının güvenceli olduğunu, TBB'nin yaptığı yönetmeliklerin Adalet Bakanlığı tarafından denetlendiği, TBB'nin çatısı altında verilen disiplin cezalarının Adalet Bakanlığının denetiminden geçtiği bir sistemi mi layık göreceksiniz?

Biz bunları istemiyoruz. O kadar istemiyoruz ki, son örnekteki düşünceleri ve açıklamaları bu ülke insanının hak etmediğini söylüyoruz.

Adalet hizmetinin çatısı altında görev yapanlar, siyasal iktidarlar (şimdikiler ve geçmiştekiler), siyasal partiler, milletvekilleri, bakanlar, bu öneriye kulak verin, elinizi taşın altına sokun lütfen.

Bu başarıyla tarihe geçin !

Bir Varmış, Bir Yokmuş

Bir varmış, bir yokmuş. Bir ülkede her şey ne kadar da güzelmiş. Her şey ne kadar da yerli yerindeymiş. Hiçbir aksaklık yokmuş, düzen kurulmuş, tıkr tıkr işliyormuş. İnsanlar mutluymuş, yüzleri gülüyormuş. İnsanlar yarınlarından emin, her türlü güvenceleri sağlanmışmış.

Örnek isteriz mi dediniz ? İşte size örnekler, hem de istemediğiniz kadar çok.

- ◇ Ülkenin yargıçları bağımsız, hiçbir ülkede olmadığı kadar. Kimse onlara emir ve talimat veremiyor, genelge gönderemiyor. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, anayasal konumuna uygun olarak işlemler yapıyor. Kurulun aldığı kararlarda ve yaptığı işlemlerde tam bir objektiflik egemen. Hak eden yargıç, hakkını alıyor, yükseliyor, alkışlanıyor. Kurul üyeleri Adalet Bakanlığından çıkan ve önlerine gelen atama ve yer değiştirme listelerini onaylamıyorlar. Adeta didik didik ederek inceliyorlar. Aynı il içindeki yer değiştirmelerle, her yargıç dosyalarından uzaklaştırılmıyor. Yargıçlar yalnız hukuka bağlılar. Hiçbir güç onlar üzerinde egemen olamıyor.
- ◇ Savcılarının hali de farksız. Savcılarının tam anlamıyla güvencesi var. Hizmette tek bir rehberleri var, o da yasalar. Zaten savcının bir başka tanımı da yasaların bekçisi olmak değil mi ? Savcının kamu adına açtığı dava nedeniyle kim hesap sorabilir ki ?
- ◇ Avukatları sorarsanız, hiçbir sorunları yok. Barolar Birliği ve barolar Adalet Bakanlığının vesayeti altında hiç değil. Birliğin yaptığı yönetmelikler Bakanlığın onayına tabi değil; verdiği disiplin cezaları da Bakanlığın onayına sunulmuyor. Birliğin verdiği avukat kimlikleri her yerde resmi kimlik olarak kabul görüyor. Avukat olabilmek için öngörülen sınav, bir gece yarısı operasyonu ile rafa kaldırılmıyor.
- ◇ Ülkede adalet sisteminin işlemesi için yeni arayışlara, adalet hizmetinin yeni bir kurumsal yapıya kavuşturmasına hiç mi hiç gerek yok.
- ◇ Ülkedeki eğitim hizmetleri kusursuz. İlk ve orta öğretimde sistem hiç değişmiyor yıllardır. Öğrenciler şaşkın değil. Üniversite eğitimi o kadar mükemmel ki, her öğrenci istediği dalda eğitim alma şansına sahip. YÖK ile Bakanlık ilişkileri istenilen düzeyde. Bakanlıktan çıkan ve laik eğitimi sarsan yönetmeliklere YÖK dava açma gereğini hiç duymuyor. Zaten YÖK'ün kurulmasıyla, üniversitelerde akademik kariyer de zirveye çıktığı için, en istenilen

koşullarda yetişen akademik personelin çokluğu karşısında, bir yandan vakıflar üniversiteler açarken, bir yandan da üniversiteler Anadolu'ya yayılıyor. Ne hoca sıkıntısı var, ne kitap. Bir hoca beş ayrı yerde dersten derse koşmuyor ? Oysa her şey güllük gülistan.

- ◇ Sağlık hizmetleri dünya düzeyinin tepelerinde. O kadar ki, yabancı ülkelerden hekimler yalvar yakar bu ülkeye gelmek istiyorlar. Devlet anayasal görevini bu alanda da eksiksiz yapıyor. Sağlık hizmeti özel sağlık kurumlarına bırakılmış değil. İnsanlar buralarda faturayı ödememekten ötürü rehin kalmıyorlar. Doğu illerinde çalışmak için hekimler birbirleri ile yarış içindeler. Yasalar bunun için çıkarılıyor. Yoksa, gençleri oralara zorla götürmek için değil.
- ◇ Ülke ekonomisi refah ekonomisi şarkıları söylüyor. Her malın ve hizmetin üç yıllık taksitlere yayılmasının, mal ya da hizmetin satılmadığı ile ilgisi yok. Maksat vatandaşa hizmet olsun. Mağazalardaki malların etiketleri yaz-boz tahtasını andırmıyor. Ülkede enflasyon düşüyor, yüzler gülüyor. Tek haneli enflasyon değerleri ışı ışı parlıyor. Vatandaş ben bu düşüşlerden nasibimi ne zaman alacağım diye hiç hayıflanmıyor. Üretim şaha kalkmış durumda. Sürekli sanayi ve tarımda yeni yatırımlar peşinde işadamları. Kimse parasını bankalara faiz için vermek istemiyor. Yabancılar borsa ile döviz piyasasıyla oyun oynamıyor. Değerlerin bir gün tavan yapması, ertesi gün tabana çakılması söz konusu bile değil.
- ◇ Bu ülkede spor denilince, akla futbol gelir diyenler, inanın nifak sokmak isteyen bir azınlık yalnızca. Oysa tüm spor dallarının birbirinden hiçbir farkı yok. Kuruluşu yüz yılı aşan iki kulüp, basketbol şubelerini yaşatmak için, isimlerinin önüne firma isimlerini spor olsun diye almışlar. Aslında onlar sponsor. Futbolda şike iddiaları, şiddet ve terör, hakem hataları adı altında yaşanan trajediler ayyuka çıkmışken, dış dünyaya açılan pencerede, oynanan bir milli maçta yaşananlar, ne yazık ki bu ülkenin tanıtımını kilometrelerce geri götürmüş.

- ◇ Basın ve medya dünyasında her şey tıkırında. Bu kuruluşlar büyük sermayenin kısılcığında değil. Her şey bireyin bilgi edinme, gerçekleri öğrenme hakkı ekseninde dönüyor. Basın ve medya, magazin kavramını da yerle bir etmiyor, bir avuç manken-şarkıcı-türkücü çarkında dönmüyor. Televizyonlarda gösterilen ve dizi başlığı ile sunulan programlar, ülke insanının bilgi dağarcığını zenginleştiriyor. İnsanları mutlu ediyor. Şiddet, şiddete çağrı, suç işlemeye özendirme, buralardan çok çok uzakta. Yasalara saygı o kadar egemen ki, yasa gereği verilmesi gereken trafik eğitimi, horozların uyanmasına yakın bir saatte programda yer bulmuyor.
- ◇ Siyasal iktidar, tek başına hükümet etmenin tadını çıkarıyor. Ülkenin parlamentosuna gelen tasarılar, kabul edenler-etmeyenler çarkında öğütülmüyor. AB sürecinde çıkarılan temel yasalar, yürürlüğe girmeden önce değiştirilmiyor. Bu yasalar o kadar hatasız ki, düzeltilmeye ihtiyaçları yok. Siyasal iktidar giderek yorulmuyor. Bu nedenle sertleşmiyor. Her olayda restleşmeler yaşanmıyor. Bunlar, ülkeyi yönetmeye talip olanlardan uzak şeyler. Siyasal iktidar ve hükümet eleştiriye sonuna kadar katlanıyor. Yer yer çok ağır ve haksız olsa bile.
- ◇ O ülkenin muhalefet cephesinde ne var ne yok, dediğinizi duyar gibiyim. Muhalefet, siyasal iktidarın ve hükümetin her söylediğine cevap veriyor. Muhalefetler sürekli yeni projeler üretiyorlar, ülkeyi yönetmeye talip olan bu siyasal partilerin üyeleri ve yöneticileri, ülkenin yönetiminin kendilerine verilmesi için başarıdan başarıya koşuyorlar. Demokratik düzenin vazgeçilmez unsurları olan partilerde, sürekli olarak, yeni kan, yeni yüz, yeni düşünce egemen.
- ◇ Yasama dokunulmazlığı, dokunulmazlıkların kaldırılması ile ilgili olarak ülkenin hiçbir sorunu yok. Milletvekilleri hakkındaki dosyalar en kısa sürede genel kurula getirilip, dokunulmazlığın kaldırılması süzgecinden geçiriliyor. Bu dosyaların sayısı bir elin parmaklarından az sayıda. Zaten

çoğu milletvekili ile ilgili yaşanan bir olayda, bu çarkın dönmesine gerek kalmaksızın, milletvekili bu görevinden istifa ediyor. Adalet mekanizmasının önünü açıyor.

Gökten üç elma düştü. Biri, yukarıdaki resmin içinde yer alanlara. Bir diğeri, bu masalı dinleyen ülke insanına, sonuncusu ise, alfabenin A ve B'sinde kalan ve saçlarına ak düşenlere.

Bu Nasıl Bir Toplum?

7 Kasım 2008 tarihli Cumhuriyet'te yer alan bazı başlıklar şöyle:

Üzmez'in tahliyesine itiraz reddedildi.

Almanya'da Akman'a dava.

Nezarethanede cinsel ilişki iddiası.

Gözaltına alınıp bırakıldı.

DTP'li başkan tutuklandı.

Cezaevlerinde kırmızı alarm.

Cezaevinde yine işkence iddiası.

Tekmeyle ölüm' de sanık polise tahliye.

Emniyette işkence savı AİHM yolunda.

Hayal'in ifadesi talimatla alınacak.

Baran Tursun davasının hâkimleri çekildi.

Cinsel istismara 22 yıl hapis.

Taciz kameralara yansıdı.

Eşine tecavüze 12 yıl istemi.

Zamanaşımı emsal olur.

Adil yargılama ihlal edildi.

Söyler misiniz biz nasıl bir toplum olduk? Her şeyimiz suç, ceza, soruşturma, yargılama, tutuklama, hüküm, cezaevi ekseninde dönüyor. Cumhuriyet gibi her olayı haber yaparken ince eleyip sık dokuyan bir gazete, yukarıda sıraladığım başlıklara bir gün içinde sayfalarında yer veriyorsa, bu toplumda huzurdan, sükûndan, rahattan, kamu düzeninden, yasa egemenliğinden, kamu otoritesinden kim söz edebilir ki. Durum onu gösteriyor ki, biz hastalıklı bir toplum olduk. Bir toplum ki, bu denli suçla, yargılamayla ve cezayla iç içe yaşıyorsa, bu topluma sağlıklı bir toplum denilemez.

Son yıllarda görülen, basın ve medyanın “adliye” ile bu denli ayrılmaz bütünlüğü toplumda şeffaflıkla, Türk insanının her şeyden haberli kılınması ve aydınlatılması ile açıklanabilir mi? Bence bu görüntü toplumun aydınlatılmasına önem verilmesinin dışında, suçla sarmaş dolaş olmuş bir toplumun görüntüsüdür.

Bunun nedenlerini araştırmak yükü öncelikle iki gruba düşer. İlki, bu toplumsal olguların sosyolojinin değerlendirme süzgecinden geçirilmesidir. İkinci grup, ülkemizde hiç de kolay bulunmayan kriminologlar olmalıdır. Onlar da suçun nedenlerine inmeli ve çözümleri üretmelidirler. Böyle bir çalışma yapıldığında, hastalığın nedenleri bulunabilecektir. Sonra, ikinci aşamada tedavi yöntemleri ve ilaçlar gündeme gelecektir. Bu aşamada hukukçuların da devreye girmesi ile ülke gerçeklerini gören hukuki çözümler üretilebilecektir.

Bu konularda dışarıdan Türkiye’ye ne de çok yol gösteren, akıl veren var. Son örnek: Greco (Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu). Avrupa Konseyi’ne bağlı olarak çalışan bu grup Türkiye için 2. raporunu hazırlamış ve önerilerini sıralamış. Başta gelenler, yargıçların ve savcılarının atanmaları yöntemi; ikincisi de dokunulmazlıkların kaldırılması. Dokunulmazlıklardan söz edilirken, yasama dokunulmazlığının yanı sıra kamu görevlilerinin görev suçlarında öngörülen izin sisteminin de düzeltilmesi isteniyor.

Bu konuda beni üzen nokta şudur: Ülkemizde yıllardır üzerinde durulan, çözümler önerilen konuları “dışarıdaki

hanımlar-beyler” önemli buluşlar gibi Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin önüne koyuyorlar. Oysa ülkemizde sorun, çözümü bilinen sorunların üstüne gidilmemekte olmasıdır. Siyasal iktidarlar hukukun egemenliğini ellerinde tutmak isterler. Özellikle yargı yetkisini elinde tutan yargıç ve savcıların atanmalarında ve öteki özlük işlerinde bağımsızlığın ve güvencenin nasıl sağlanacağı o kadar kolay ki, yeter ki istensin.

Dokunulmazlıklar ise başlı başına bir ülke gerçeği. Batı hukuklarından alınan ve anayasamıza yerleştirilen kavramlar, ülkenin sosyal gerçekleri ile **“şirazesinden”** çıkınca, **“bugün bana, yarın sana”** yaklaşımı ile kaldırılmayan dokunulmazlıklar için en iyi hukuk çözümlerini üretseniz ne olacak ki.

TBMM çatısı altında görev yapan bir milletvekilinin haykırarak benim dokunulmazlığımı kaldırın dediği bir ortamda, bunun gereği yapılmıyorsa, başka ne söylenebilir ki. **(Cumhuriyet, 13 Kasım 2008)**

Almanya’nın Kültür Başkenti: Freiburg im Breisgau

Almanya’nın Güney Batısında bulunan Freiburg im Breisgau Baden-Württemberg eyaletinin dördüncü büyük kentidir. Almandada “frei” yani serbest kelimesi ile “Burg” (kale) kelimelerinin karşılığı olan “Freiburg im Breisgau” adını alır. Kara Orman’ın batı yakasından Ren Ovası’na uzanan Freiburg, ılıman iklimi ile ünlüdür. Şehir, Basel’e (İsviçre) 60 kilometre Colmar’a (Fransa) 25 kilometre uzaklığındadır. Freiburg’dan Strasbourg’a karayolundan bir saatte ulaşabilirsiniz. Şehrin nüfusu 180 bin kişi.

Freiburg’un tarihçesi ile ilgili birkaç not: 1091’de Zaehringler bir kaleyi kuruyorlar. Bu kaleden gelişen belde 1120 yılında şehir hakkı elde ediyor. Sonra çeşitli sülalelere ait olan Freiburg 1386 yılında Habsburglulara (Avusturya) geçiyor. Ortaçağda kentin zenginliği Schwarzwald’daki gümüş madenlerinden kaynaklanıyor. 1457 yılında Albert-Ludwigs Üniversitesi kuruluyor. Yüzde 17’si dünyanın farklı ülkelerinden gelen yaklaşık 20 bin öğrenci, çok farklı yönleri olan Frei-

burg Üniversitesi'nde eğitim görmektedir. Üniversitenin tıp ve hukuk fakültelerinin ayrı bir ünü vardır.

Freiburg Kara Orman'ın bir yerleşim yeri olunca, iklimi de bundan nasibini alır elbette. Freiburg'da bir villanız varsa, burayı çimle kaplamışsanız, bahçe sulama zahmetine katlanmanız gerekmez, çünkü her gün bir kere yağan kısa süreli bir sağanak size bu hizmeti verir, hem de hiç karşılık beklemezsiniz.

Freiburg denince akla gelenler nelerdir? Elbette Schauinsland. Burası şehre çok yakın bir dağdır; kelime anlamı "manzaraya bak, seyret" olarak çevirebilirsiniz. Zümrüt gibi bir yeşilin içinden, kıvrıla kıvrıla tırmanan bir yoldan tepeye tırmanırsınız. Burada sizi yeşilin her türlü süsü karşılar. Çevrenizi seyretmeye doyamazsınız. Burada kurulu köy, köyün dik damlı evleri size cenneti anımsatır.

Burada yaşayanlar ölmez ki!

Bir gün üniversiteden arkadaşlarla Schauinsland'a çıktığımızda, bir muziplik yaptım. Bunu sizlerle paylaşmak isterim. Hemen yanı başımızda duran oldukça yaşlı bir Alman'a, "Bu köyde mezarlık var mı?" diye sormuştum. O soruyla karşılaşan bakışı ve gözleri unutmak mümkün olabilir mi? "Neden olmasın, her yerde olduğu gibi, burada da bir mezarlık var" demişti ve eliyle de işaret etmişti. Arkasından da hemen eklemişti, "Nereden aklınıza geldi böyle bir soru?" Ben soruyu sormuştum, bu tepkinin geleceğini tahmin edip cevabı da hazırlamıştım. "Burada yaşayanlar ölmezler ki, mezarlığa ihtiyaç olsun" dememle o Alman'ın katıla katıla gülmesi, senaryomun gerçekleşmesi adına çok sevindirmişti beni.

Freiburg'un yüksek bir yerleşim yeri olması, çevresindeki krater göllerinden de bellidir. Buralar birer turizm merkezidir. Hangi birini saymalı ki, Titisee, Schluchsee bunların en büyükleri. Buraların etrafında oteller, lokantalar, kafeteryalar, özellikle yörenin özelliklerini taşıyan hediyelik eşyanın satıldığı mağazalar... Oralara giderseniz, Trachten adı verilen otantik giysileri ve bunların donatılarını gördüğünüzde, kulaklarımı

çınlatın. Buralarda her şey o denli gösterişten ve abartıdan uzak ki. Bu tipik bir Alman tavrı sayılabilir bence. İşini tam anlamıyla dört dörtlük yapacaksın, fakat insanları hiç rahatsız etmeden, kimseyi tedirgin etmeden.

Şehrin içinden birkaç sözcük...

Şehrin içinden de birkaç sözcük etmeme izin verir misiniz? Şehrin merkezinde, artık ortak bir batı şehri uygulaması diyebiliriz, bir trafiğe kapalı bölge var. Burası elbette yayalara ayrılmış. İçinden salına salına tramvay geçer, bir de otobüs. Buranın çevresi dükkanlarla ve mağazalarla kaplı elbet, çünkü orası bir alışveriş merkezi. Alışverişin olduğu yerde insanların karnı da acıkacağına göre, çeşitli olanaklar içinde beslenme yerleri var. Buralarda hem bir soluk alırsınız, hem de dinlenirsiniz. Bu “yaya bölgelerini” karınca yuvalarına benzetirim. Karıncalar bir koşuşturma içinde işlerini yaparlar ya, işte insanlar da buralarda farklı değildir. **(Cumhuriyet, Turizm Eki, 25 Kasım 2009)**

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Açısından 5728 Sayılı Yasa

5728 sayılı Yasa 8 Şubat 2008 tarihinde yürürlüğe girdi. Yasanın 562. maddesi CMK'nın 231. Maddesini değiştirdi. CMK'nın 231. maddesinde 5560 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle, pozitif hukukumuza bir kurum getirilmişti : hükmün açıklanmasının geri bırakılması (hagb)

Bu kurumun özü şöyle özetlenebilir : Mahkeme, bir olayda yaptığı yargılama sonunda, sanığı suçlu bulmuştur, toplanan deliller sanığın mahkumiyetini gerektirmektedir. Ancak, mahkeme 231. maddeyi devreye sokarak, sanık hakkında hagb kararı verebilir. Bu karar bir mahkumiyet kararı değildir; mahkumiyeti askıya alan bir karardır. Ertelemeden temel farkı, ertelemede bir mahkumiyet kararı vardır. Fakat bunun infazı ertelenmektedir. Nitelikleri açısından yapılacak bir değerlendirmede, hagb erteleme oranla daha lehtedir, çünkü adli sicile işlenmez. Yasada açıklandığı üzere, bir başka arşivde saklanır. Ancak, böyle bir fail adli sicil açısından “temiz” bir kişidir.

5728 sayılı Yasa, hagd açısından önemli bir sonuç içermektedir. O sonuç şudur: Hagb'ye konu olabilecek olan ceza süresi 1 yıldan iki yıla çıkarılmıştır. Bu konuda bir nokta açıklanmalıdır: Bu süre, yargılama konusu olaydaki suç için yastada öngörülen ceza değildir. Bu ceza, sanık hakkında mahkemenin yargılama sonunda vereceği cezadır. Bu ceza en çok 2 yıl hapis olduğunda, hagd mümkün kılınmıştır. 231. maddenin 6. fıkrasında bu kurumun uygulanması için üç koşul öngörülmüştür (lütfen okuyunuz).

5728 sayılı Yasada yapılan değişikliğin bir başka açıdan ele alınması gerekir: Bu yeni hüküm, niteliği gereği suç faili için lehte bir ceza normudur ve uyarlama yargılamasına açıktır. Bu nedenle çeşitli olasılıklar açısından konuya bakmak uygun olur:

Mahkemenin derdest bir davada 5728 sayılı Yasanın yeni normunu, yasanın yürürlüğünden önce işlenmiş bir suçta uygulayacağı tabiidir.

5728 sayılı Yasanın yürürlüğünde önce hükme bağlanmış ve temyiz nedeniyle Yargıtay'da bulunan dosyalarda şu yolun izlenmesi, Türk yargılama hukukunun ve uygulamasının bir gereğidir. Yargıtay, 5728 kapsamındaki bir olayda, mahkemenin verdiği hükmü bozmalıdır; dosyayı esas mahkemesine göndermelidir. Esas mahkemesi, 231. maddede öngörülen koşullar çerçevesinde, hagd'yi değerlendirmek durumunda-
dır. Belirtmem gerekir ki, bu yargılamayı Yargıtay yapamaz, çünkü bu konuda esas mahkemesinin takdiri söz konusudur. Bu takdir, sanığı hagd'ye layık görmek/görmemek biçiminde sonuçlanacaktır.

5728 sayılı Yasanın yürürlüğünde önce hükme bağlanmış ve kesin hükümle sonuçlanmış olaylarda da uyarlama yargılması yapılmalıdır. Hagb'nin CMK'da yer alması, bu kurumun bir ceza normu içerdiğini ortadan kaldırmaz. Önemli olan, bir normun hukuki niteliğidir; yoksa hangi yastada yer aldığı değildir. Bu konuda sonuç açıktır: Hagb, bir suç failinin cezaevine girmesi/girmemesi konusudur. Bu niteliği ile de bir ceza

normudur ve TCK'nın 7/2 maddesi çerçevesinde uyarlama yargılamasına açıktır. Uygulamanın bu yolda işlemesi, hukuken bir gereğidir. Kesin hüküm oluşmuş olaylarda, mahkemeler uyarlama yargılamalarını yapacaklardır. Bunu savcılıklar resen isteyebileceği gibi, savunma tarafı da isteyebilir.

Yasalar Adalet İçin Değil Mi?

Bu soruya okurun vereceği cevabı elbette biliyorum. Acaba öyle mi?

Konumuz şudur: Adli para cezasının infazı, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak adli para cezasının infazı.

Önce kuralları hatırlamakta yarar var.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Kanununun (CİK) 106. maddesi, adli para cezasının infazı, başlığı altında şu ilkelere yer vermektedir:

1. Adli para cezası, Türk Ceza Kanununun 52. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.
2. Adli para cezasını içeren ilâm Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Cumhuriyet savcısı otuz gün içinde adli para cezasının ödenmesi için hükümlüye 20. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bir ödeme emri tebliğ eder.
3. Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir.
4. 5351 sayılı yasa değişikliğinden sonra, çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezası ile hapis cezasından çevrilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu cezalar hapse çevrilemez. Bu takdirde 106. maddenin 11. fıkrası uygulanır.

5. Adli para cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilâmında yazılı olmasa bile üçüncü fıkra hükmü Cumhuriyet Başsavcılığınca uygulanır.
6. Adli para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hükümle adli para cezalarına mahkûmiyet hâlinde bu süre beş yılı geçemez.
7. Hükümlü, hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır.
8. Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi saklı kalmak üzere, adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanamaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.
9. Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezalarının infazında, aynı maddenin altıncı ve yedinci fıkraları hükümleri saklıdır.

Türk Ceza Kanununun 50. Maddesi, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar, başlığı altında, şu ilkeleri benimsemiştir:

1. Kısa süreli hapis cezası, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezasıdır (TCK,m.49/2).
2. Suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; kısa süreli hapis cezası, adli para cezasına çevrilebilir.
3. Suç tanımında hapis cezası ile adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hâllerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adli para cezasına çevrilmez.
4. Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile, fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını dol-

durmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, adli para cezasına çevrilir.

5. Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası kısa süreli olmasa dahi; bu ceza, diğer koşulların varlığı hâlinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir hâlinde uygulanmaz.
6. Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir.
7. Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde, seçenek yaptırım olarak adli para cezası ödenmez veya hükümde öngörülen taksit koşuluna uyulmazsa, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhâl infaz edilir. Bu durumda, uygulamada asıl mahkûmiyet, çevrilen adli para cezası veya tedbirdir, hükmü uygulanmaz.
8. Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir.

Yukarıda, konuyu düzenleyen iki yasanın temel ilkelerini aktardım. Şimdi konuya girebiliriz.

Bu konuda iki sonucu belirtmek uygun olur.

1. TCK'nın 52. maddesi gereğince hükmedilen adli para cezası, yukarıdaki ilkeler çerçevesinde ödenmediğinde, hapse çevrilir. Hükümlünün bu hapis cezası infaz edilirken, adli para cezası ödenirse, hükümlü tahliye edilir ve infaz tamamlanır. Bu sonuç, CİK'in 106. maddesinin 8. fıkrasının getirdiği bir sonuçtur.
2. Sanık, kısa süreli hapis cezasına mahkûm edildiğinde, mahkemece bu ceza adli para cezasına çevrilebilir. Bu sonuç, TCK'nın 50. maddesinde öngörülmüştür. Mah-

kemenin bu yolu seçmesi, kısa süreli hapis cezalarında ya da taksirli suçlarda uzun süreli hapis cezalarında da, seçenek yaptırımların çağdaş yaklaşımda ceza yasalarına yerleştirilmesinin bir sonucudur. Aslında, seçenek yaptırımları, suçluya, cezasını cezaevinde çekmesinin getireceği olumsuz sonuçları ortadan kaldırmak için bir şans olarak mütalaa etmek uygun olur.

Bu yolla adli para cezasına hükmedildiğinde, adli para cezası ödenmediğinde, bu ceza da, TCK'nın 52. maddesi kapsamında hükmedilen adli para cezalarının hapse çevrilmesi gibi, hapse çevrilir. Bu işlemi, hükmü veren mahkeme yapar.

Bu konuda mahkemenin, hükümlünün hapse çevirme işleminden önceki ödeme/ödemelerini dikkate alması ve kalan cezayı hapse çevirmesi gerekir.

Bu noktada, inceleme konumuzu oluşturan iki değişik adli para cezasının, çevirme işleminden sonraki farkı ortaya çıkmaktadır. Daha önce de belirtmeye çalıştığım gibi, 52. maddeye göre hükmedilen adli para cezası hapse çevrilmiş, infaz başlamış olsa dahi, paranın sonradan ödenmesi infazı sona erdirir ve hükümlü tahliye edilir.

Aynı sonuç, seçenek yaptırım olarak hükmedilen adli para cezası için geçerli değildir. Bunun nedeni, TCK'nın 50. maddesinin bu konuda açık bir hüküm öngörmemiş olmasıdır. Türk uygulaması bu konuda kökleşmiştir.

Yazımın başlığı, yasalar adalet için değil mi, idi.

Bu iki sonuç nasıl açıklanabilir? Her iki yasanın gerekçelerinde bu konuda açıklık yoktur. Bu durumda hukuki sonucu yorum yoluyla çıkarmamız uygun olur.

Burada sorun, seçenek yaptırım olarak adli para cezasına bağlanan sonuçtur. Bu konuda, suçluya bir kez şans tanındığı ve hapsin adli para cezasına çevrildiği, bu şansını kullanamayan suçluya ikinci bir şans vermenin uygun olmayacağı ileri sürülmeli midir? Yoksa, adli para cezası ödendiğinde, çevir-

meden sonra da, aynen öteki varsayımda olduğu gibi, infaza son vermek mi, uygun çözümdür.

Tabii ki, adil çözüm, bu halde de seçenek yaptırım tercihi ni total bırakmamaktır. Hiçbir kişi, kendisini kişisel tercihi ile “dört duvar” arasına kapatmayacağına göre, bu varsayımda da, adli para cezasının ödenmemesi, bir mecburiyetten kaynaklanacaktır. Ayrıca günümüzde para cezalarının “eski” günlerdeki para cezası olmadıkları, önemli tutarlara ulaştığı düşünüldüğünde, sonucun adalete aykırı, fakat yasaya uygun olduğunu söylemek durumundayız.

Ne yapmak gerekir? Yasa koyucu, yasama boyutunda hatalarını sürekli düzeltmiyor mu ? Tabii ki düzeltiyor. Bu da düzeltilecek bir norm olarak görünüyor. Bu yolla bir adaletsizlik ortadan kaldırılmış olacaktır.

Basın Suçları Dünyasında Yeni Hukuk Düzeni

Giriş

Yukarıdaki başlıkla tutarlı olarak, basın suçları ile ilgili olarak kurulacak olan yeni hukuk düzeninde, bir milattan söz ederek konuya girmek uygun olur. Bu milat 31 Aralık 2008’dir.

Bu tarih bizi bazı yerlere götürür. İlk, 5252 sayılı Yasanın (TCK’nın Yürürlük Yasası) geçici 1. maddesi, TCK ile öteki yasalar arasındaki ilişkiyi düzenlemektedir. Buna göre, TCK’nın genel hükümleri öteki yasalar hakkında da uygulanacaktır. Bunun birinci şartı, öteki yasalardaki hükümlerin TCK’nın genel hükümlerine aykırı olmalarıdır. Bu durumda TCK’nın genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bunun için ikinci şart, öteki yasalardaki düzenlemelerin TCK’nın genel hükümlerine aykırı olmalarıdır.

İşte 5252 sayılı Yasanın geçici maddesi, 1 Aralık 2009 miladını öngörerek, bu aykırılığın ortadan kalkacağını, TCK’nın mutlaklık kazanarak tüm yasalar için geçerli olmasını perçinlemiştir. Bu konuda maddede bir husus daha yer almaktadır.

O da şudur: Yasa koyucu 1 Aralık 2009'a kadar TCK dışındaki yasalarda değişiklikler yapabilir. Bu olasılıkta, tabii ki bu değişiklikler uygulanacaktır. Yasa koyucu bu bağlamda 5728 sayılı Yasayı çıkarmış ve çok sayıda yasada yeni düzenlemeler getirmiştir. Bunun amacı, TCK ile öteki yasalar arasındaki uyumu sağlamaktır. Pozitif hukuk alanında bir tespit: Yasa koyucu basın suçları ve basın yoluyla işlenen suçlar için bir uyum yasası çıkarmamıştır. 5728 sayılı Yasada da bu yapılmamıştır.

Yazının konusu basın suçları olunca, bu noktadan başlayarak o alanla ilgili açıklamalar ve değerlendirmeler yapmak uygun olur.

1. Basın Yasasındaki para cezaları

5187 sayılı Basın Yasası bazı suçlar için ağır para cezaları öngörmüştür. TCK'nın genel hükümleri arasında yer alan para cezaları için ülkemizdeki sistem temelden değişmiştir. Buna göre, TCK'nın yürürlüğü ile birlikte para cezaları adli para cezasıdır. Bu ceza batıda gün para cezası olarak da adlandırılmaktadır, çünkü suç karşılığı öngörülen para cezası gün temeline dayanmaktadır (bkz. Yurtcan, Yeni TCK ve Yorumu, 2. Bası).

Bu durum karşısında Basın Yasasındaki ağır para cezalarını adli para cezasına dönüştürmek şarttır. Bu konu 5252 sayılı Yasanın 5. maddesinde yer almaktadır. Maddenin temel ilkeleri şöyle özetlenebilir:

- Yasalarda yer alan ağır para cezaları adli para cezasına dönüştürülmüştür.
- TCK dışındaki yasalarda, TCK'da belirlenen cezalar sistemine uygun değişiklikler yapıncaya kadar, alt ve üst sınır olarak belirlenen cezalarda, adli para cezasının alt sınırı 450 milyon lira (son tahlilde: 450 lira), üst sınırı ise yüz milyar lira (son tahlilde: yüz bin lira) olarak uygulanacaktır.
- İlginç olan nokta, 5728 sayılı Yasa birçok özel yasada düzenlemeler yaparken, Basın Yasasında yeni bir düzenleme getirmemiştir.

Bu temel ilkeler çerçevesinde, Basın Yasasındaki para cezalarının adı adli para cezası olarak değişecek ve yukarıdaki skala içinde uygulanacaktır. Belirtmem gerekir ki, bu skala bağlayıcıdır; cezanın altına inmek mümkün olmadığı gibi, üstüne çıkmak da mümkün değildir.

Para cezalarından söz edilen bölümde son olarak Basın Yasasının 28. maddesinin içeriğinin ve yeni düzendeki sonuçlarını da belirtmek uygun olur. 28. madde, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevirme yasağı başlığı altında, "18 inci ve 22 nci maddelerdeki suçlar dışında bu Kanunda öngörülen suçlar için hükmedilen para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezaya çevrilemez." hükmünü içermektedir. Türk sisteminde ödenmeyen para cezalarının hapse çevrilmesi yöntemi uygulanmaktadır. Yeni TCK da bu konuda değişiklik yapmamıştır (TCK, 52/4).

Belirtmem gerekir ki, 1 Ocak 2009'dan başlayarak 28. maddede yer alan istisna uygulanma olanağını kaybetmiştir, çünkü basın yoluyla işlenen suçlardan dolayı da TCK'nın 52/4. maddesi uygulanacaktır ve para cezaları hapse çevrilecektir. Önceki düzende istisna edilen 18 ve 22. Maddelerle öteki suçlar arasındaki fark da ortadan kalkmıştır.

2. Basın yoluyla işlenen suçlarda ceza sorumluluğu

Konuya açıklık getirmek bakımından, ilkin Basın Yasasının ceza sorumluluğunu düzenleyen maddesi belirtilmelidir:

Cezai sorumluluk

MADDE 11. - Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur.

Sürelî yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.

Sürelî yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin

hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.

Yukarıdaki hükümler, süreli yayınlar ve süresiz yayınlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayınlar hakkında da uygulanır.”

Bu hüküm 1 Ocak 2009’ dan başlayarak ne gibi değişiklikler gösterecektir?

Bu soruya cevap verirken, aşağıdaki hususları dikkate almak uygun olacaktır:

1. Basın Yasası, basın yoluyla işlenen suçlar için, bu suçların nitelik ve özelliklerini göz önünde bulundurarak, yukarıdaki maddedeki sistemi kurmuştur.
2. TCK’nın yürürlüğe girmesi ile, yukarıda sözünü ettiğim ilke çerçevesinde, TCK’nın genel hükümleri basın yoluyla işlenen suçlarda da uygulanmak zorundadır.
3. Ceza sorumluluğu ve iştirak halinde suç ceza hukukunun genel hükümleri içinde yer alır. Bu nedenle de TCK’da bunlara genel hükümler içinde yer vermiştir.
4. TCK’nın ceza sorumluluğu için getirdiği sistemin satırbaşları bellidir. Bu sorumluluk, suç oluşturan hareketleri yap-

mak temeline dayanır. Bunlar, çok kalın çizgileri ile, kasten ya da taksirle gerçekleştirilen hareketlerdir.

5. İştirak halinde bir suçun işlenmesinde yeni TCK önceki TCK'nın sistemini temelden değiştirmiştir. Bu olasılıktaki faillik önceden asli-feri faillik ayırımı içinde ele alınırken, yeni TCK faillik, azmettirme ve yardım etme kavramlarına dayanan bir sistem oluşturmuştur.
6. Bu kavramlar basın yoluyla işlenen suçlara uygulanacak olduğunda, Basın Yasasının 11. Maddesinde düzenlenen ceza sorumluluğunun askıya alınmak zorunda olduğu sonucu ortaya çıkar. Bunun nedeni, TCK'nın yukarıda belirttiğim tüm yasalar için öngördüğü sisteme dayanmaktadır. Bu sistem de 1 Ocak 2009 tarihinden başlayarak uygulanmak zorunda olduğuna göre, 11. madde gücünü kaybetmektedir.
7. Bu yeni sistemin uygulanması ile basın yoluyla işlenen suçlarda da TCK'nın öngördüğü subjektif ceza sorumluluğu sistemi egemen olacaktır.
8. Bu sistem, belirtmem gerekir ki, basın yoluyla işlenen suçlardaki ceza sorumluluğunda temel değişiklikler yapacaktır.
9. İlk çarpıcı sonuç, sorumlu müdürün her olayda şüpheli/sanık durumuna girmesidir. Bunun böyle olup olmayacağı, bundan böyle yapılan hazırlık soruşturmasında toplanan delillere ve olayın dayandığı olgulara göre değerlendirilecektir; aynen öteki suçların soruşturmasında olduğu gibi. Terim bağışlanırsa, sorumlu müdürün "otomatik şüpheli/sanık" statüsü ortadan kalkmıştır.

Sonuç olarak, basın yoluyla işlenen suçlarda yeni ufuklara yelken açılacaktır.

Ceza Genel Kurulu Kararı çerçevesinde TCK'nın 312/2. maddesi üzerine birkaç not

Kısa süre önce, konusu 312/2. maddeye aykırılık olan bir dosya CGK'da karar bağlandı. Tek oy farkla, fiilin suç oluşturmadığının açıklandığı karar, hukuk dünyasını aşarak ka-

muoyunda da fırtınalar kopmasına neden oldu. Bunda haklılık payı vardı, çünkü ifade özgürlüğü ile bir suçta tahrik türü olan 312/2. maddenin temelden tartışılması söz konusuydu.

Bu konu CGK'ya Başsavcılığın İtirazı yoluyla geldi. Bu yol CMUK'da öngörüldüğüne göre, tabii ki uygulanacaktır. Ancak, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı, onama istenen dosyalarda, bu yolu çalıştırmamaktır. Kararda açıklandığı üzere, onama kararı Dairede oybirliğiyle verilmediği için, bu yola gidilmesi uygun bulunmuştur. Bunun başka dosyalar için de iyi bir örnek olarak dikkate alınmasını beklemek, yapılan çok büyük sayıdaki Başsavcılığın İtirazı başvurusunun bundan böyle reddedilmeyeceğini ummak hakkımız olsa gerektir.

Konunun özüne gelince, bu yazının ölçüsünü aşmadan birkaç noktayı belirtmek isterim.

Yargılamaya konu yazının içeriği, Güncel Hukuk Dergisi'nin bundan önceki sayısında sevgili Bayraktar ve İlkiz tarafından aktarılmıştı. Tekrar etmiyorum. Ancak, yazıyla ilgili ilk tespitim şudur : Bu yazı tipik yürürlükten kaldırılan 163/2 şablonuna uyan bir yazıdır. Yazının içeriği bu maddenin yasakladığı bir fiildir. 163. madde yürürlükten kaldırıldığı için, şanslıdır. Laiklik kavramının ceza normu ile korunmasının gerekli olmadığı düşüncesinin bir yansıması olarak, Devlet, suç ve ceza politikası yönünden, bu maddeye ihtiyaç olmadığı sonucunu ortaya koymuştur. Bu sonuç, laiklik kavramının bugün sağlam temeller üzerinde durduğunun göstergesidir.

O günlerde, TCK'nın 141-142 ve 163. maddesinin yürürlükten kaldırılması gündeme geldiğinde, 163. maddenin kaldırmayacağı ileri sürülmüştü. Fakat bu sonuç benimsenmemiştir. Bu bağlamda, bir noktaya açıklık getirmek faydalıdır: 163. madde laikliği korumak için sevk edilmişken, 312/2. madde için aynı şey söylenemez.

Yazı 312/2. madde açısından ele alındığında, ifade özgürlüğü ile, bu özgürlüğü aşarak işlenen suçta tahrik fiillerinin, ceza hukuku için bir bıçaksırtı olduğunu elbette her hukukçu ve her

aydın biliyor. O kadar biliyor ki, bu maddenin yazımı sürekli değiştiriliyor. Bu sonuç, 1 Nisanda 2005'de yürürlüğe girecek olan yeni TCK için de geçerlidir.

312/2. maddenin unsurlarını tekrara bence gerek yoktur. Belki, suçun niteliğini belirtmek konunun odak noktası olduğu için gereklidir. Tehlike suçu, tehlike olasılığı üzerine oturur. Bu ne demektir? 312/2. maddede, bu tehlike, kamu düzenini bozma tehlikesidir. Toplumun bir vazgeçilmezi olan kamu düzeninin bozulması tehlikesi yaratılmışsa, bu fiil bir suça tahrik yoluyla gerçekleştirilmişse, bu da halkın temel değer yargıları olan, ırk, din, mezhep v.b. temeline dayanmışsa, suç ve ceza politikası yönünden devletin bu alana el atıp, bu fiili suç sayması şaşırtıcı değildir.

Toplumun değer yargıları deyince, bunun her toplum için farklılıklar gösterdiğini belirtmek uygun olur. Bizim 312. maddenin paralelini oluşturan, Alman Ceza Yasasınının 130/2. maddesinde, nasyonal sosyalist rejim tarafından işlenmiş fiilleri, toplumsal barışı bozmaya elverişli bir şekilde, alenen veya bir toplantıda onaylamak, yalanlamak ya da zorunlu bir eylem gibi göstermek, ağır bir cürüm sayılmıştır. Bu nedenle, 312/2. maddede yer alan ve yukarıya aktardığım kavramlar, ülkemiz yönünden önemli kavramlardır. Bu konuda hüküm verecek olan mahkemelerin, bu noktayı dikkate alarak, kamu düzeninin bozulması tehlikesinin varlığı/yokluğu sonucunu belirlemesi gerekir. Bir başka ülkede, karara konu olan yazıda ele alınan dini değerlerle ilgili düşünceler önem taşımayabilir, fakat ülkemiz için böyle düşünmek bence uygun değildir.

Bir sonucu ifade etmeye çalışıyorum: 312/2. maddenin temelini oluşturan, işlenen fiille tehlike yaratmak, bunun kamu düzeninin bozulması tehlikesi olması, bu tür fiillerde tahrik unsurunun aranması, bunun da maddede sayılan değerlere ilişkin olması, bence Türk yargıcınının 312/2. maddedeki suç ile ifade özgürlüğü kapsamında kalan fiilleri ayırmakta kullanacağı ölçülerdir. Bunlar objektiftir ve sağlam gerekçelere dayandırılabilir.

Bu bakış açısı ile, yeni TCK'nın 216. maddesine yerleştirilen, açık ve yakın tehlike kavramı, yukarıdaki sonuçları değiştirecek bir etken değildir.

Yargıtay 8. CD'nin kararlarında, kamu düzeni için tehlikelik unsurunu, "açık ve yakın tehlike olarak ifade edip, şiddeti çağrıştırıp, cebir ve şiddet uygulanmasını öneren, hedef alan tahrik" olarak belirtmesi(bkz.CGK kararı), bence her olaya uygulanması gereken bir kriter değildir. Cebir ve şiddet önermeksizin de 312/2. maddedeki tahrik gerçekleşebilir. Bu tahrik, cebir ve şiddet temeline dayanıyorsa, "evleyiyet" kriteriyle, bu unsurun oluştuğu sonucuna varılır. Ancak, bu dereceye varmaksızın da tahrik gerçekleşebilir. Bu nitelikte bir sınırlama, bazı fiillerin cezasız kalması sonucunu doğurur. Önemli olan tahrikin varlığı/yokluğudur. Tahrik kavramının içinde cebir ve şiddetin mutlak varlığının söz konusu olduğunu sanmıyorum.

Örnek olarak TCK'nın 311. maddesi üzerinde durabiliriz. Bu madde, TCK sisteminde genel suça tahriki cezalandıran normdur. Bir suça tahrik, mutlaka cebir ve şiddet içermek zorunda değildir. Önemli olan tahrikin varlığı/yokluğudur.

İfade özgürlüğü ile suça tahrik kavramı karşılıklı geldiğinde, cebir ve şiddetin öne çıkarılması, konuyu ifade özgürlüğü temelinden uzaklaştırmak için bir yoldur. Bunda haklılık vardır. Ancak tekrar vurgulamak isterim ki, cebir ve şiddet içermeksizin de ifade özgürlüğünün aşılması ve 311 ya da 312. maddenin ihlali söz konusu olabilecektir. Bu konudaki temeller, bu maddede öngörülen öteki unsurlar çerçevesinde değerlendirilmelidir.

(Güncel Hukuk Dergisi)

“Ceza Muhakemesi Kanununun 3 yılı” Sempozyumu (TCHD) (21-22 Haziran 2008)

CMK'nın Temel Yapısı-Tercihler-Beklentiler

Giriş

2571 sayılı CMK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdi. Yasa 3 yılını tamamladı. Bu sempozyumda yasa her yönüyle değerlendirilecektir.

TCHD bünyesinde yapılan işbölümü çerçevesinde, başlıkta yer alan sınırlar içinde bazı konuları ele alacağım. Bildirimde, mümkün olduğunca, kuşbakışı bir resim çizmeye çalışacağım. Amacım öteki bildirilerin alanına girmemektir.

CMK'nın Temel Yapısı

Bu konuda ilk altı çizilmesi gereken nokta şudur: Bu yasa, yargılamanın “norm” boyutuna yenilikler getirmek için hazırlanmıştır. Bu en ideal ölçülerde başarılısa dahi, acaba Türk ceza adaleti sistemi istenilen düzeye erişebilecek midir? Bu soruya cevap ararken, ülkemizde sorunlar yumağının çok karmaşık olduğu, adaletin hizmetinde “personel” ve “donatım” konusunda büyük eksiklik ve aksaklıkların bulunduğu, bu nedenle konunun “tümünü” kucaklayan bir reformun gerektiği hatırlanmak gerekir.

CMK yeni bir yasa değildir. Yasama tekniği açısından yeni bir yasa olsa da, içeriği açısından yeni bir yasa olduğu söylenebilir. CMK, CMUK'nın gözden geçirilmiş halidir. Yeni Yasada temel bir yaklaşım değişikliği yoktur; önceki sistem korunmaktadır; düzeltmeler yapılmıştır.

Bu noktada sorulması gereken soru şudur : Ülkemizde ceza adaletinin sağlanması amacı çerçevesinde temel yasa olan CMK yapılırken, önceki Kara Avrupası sistemi terk edilerek, Anglo-sakson-Anglo-amerikan sistemine geçilebilir miydi ?

Bu temel bir tercihtir. Bu tercihin yapılmasında, ülkemizde 1929 yılından bu yana uygulanan sistemin artışı ve eksisi ile iyi bir süzgeçten geçirilmesi temeli oluşturmalıydı. Fakat, AB'ye giriş sürecinde müzakere tarihi alma peşinde koşulan bir ortamda, bu tercihin yapılmasını beklemek elbette mümkün olamazdı; zaten olmadı da. Bu tür temel değişikliklerin uzun zaman dilimleri içinde yapılacak hazırlıklarla, tartışmalarla mümkün olabileceği bilinmektedir.

CMK'da, benzetme bağışlanırsa, uzaya gönderilen uydularda gerektiğinde yapılan yörüngeye oturtma işlemleri yapılmak istenmiştir. Bunun başarılı olduğunu söylemek güçtür. O kadar ki, yeni bir Yasa yapılıyor gösterisi içinde, Türk ceza yargılamasının CMUK'da yer alan ve uygulanmış olan temel kavramları terk edilerek, yerlerine yenileri konulmaya çalışılmıştır. Buna başarılı olunmamıştır. Örnek: Gıyabi tutuklamanın kaldırılması, daha doğrusu kaldırılamaması, terimin yakalama emri olarak değiştirilmesi; büyük kargaşa yaratılması.

CMK'nın tercihleri

Bunları, Yasanın sistematik taramasını yaparak, şöyle sıralamak mümkündür :

- 1. Yargılamanın yenilenmesinde yasaklı yargıç :** Yargılamanın yenilenmesi halinde, önceki yargılamada görev yapan yargıç, aynı işte görev alamayacaktır(m.23/3). CMK, yargılamanın yenilenmesinin önceki hükmü veren mahkemede yapılmasını öngörmektedir. Yasada yer alan bu yasaklılık ikinci yargılamada objektifliği sağlamak açısından önemlidir; uygun bir normdur. Küçük bir eleştiri : Maddede yer alan, "yargılamanın yenilenmesi halinde" ibaresi yerine, "yargılamanın yenilenmesi istendiğinde" denilmeliydi.
- 2. Tanık koruma (m.58) :** Örgütlü suçların toplumları tehdit ve baskı altına aldığı gerçeği karşısında, tanıkların korunmasının yeni yasada düzenlenmesi kaçınılmaz bir sonuçtur. Kanımca, maddenin beşinci fıkrası en önemli düzenlemedir. Bu hüküm, tanığın korunmasını örgütlü suçlarda

mümkün kılmaktadır. Örgütlü suç, yeni TCK'nın 6/j maddesindeki tanım ve ayrıca değişik suçların örgütlü olarak işlenmesi halleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bu durumlarda tanıkların korunması kaçınılmazdır. Ancak, korumanın ve maddede sayılan tehlikelerin örgütlü suç dışında da mümkün olması gerekirdi. Bu konuda en azından takdir yetkisi öngörülebilirdi.

Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları birlikte ele alındığında, şu açıklamalar yapılmalıdır :

İkinci fıkrada, tanığın kimliğinin ortaya çıkması halinde tehlike söz konusu olsa da, tanık, ceza yargılamasının mekanizması içinde tanıklığını yapacaktır. Sözgelimi, açık yapılan bir duruşmada bu tanık tarafların ve dinleyicilerin huzurunda dinlenecektir.

Üçüncü fıkrada ise, tanığın hazır bulunanların önünde dinlenmesinde tehlike varsa, bu durumda gizli dinleme yapılacaktır. Bu beyan ses ve görüntü yoluyla kaydedilecektir. Bu tür bir tanık dinlemede, yargılamanın tarafları soru sorma haklarını kullanacaklardır. Bu soru sorma, dinleme sırasında bu süjeler hazır olmadıklarına göre, sonra kullanılacaktır.

Kanımca, maddenin temeli dikkate alındığında, yargılamada gerçek aranırken ve bir delil kaynağı olan tanık dinlenirken, tanığın korunması kavramı gündeme gelmektedir. Bu bağlamda değişik amaçların dengelenmesi kaçınılmazdır. Tanık korunurken, gerek kendisinin gerek yakınlarının tehlikeden arındırılmaları büyük önem taşır.

Bu nedenlerle, kanımca maddenin ikinci fıkrasının maddeden çıkarılması gerekir. Bu tür bir dinleme gizli yapılmak zorundadır. Açık bir yargılamada tanık fizik olarak ortaya çıkarıldıktan sonra, onun korunması mümkün olmayacaktır.

Yasama tekniği yönünden, ikinci fıkrada tanığın kendisi ve yakınları açısından tehlikenin söz konusu olması, üçüncü fıkrada ise, tanığın yalnızca kendisi için tehlikeden söz edilmesi hatalıdır. Doğru çözüm: İkinci fıkradaki düzenleme.

Tanığın yapacağı açıklamalar yargılamanın tarafları için her zaman istendiği biçimde olmayabilir. Bunun için tanığın korunması gerekir. Gerekli önlemleri aldırma görevi başkana aittir. Çünkü duruşmayı yöneten mahkeme başkanıdır (m.198).

Yeni yasanın tanığın korunması için getirdiği ayrıntılı kurallar bu konuya verilen önemin bir göstergesidir.

Özellikle Terörle Mücadele Yasasının 20 nci maddesi dikkate alınmalıdır. Yasanın hükmü şöyledir : “Terör ve anarşi ile mücadelede görev veren veya bu görevi ifa eden adli, istihbari, idari ve askeri görevliler, zabıta amir ve memurları, Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürü ve Genel Müdür Yardımcıları, terör suçlarının muhafaza edildiği ceza ve tutukevlerinin savcılar ve müdürleri, Devlet Güvenlik Mahkemeleri hakim ve savcılar ile bu görevlerinden ayrılmış olanlar ve terör örgütlerinin açık hedefi haline gelen veya getirilenler ile suçların aydınlatılmasında yardımcı olan tanık ve ihbarcılar hakkında gerekli koruma tedbirleri Devlet tarafından alınır.

(Değişik: 10/3/1993-3871/1 md.) Bu koruma tedbirleri; talep halinde estetik cerrahi yoluyla fizyolojik görünümün değiştirilmesi dahil, nüfus kayda, ehliyet, evlenme cüzdanı, diploma ve benzeri belgelerin değiştirilmesi, askerlik işleminin düzenlenmesi, menkul ve gayrimenkul mal varlıklarıyla ilgili hakları, sosyal güvenlik ve diğer hakların korunması gibi hususlarda düzenleme yapılır. Korumaya alınmış emekli personelden, meskende korunmaları mutlak surette zorunlu bulunanlar; görev yaptıkları Bakanlık veya Kamu Kurum ve Kuruluşlarına ait konutlardan Maliye ve Gümrük Bakanlığınca rayiç kiralar dikkate alınarak tespit olunacak kira bedeli ile kiralama esaslarına göre yararlandırılır.

Bu tedbirlerin uygulanmasında, İçişleri Bakanlığı ile ilgili diğer kurum ve kuruluşlar gerekli her türlü gizlilik kurallarına uymak zorundadırlar.

Koruma tedbirleriyle ilgili esas ve usuller Başbakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelik ile belirlenir.

Yukarıda sayılanlardan kamu görevlileri, görevlerinden ayrılmış olsalar dahi terör suçluları tarafından kendilerine veya eş ve çocuklarının canına vuku bulan bir taarruzu savmak için silah kullanmaya yetkilidirler.”

Tanık koruma konusunda en sağlıklı değerlendirme, Tanık Koruma Kanunu hükümleri incelenerek yapılabilir(kanun no. : 5726, Kabul : 27.12.2007, RG : 5.1.2008, yürürlük : 7.7.2008 (yasanın 26. Maddesi gereğince).

3. Bilirkişilik konusunda il adli yargı adalet komisyonlarının liste düzenlemesi ve atamaların öncelikle bu listeden yapılması bir yeniliktir (m.64). Bilirkişi atamalarına bir düzen getirmek amaçlanmıştır.
4. Uzman mütalaasının CMK'da düzenlenmesi ve bilirkişi mütalaası ile eş değer kılınması olumlu bir adımdır (m.67).
5. Şüpheli veya sanığın ya da diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması (m.75, 76), kadının muayenesi(m.77), moleküler genetik incelemeler (m.78), fizik kimliğin tespiti (m.81), CMK'da yer alması gereken kavramlardır.
6. Tutuklamanın mümkün sayıldığı suçların sayılması (m.100) hatalıdır; tutuklamanın ihtiyarılığı ilkesini ortadan kaldıracak niteliktedir.
7. Tutuklamanın süreye bağlanması olumludur (m.102). Ancak CMK'nın 252/son maddesi ile CMK'nın Uygulama Yasası olan 5320 sayılı yasanın 12. Maddesi ile tutuklulukta geçen süre hükümlerinin yürürlüğe girmesinin 31.12.2008 tarihine kadar uzatılmış olması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu konuyu CMK'nın öngördüğü özel ağır ceza mahkemelerini incelerken tekrar ele alacağım.
8. **Adli kontrol kurumu (m.109)** tutuklamanın ağır sonuçlarını ortadan kaldırma amacı taşımaktadır. Uygulama bu kuruma uyum aşamasındadır. En kısa sürede öne çıkması uygun olacaktır.

9. İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (m.135) :

Bu konuda şu hususların belirtilmesi uygun olur.

“Haberleşme araçlarının dinlemeye alınması” kavramı bugün elkoyma içinde mütalaa edilen bir kavramdır. Haberleşme olanaklarının hızla yayıldığı bir dönemde, yabancı ülke yasalarında bu yönde düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Bu düzenlemelerde teknik gelişmeler karşısında haberleşme araçları arasına katılan bütün araçlar aynı kapsamda mütalaa edilmektedir. Bu çerçevede telefon, teleks, telefaks, telsiz yoluyla haberleşmeler, elkoymanın bu türüne konu olabilecektir.

Haberleşme araçları, bir olayın yargılanması ile ilgili delil kaynağı olmak niteliğini taşıdığı anda, ceza yargılaması alanında bunlardan faydalanılacaktır. Ancak bu noktada öteki yargılama önlemlerinde olduğu gibi, elkoymanın bu türünde dahi, gerçeğin ortaya çıkarılması ile kişiye tanınan hak ve özgürlüklerin birlikte mütalaa edilmesi ve bu çerçevede bir değerlendirilmenin yapılması gerekecektir.

Maddedeki en önemli nokta, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette failin belirlenememesi veya delil elde etme imkanının bulunmaması halinde, maddenin uygulanmasının mümkün olmasıdır. Madde bu niteliğiyle, yedek bir normdur. Delillere ve sanıklara başka yol ve yöntemlerle ulaşılabildiğinde, bu madde uygulanamaz.

Somut bir olayda yapılan yargılamada, başka yol ve yöntemlerle, yukarıda sıraladığım sonuçlara ulaşıldığı ya da ulaşılabilecek olduğu ortaya konulduğunda, bu madde uygulanarak elde edilen tüm sonuçlar hukuken geçersiz olur. Bunlar, hukuka aykırı olarak elde edilen deliller olarak kabul edilmek gerekir. Bunlar yargılamada kullanılamaz. Bu önlem, niteliği yönünden haberleşme özgürlüğüne getirilen ağır bir sınırlamadır. Bu nedenle çok hassas uygulanmak zorundadır. Bu hükmün de yedeklik niteliği dikkatten kaçırılmamalıdır.

Maddede, önlemin uygulanmasının ancak sayılan suçlarda mümkün olması, belirttiğim hususların göz önünde bulun-

durulmasının sonucudur. Böyle bir listenin yasada yer alması bence uygun bir çözümdür.

Uygulama yönünden bir nokta ön plana çıkacaktır : Ceza yargılamasının temel bir niteliği, yargılama mekanizmasının önce bir noktadan hareketle işe başlaması, yasa çerçevesinde işleyen süreçte konunun biçimlenmesidir. Durum böyle olunca, olayın akışı içinde, gerek suçlanacak kişiler, bunlara yapılacak suçlamalar ve elde edilen deliller değişebilecektir. Bu değişme, kesin olarak uygulanacak normlara ve sonuçlara yansıtacaktır.

Bu düşüncelere yer vermemin nedeni şudur : Maddeye konu olan önlemin uygulanması için, ilk adımda 135. maddede sayılan suçların(5353 sayılı yasa ile bazı suçların eklendiği de dikkate alınarak) söz konusu olması şarttır. Bu nedenle, bu konuda karar verecek ve uygulayacak olanlar, bu suçlara ilişkin ipuçlarına sahip olmak zorundadırlar. İkinci adımda, maddede açıklandığı gibi, başka yol ve yöntemlerle delillere ve sanıklara ulaşılmadığı takdirde, dinleme devreye sokulmak durumundadır.

Bu konuda dikkatten kaçırılmaması gereken bence en önemli nokta şudur : Dinleme uygulandığında, elde edilen verilere ve delillere göre, 135. maddede yer alan suçların söz konusu olmadığı anlaşıldığında, iki şey yapılmak gerekir. İlkin, bu kayıtlar 137. madde çerçevesinde yok edilir. İkinci olarak bu deliller, 135. madde kapsamında yer almayan bir olayın yargılamasında kullanılamaz, çünkü hukuka aykırı yolla edilmiş bir delil söz konusudur. Türk hukukunun anayasal bir ilke(AY,m.38) durumuna getirdiği bu sonuç, bu delilin yargılamada kullanılmasına ve hükme esas alınmasına engeldir.

10. Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (m.139) : Bu hüküm, soruşturma konusu suçun işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka surette delil elde edilememesi halinde uygulanabilir. Bu iki nokta önem taşımaktadır. İlkin, yasa koyucu kuvvetli suç şüphesinin aranacağını belirtmektedir. Bu nedenle basit bir şüphe, bu

hükme göre işlem yapılmasına hak vermez. Şüphenin derecesi, bu yolla elde edilen delilin gücüne göre değerlendirilecektir. İkinci husus, gizli soruşturmacı görevlendirme yöntemi, tali bir nitelik taşır. Bunun anlamı şudur : Başka yollarla suça ve delillerine ulaşmak mümkün olmadığında, bu maddedeki olanaktan yararlanmak mümkün olabilir.

Bu yöntemle ilgili olarak belirtmem gerekir ki, başka ülkelerin de ceza yargılaması yasalarında yer alan, tali yol olma kavramı, uygulamada sıkı bir biçimde denetlemeye tabi tutulmalıdır. Yasa koyucunun böyle bir kavramı yasaya koymasının anlamı olmak gerekir. Yoksa, bu kavram bir boş kalıp olarak kalabilir.

Bir olayda savcılık gizli görevlinin çalışması sonucu delillere ulaştığında ve bunları yargılamada kullanmak istediğinde, bu yola başvurmanın bir zorunluluktan kaynaklandığını ispatlamak zorundadır. Aksi takdirde bu deliller yargılamada kullanılamaz; kullanıldığı takdirde hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delilin yargılamada kullanılması anlamını taşır.

Maddenin 4 üncü fıkrası önemlidir, çünkü bu yöntem ancak örgütlü suçlarda uygulanabilir. Maddenin metni bu sonucu açık olarak ortaya koymaktadır. Örgüt konusunda TCK'nın 6 ncı maddesindeki tanım dikkate alınmalıdır.

5 inci fıkrada yer alan hükme göre, soruşturmacı, görevini yerine getirirken suç işleyemez ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamaz. Bu hükümde iki sonuç öngörülmüştür. Birincisi, gizli görevli suç işleyemez, denilmektedir. Görevli, kendisine yüklenen görevin gereği olarak, örgütün içine sızmak ve örgütün suçlarını ve delillerini ortaya çıkarmak zorundadır. Bu rolü, kendisinin suç işlemesi sonucunu doğurmamalıdır. İkincisi, gizli görevli örgütün işlediği suçlardan sorumlu tutulmayacaktır. Bu sonucu anlamak kolaydır, çünkü onun örgüt içindeki rolü ve pozisyonu, bir görevin yerine getirilmesi olarak değerlendirilmeli ve hukuka uygunluk nedeni sayılmalıdır.

Son fıkrada yasa koyucu bir sınırlandırma yapmıştır. Sınırlı sayı ilkesi çerçevesinde suçlar sayılmış, yalnızca bu suçlarla ilgili olarak gizli görevli görevlendirmek mümkün sayılmıştır. Bu katalogda yasa koyucunun tercihi vardır. Bu suçların sayıları eksiltilep artırılabilirdi. Fakat bu haliyle, çizilen sınır içinde kalmak zorunludur. Ayrıca, bu yol istisnaidir. Bu nedenle de kapsamının dar tutulması şarttır.

Madde tümüyle gözden geçirildiğinde, üç nokta öne çıkar :

- Gizli görevli görevlendirme tali nitelik taşır.
- Bu yöntem örgütlü suçlarda uygulanır.
- Bu suçların maddede sayılan suçlardan olmaları gerekir.

Son bir nokta : Madde kapsamında yer alan bir suç/suçların işlendiğinden yola çıkılarak gizli görevli kullanmak yoluyla suçlara ve delillere ulaşıldığında, ortaya çıkan sonuca göre, maddede yer alan suçların işlenmediği sonucuna varıldığında, başka suçların işlendiği anlaşılrsa bile, bu suçlardan ötürü bir yargılama yapılamaz. Ayrıca, bu yolla elde edilen delillerin imhası gerekir; bu deliller kullanılamaz.

11. Teknik araçlarla izleme (m.140) : yukarıda yaptığım açıklamalar bu madde için de geçerlidir. İki madde arasında yalnızca yöntem farkı vardır. Birincisinde gizli görevli kullanılırken, ikincisinde teknik araçların kullanılması söz konusudur. Bu maddede, işyeri teknik araçlarla izlenebilir, ses veya görüntü kaydı alınabilir.

Konutla ilgili olarak, son fıkrada yer alan istisna, konut dokunulmazlığına verilen önemin göstergesidir. İki amaç karşılıklı gelmiştir. Bunlar, konut dokunulmazlığı ile yargılamada maddi gerçeğe ulaşmaktır. Yasa koyucu birincisine üstünlük tanımıştır. İstisna, uygun bir çözümdür.

5353 sayılı yasayla 3. fıkraya eklenen hüküm çerçevesinde, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, yargıç bir haftadan fazla olmamak üzere sürenin birden çok kez uzatılmasına karar verebilir.

12. Müdafî atama mecburiyeti (m.150) : CMK yürürlüğe girdiğinde, üst sınırı beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada, şüpheli ya da sanığın isteği aranmaksızın, kendilerine müdafî atanması öngörülmüştü. Türk sisteminde önemli bir adımın simgesi idi. Bu hüküm, müdafîsiz sanık olmaz, ilkesine bir adım daha yaklaşmaktaydı. Bu ana kurallarla ülkemizde müdafîsiz sanık olmayacağı ana ilkesinin gerçekleştirilmesi konusunda olumlu adım atılmıştı.

Fakat aradan kısa bir süre geçti.

Yeni yasada(m.150), 5560 sayılı yasayla yapılan değişiklikle, alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada, şüpheli ya da sanığın isteği aranmaksızın, kendilerine müdafî atanması öngörüldü.

Ancak 5560 sayılı yasa ile geri adım atıldı. Maddenin ilk biçimindeki üst sınır kriteri alt sınır olarak değiştirildi. Bu değişiklik, barolar tarafından müdafî atanması gereken suçların sayısını önemli ölçüde azalttı. Üzülerek ifade etmem gerekir ki, devletin barolara gerekli ödeneği vermemesi bu konudaki en büyük etkidir. Olmaması gereken bir şey olmuştur. Para, özgürlük ve savunmanın önünde mütalaa edilmiştir.

13. Kamu davasını açmada takdir yetkisi (m.171) :

CMK, hukuki niteliği açısından, kamu davasının açılmasında maslahata uygunluk ilkesini getirmiştir. Savcı, koşullar gerçekleştiğinde, kamu davasını açmayabilecektir. Bu bir takdir yetkisidir. Savcı, maddedeki koşullara rağmen, bir olayda kamu davasını açabilir.

Kavram yeni TCK'nın ilgili hükümleri ile bağlantılıdır. Belirtmek isterim ki, yeni TCK etkin pişmanlık kavramının çerçevesini çok geniş tutmuştur. Ceza politikası yönünden bazen tam cezasızlık öngörülürken, bazen de önemli ceza indirimini sağlanmıştır.

Maddede, savcının dava açmayabileceği haller, tam cezasızlık halleri ile sınırlıdır. Maddede en çok dikkat edilecek olan nokta budur.

14. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi(m.171) :

5560 sayılı yasayla, CMK Tasarısında yer alan, fakat yasa-
laşmayan kamu davasının ertelenmesi kurumu pozitif huku-
kumuza katılmıştır.

Savcıların takdir yetkisinin alanı genişletilmiştir. Bu konuda
getirilmek istenen normlar, yasama tekniğine uygundur.

15. İddianamenin iadesi (m.174) : Maddede Türk hukuk sis-
temi için yeni bir kavrama yer verilmiştir. İddianamenin
iadesi, savcının kamu davasını açması üzerine, mahkemece
bu iddia belgesinin incelenmesinden sonra, savcılığa geri
gönderilmesi anlamını taşır. Bu geri gönderme, iddiana-
menin, iddianamenin unsurlarını ve içeriğinde yer alması
gereken hususları belirten yasanın 170 inci maddesi çerçe-
vesinde yapılacak bir değerlendirme üzerine gerçekleşmek
zorundadır.

Geri göndermede, mahkeme delilleri ya da iddianamenin
temelini oluşturan maddi olguları ya da hukuki durumu, özel-
likle fiilin tavsifini (niteleme) tartışamaz. Mahkemenin böyle
bir yetkisi yoktur.

Bu kavramın yasaya girmesinin iki dayanağı vardır. Bun-
lar, ilkin savcılığın uygulamada “iyi” bir hazırlık soruşturması
yapmaksızın dava açmasını engellemektir. İkincisi de yine uy-
gulamada, bu tutumla kamu davalarının açılması, mahkemele-
rin son soruşturmada delil toplamakla uğraşmaları sonucunu
doğurmaktadır.

İddianamenin iadesi kavramı uygulamada çalıştığında,
savcılık eksikleri tamamlayan, hataları gideren bir çalışmadan
sonra, aynı olayla ilgili yeni bir dava açacaktır.

Maddede, 5353 sayılı yasa değişikliğinden sonra, 15 gün-
lük bir süre yer almaktadır. Bu süre, bir hak düşürücü süredir,
çünkü bu süre içinde iddianame iade edilmediğinde, kabul
edilmiş sayılacaktır.

Bu madde ile ilgili olarak, üzerinde durulması gereken bir başka husus şudur: Savcılık bir olaydan ötürü, sanık/sanıklar hakkında kamu davası açıp mahkemeye gönderdikten sonra, bu iddianame geri gönderildiğinde, savcılık yönünden o iş hazırlık soruşturmasına geri dönmüştür. Savcılık yeni soruşturma işlemleri yapabilecektir. Bu çalışmanın sonunda, savcılık daha önce dava açtığı bir olaydan ötürü takipsizlik kararı verebilecektir. Hatta sanıklarda değişiklik dahi yapabilecektir; bazı sanıkları iddianameden çıkarabilecek, iddianameye sanık/sanıklar ekleyebilecektir. Bu sonuçlar, yargılama tekniğine uygundur, çünkü iade kavramı bir geriye dönüşü simgelemektedir. Yasanın ilk metninde olmayan bu sonuçlar, 5353 sayılı yasa değişikliği ile metne işlenmiştir.

Maddenin 3 üncü fıkrası, her ne kadar eksikliklerin giderilmesinden sonra, iddianamenin mahkemeye gönderileceğinden söz etmekte ise de, bu olasılıklardan biridir. Yukarıda sözünü ettiğim olasılıklar da geçerlidir; ceza yargılamasının tekniği bunları doğrulamaktadır.

İddianamenin geri gönderilmesi kavramına uygulama yön verecektir. Bu konuda mahkemelerin tutumu bu kavramın uygulanmasındaki sonuçları ortaya çıkaracaktır. Ancak, belirtmem gerekir ki, mahkemeler iddianameleri geri gönderirken, hangi formatlarda hareket edeceklerine dikkat etmek zorundadırlar. Akla gelen ilk sonuç, yargılama konusu olayla ilgili düşünce açıklama, uygulamacı diliyle, ihsası rey, sınırından içeri girmektir. Bu sonuç, yargıç/yargıçların o davada tarafsız kalamayacakları sonucunu doğurabilecektir. Bu durumda yargıcın reddi kurumu devreye girebilecektir. Kanımca, bu konuda hassas bir yaklaşımla, iddianamenin iadesi gerçekleştiğinde, iddianame yeniden mahkemeye verildiğinde, dosya dağıtımında bu hususu dikkate almak ve o dosyayı bir başka mahkemeye vermek suretiyle, sözünü ettiğim sorunla karşılaşmamaktır.

Maddenin son fıkrasında, iade kararına karşı savcıya itiraz yetkisi tanınmıştır. Bu, bence uygun bir çözümdür; mahkemenin tutumunu savcılığın bu kanun yolunda tartışması en doğal sonuçtur.

İddianamenin iadesi ceza yargılaması hukukumuzda yerini bulacaktır. CMK'nın yürürlüğünden bu yana çıkan Yargıtay kararları bunun göstergesidir (kararlar için bkz. Yurtcan, CMK Şerhi, 5.bası, 2008).

16. Doğrudan soru sorma (m.201) :

CMK'nın bir yeniliğidir. Şu noktalar öne çıkar :

Maddede yer alan, “müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat” ibaresine gerek yoktur. Bu ibare, “müdafî veya vekil” olarak kısaltılabilir. Bu madde, yasanın duruşmayı düzenleyen maddeleri arasındadır. Müdafî ya da vekilin duruşmada soru sorma hakkını kullanacağına kuşku yoktur.

Doğrudan soru sorma, yöntemi Türk ceza yargılaması sisteminin özlemine çektiği bir normdur. Uygulamaya açıklık getirecektir. Soruların mahkemece süzgeçten geçirileceği tabii bir sonuçtur. Ancak, mahkemelerin bu konuda, önceki yasa dönemindeki “katı” tavırlarını terk etmeleri, bu kavrama hayat verecektir. Aksi takdirde, amaca ulaşmak mümkün olmayacaktır.

Konuya açıklık getirmek yönünden, bir noktanın vurgulanmasını faydalı görmekteyim. Yasanın bu maddesi ile Türk sistemin çapraz sorgu yöntemi getirilmiş değildir. Başkanın ya da yargıcın duruşmada sanığı sorguya çekmesinin öngörüldüğü bir sistemde(m.191), çapraz sorgudan söz edilemez. Duruşmada doğrudan soru sormak çapraz sorgu değildir.

Savcı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağırılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebilirler. Sanık ve katılan da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilir. Yöneltilen soruya itiraz edildiğinde sorunun yöneltilmesinin gerekip gerekmediğine, mahkeme başkanı karar verir. Gerektiğinde ilgililer yeniden soru sorabilir. Heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimler, birinci fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilir.

Konuya açıklık getirmek yönünden, bir noktanın vurgulanmasını faydalı görmekteyim. Yasanın bu maddesi ile Türk sistemin çapraz sorgu yöntemi getirilmiş değildir. Çapraz sorgu anglo-amerikan sisteminin bir ilkesidir. Bu sistem gerek savcı ve gerek müdafinin kendi ileri sürdükleri ve davet ettikleri tanıklara kendilerinin soru sormaları, bu yolla bazı olguları ispatlamaya çalışmaları sistemidir. Çapraz sorgu uygulandığında, yönetim esas olarak mahkeme başkanında olmakla birlikte, tanıkları dinlemek ve sanığa soru sormak yetkisi bunu yöneten süjeye, savcı ya da müdafie geçmektedir.

CMK, doğrudan soru sormayı öngörse dahi, önceki yasanın temel ilkesini terk etmiş değildir. Mahkeme başkanı/yargıç, duruşmayı yönetmek, sanığı sorguya çekmek ve delillerin ikamesini sağlamak durumundadır(m.192). Bu nedenle de, yasanın 201 inci maddesinde yer alan, doğrudan soru sormayı çapraz sorgu olarak adlandırmak uygun değildir. Bu değişikliği, yasanın anglo-sakson sistemine bir adım yaklaşması olarak yorumlamak uygun olur.

Daha önce de belirttiğim üzere, yeni yasada, tarafların başkandan/yargıçtan söz isteyerek, yargılamaya katılan süjeler doğrudan doğruya soru sormak hakkına sahiptirler. Bir sorunun sorulmasına itiraz edildiğinde, bunun sorulup sorulmasına mahkeme karar verir.

17. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması (hagb) (m.231) :

5728 sayılı Yasa 8 Şubat 2008 tarihinde yürürlüğe girdi. Yasanın 562. maddesi CMK'nın 231. Maddesini değiştirdi. CMK'nın 231. maddesinde 5560 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle, pozitif hukukumuza bir kurum getirilmişti : hükmün açıklanmasının geri bırakılması(hagb)

Bu kurumun özü şöyle özetlenebilir : Mahkeme, bir olayda yaptığı yargılama sonunda, sanığı suçlu bulmuştur, toplanan deliller sanığın mahkumiyetini gerektirmektedir. Ancak, mahkeme 231. maddeyi devreye sokarak, sanık hakkında hagb kararı verebilir. Bu karar bir mahkumiyet kararı değildir; mah-

kumiyeti askıya alan bir karardır. Ertelemeden temel farkı, ertelemede bir mahkumiyet kararı vardır. Fakat bunun infazı ertelenmektedir. Nitelikleri açısından yapılacak bir değerlendirilmede, hıgı erteleme oranla daha lehtedir, çünkü adli sicile işlenmez. Yasada açıklandığı üzere, bir başka arşivde saklanır. Ancak, böyle bir fail adli sicil açısından “temiz” bir kişidir.

5728 sayılı Yasa, hıgı açısından önemli bir sonuç içermektedir. O sonuç şudur : hıgı'ye konu olabilecek olan ceza süresi 1 yıldan iki yıla çıkarılmıştır. Bu konuda bir nokta açıklanmalıdır : Bu süre, yargılama konusu olaydaki suç için yasadaki öngörülen ceza değıldir. Bu ceza, sanık hakkında mahkemenin yargılama sonunda vereceğı cezadır. Bu ceza en çok 2 yıl hapis olduğunda, hıgı mümkün kılınmıştır. 231. maddenin 6. fıkrasında bu kurumun uygulanması için üç koşul öngörülmüştür(lütfen okuyunuz).

5728 sayılı Yasada yapılan değışikliğı bir başka açıdan ele alınması gerekir : Bu yeni hüküm, niteliğı gereğı suç faili için lehte bir ceza normudur ve uyarılama yargılmasına açıktır. Bu nedenle çeşitli olasılıklar açısından konuya bakmak uygun olur :

4. Mahkemenin derdest bir davada 5728 sayılı Yasanın yeni normunu, yasanın yürürlüğünden önce işlenmiş bir suçta uygulayacağı tabiidir.
5. 5728 sayılı Yasanın yürürlüğünde önce hükme bağlanmış ve temyiz nedeniyle Yargıtay'da bulunan dosyalarda şu yolun izlenmesi, Türk yargılama hukukunun ve uygulamasının bir gereğıdir. Yargıtay, 5728 kapsamındaki bir olayda, mahkemenin verdiği hükmü bozmalıdır; dosyayı esas mahkemesine göndermelidir. Esas mahkemesi, 231. maddede öngörülen koşullar çerçevesinde, hıgı'yi değerlendirmek durumundadır. Belirtmem gerekir ki, bu yargılamayı Yargıtay yapamaz, çünkü bu konuda esas mahkemesinin takdiri söz konusudur. Bu takdir, sanığı hıgı'ye layık görmek/görmemek biçiminde sonuçlanacaktır.

6. 5728 sayılı Yasanın yürürlüğünde önce hükme bağlanmış ve kesin hükümle sonuçlanmış olaylarda da uyarlama yargılaması yapılmalıdır. Hagb'nin CMK'da yer alması, bu kurumun bir ceza normu içerdiğini ortadan kaldırmaz. Önemli olan, bir normun hukuki niteliğidir; yoksa hangi yasada yer aldığı değildir. Bu konuda sonuç açıktır : Hagb, bir suç failinin cezaevine girmesi/girmemesi konusudur. Bu niteliği ile de bir ceza normudur ve TCK'nın 7/2 maddesi çerçevesinde uyarlama yargılamasına açıktır. Uygulamanın bu yolda işlemesi, hukukun bir gereğidir. Kesin hüküm oluşmuş olaylarda, mahkemeler uyarlama yargılamalarını yapacaklardır. Bunu savcılıklar resen isteyebileceği gibi, savunma tarafı da isteyebilir.

17. Özel ağır ceza mahkemelerinin (ÖAC) varlığı (m.250) :

AB'nin isteği doğrultusunda DGM'ler kaldırılmıştır; ÖAC'ler kurulmuştur.

18. Uzlaşma (m.253, 254) :

Türk ceza yargılaması sisteminde ölü doğmuş bir kurumdur. Ceza adaletinin sağlanmasına hiçbir katkısı yoktur. Kurumun temeli hatalıdır, çünkü fail ile mağduru karşılıklı getirmek yoluyla uzlaşma sağlanamaz.

Batının modeli yanlış alınmıştır. Anglo-amerikan sisteminde öne çıkan uzlaşmada, devlet adına savcı ile fail ve onun müdafii karşılıklı "pazarlığa" otururlar ve uzlaşma gerçekleşebilir. Bu uzlaşma bir yargıcın onayı ile sonlanır.

19. İstinaf Kanun yolu (m.272-285) :

CMK'da yerini almış olan, fakat uygulanmayan bir kanun yoludur. Bu konudaki hükümlerin yürürlüğe girmesi ertelenmektedir.

İstinaf ülkemizde dönmeyen yargılama çarkına sokulmak istenen bir çomaktır. Ceza adaletinin sağlanmasına hiçbir katkısı olmayacağı açıktır.

20. Şahsi davanın kaldırılmış olması:

Türk ceza yargılaması sisteminin demokratik bir yargılama yöntemi olan şahsi dava CMK ile kaldırılmıştır.

21. Sulh yargıcının ceza kararnamesi yolu kaldırılmıştır.

20. Karar düzeltme yolu kaldırılmıştır.

21. Yazılı emir yolunda Adalet Bakanlığının rolü ortadan kaldırılmamıştır.

Beklentiler ve Değerlendirmeler

Yukarıda çizmeye çalıştığım resim karşısında, beklentiler neler olabilirdi, sorusunun sorulması gerekir.

Temel sistem değişikliği tercihi bir kenara bırakıldığında, teknik hukuk düzeyinde şu hususlar belirtilebilir :

- 1. DGM'ler** gerçekte kaldırılmamıştır; yalnızca mahkemelerin ismi değişmiştir. CMK'nın 250-252. maddeleri Anayasaya aykırı hükümlerle yüklüdür. Bu haliyle Anayasanın eşitlik ve hukuk devleti ilkesine aykırıdır. ÖAC'ler kaldırılmalıdır. Norm düzeyinde ağır ceza mahkemeleri ikinci sınıf mahkeme düzeyine indirilmiştir.
- 2. Şahsi dava** yolunun kaldırılması hatalıdır. Bu yol, ceza yargılamasında demokratik yaklaşımda hak arama özgürlüğünün bir göstergesidir. Kanımca doğru tercih, bu yolu kaldırmak değil, buna olanak veren suçların sayısını arttırmaktır. Şahsi davanın, yargılamada sonuç alamaktan ötürü, çok daha önemli suçların işlenmesini önleyen bir kalkan olduğu dikkatten kaçırılmamak gerekir. Şahsi davayı sulh mahkemelerin toplamak da uygun bir çözümdür. Bugün şahsi dava konusundaki yakınmaların temeli, CMUK'da öngörülen "süzgeç" görevinin yerine getirilmemesidir. Bu sorun aşıldığında, bu yol korunabilir. Unutmamak gerekir ki, uygulamada davalıklar soruşturma dosyalarının üstesinden gelememektedir, çün-

kü basit bir hakaret olayı ile 5 ölümlü bir adam öldürme olayının soruşturması aynı yönetime tabidir.

3. **İstinaf** kanun yolunun öngörülmesi, ülkemizde geciken adaleti daha da geciktirecek bir yaklaşımdır. Bu yolla Yargıtay'ı rahatlatmak mümkün değildir. Ülkemizde ilk yapılacak iş, suçları gözden geçirmek, gerçekten ceza yaptırımını zorunlu kılan eylemleri belirlemektir. Bu sonuç, adliyenin yükünü hafifletecek temel etkidir. İdari kabahatlerin çerçevesini genişletmek, bir çözümdür. Ancak bu yolla verilecek cezaların itiraz mercileri de idari yargı organları olmak gerekir. Kabahatler Kanunu sistemi alt üst etmiştir.
4. **Haberleşmenin dinlenmesi** özellikle uygulamadaki görüntüsü ile, bu özgürlüğü temelden sarsan bir nitelik göstermektedir.
5. **Savunmanın güçlendirilmesi** için, müdafinin/müdahil vekilinin delil toplama ve mahkemeye sunma yetkisi Yasada mutlaka yer almak gerekirdi. Uygulamadaki görüntüsü ile, bu kişilerin mahkemeye sundukları her delilin gerçekliğinin ve doğruluğunun araştırılması, ilkin güveni sarsan bir etkidir. Ayrıca yargılamayı uzatmaktadır. Meslek adamlarına bu yetkiyi tanımak, hukuka aykırı işlem yapanları da ağır biçimde cezalandırmak gerekir.
6. **Adli kolluk** CMK'da düzenlenmemiştir. Bazı maddelerde adı vardır, fakat içeriğinde adli kolluk yoktur. Adli kolluk, ceza adaletinin sağlanmasında önemli bir etkidir.
7. **CMK'nın iddianamenin reddi** kavramını getirmiş olması faydalıdır, fakat yeterli değildir. Hazırlık soruşturması ile sorsoruşturmanın arasına, yerine uygun olarak, ara soruşturma devresinin yerleştirilmesi şarttır. Bu devre, kişiyi sanık sıfatıyla duruşmaya çıkarmadan önce, savcılığın açtığı kamu davasına karşı beyanda bulunma, delillerin toplanmasını isteme hakkını içerir. Bu nedenle

de yargılama duruşmaya geldiğinde, bugün uygulamada olduğunun aksine, mahkeme soruşturma işlemleriyle ve delil toplamakla uğraşmaz. Yargılamada maddi gerçek de daha kolay ve çabuk ortaya çıkar(geniş bilgi için bkz. Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. bası, 2007).

8. **Kamu davasına müdahale** sınırlandırılmalıdır. Bu yol suçtan zarar görenin ceza yargılamasına savcı yanında iddialı olarak katılmasıdır. Bu nedenle ancak kişiye karşı işlenen ve onun çıkarlarını yakından zedeleyen suçlar için bu yol açılmalıdır. Her suç için bu yolun açık olması, uygulamada sorunların çıkmasına ve yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Öte yandan kamu adına koğuşturulan kimi suçlarda, devlet adına avukatların müdahale ile davaları yolu terk edilmelidir. Devlet ve kamu adına bu hizmet savcılık tarafından görülmektedir.
9. **Adli tatil kaldırılmalıdır.** Yargıç ve savcılar başta olmak üzere, tüm adliye personelinin anayasal izin hakkı mutlaka düzenlenmelidir. Fakat bu kavramın adli tatille ilişkilendirilmesi hatalıdır.
10. **Sulh yargıcının ceza kararnamesi yolunun, karar düzeltmenin, kaldırılmış olması hatalıdır.**
11. **Yazılı emir yolunda Adalet Bakanlığının rolü ortadan kaldırılmamıştır.** Hatalıdır.
12. Bütünlüğü sağlamak açısından, çocuk yargılamaları ile memur yargılamaları CMK'da ayrı bir bölümde düzenlenmek gerekirdi.

Buyur AB, işte uygulama !

AB'ye giriş sürecinde ülke olarak elimizden geleni yapıyoruz. Ama AB'deki beyler, bir de uygulamanızı görelim diyorlar ya. Kızını çobana vermek istemeyen kral misali.

İşte size pırıl pırıl bir uygulama.

Konu: Ceza yargılaması.

CMK da CMUK'da olduğu gibi, davaların ayrılması kavramını içermektedir (m.10). Ancak uygulamamız ne yazık ki bu kavramı hiç sevmemiştir. Uygulanan ilke şudur: Birleşik açılmış davalar, birlikte sonuçlandırılır.

Bu uygulama ve yasal temelden yoksun bu ilkenin ne denli adaletsizlikler yarattığını söylemeye gerek yoktur. Hele ülkemizde, CMK öncesi, açılmaması gereken davaların açıldığı, sanık olmaması gereken kişilerin sanık yapıldığı davalar düşünülürse. Bu konuda CMK'nın yeni vitrinlerinden olan iddianamenin iadesi kavramının iyi işleminin bu kötü sonuçları ortadan kaldıracağı umudunu taşıyorum.

Konumuz birleşik davada verilen ayırma kararıdır.

İşin özeti şu : Mersin 3. Ağırceza Mahkemesinde(dosya no. 2003/175) nitelikli dolandırıcılık ve resmi belgede sahtecilikten açılmış bir dava görülüyor. Çok sanıklı bir dava. Sanıkların bir kısmı bir şirketin ortakları ve yöneticileri. Dava hayli uzun sürüyor; oturumlar uzuyor. Deliller toplanıyor. Bir gerçek açığa çıkıyor : Sanıklardan ikisi, yargılama konusu olayın gerçekleştiği dönemde, bu şirketin yönetiminde değillerdir. Oysa bu kişilerin sanık olmaları, sırf bu sıfatlarına dayanıyor.

Bu sanıklardan birinin müdafii celsede söz alıyor. Söylediğinin özü şudur : Türk uygulaması, birleşik davaları birlikte sonuçlandırır. Oysa AB sürecinde yasalarımızı yeniden yapıyoruz. Artık yeni formatları uygulamaya geçirmenin zamanıdır. Müvekkilimin suçsuzluğu sabit olmuştur. Öteki sanıkları beklemesi gereksizdir. Müvekkilim hakkındaki davanın ayrılmasını ve sonuçlandırılmasını isterim.

Savcılık bu isteme katılıyor. Mahkeme ayırma kararı veriyor; dosyayı yeni bir esasa kaydediyor, celse açıyor ve iki sanığın beraatine karar veriyor.

Kıssada hisse : Demek ki istenirse, oluyormuş. Yeni ufuklar açılıyormuş.

Son söz : Bu yazıyı niçin yazdım ? Elini taşın altına sokmak isteyenler için.

(Güncel Hukuk Dergisi)

Kurtarıcı: Kara çarşaf

Ata'ya şikâyet

Dün Ankara'dan geçti yolum
Çıkarım Anıtkabir'e erkenden
Aslanlıyol'dan bakarım
Uyuyan şehri seyredirim
Seninle sohbet ederiz
Diyordum Atam.
Gelemedim seni görmeye
Utancımdan inan
Yok başka bir nedeni.
Bizdik ya Cumhuriyetin
Bekçisi gündüz ve gece
Yarınlar aydınlık olacaktı ya
Bizim sayemizde ebediyen.
Olmadı Atam olmadı
Senin umutlarının
Hiçbiri gerçek olmadı.
Ne senin devrimlerine, ne ilkelerine
Sahip çıkabildik yıllardır
Hani ülküm yükselmek
İleri gitmektir diye
Antlar içerdik ya

Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze

Antlarımız boğazımızda
Birer yumruk oldu.
Kurduğun partinin lideri
Sığınyor kara çarşafllara
Laik Cumhuriyetin savunucusu
Olduğu tüzüğünde yazan partiye
Üye kaydederek onları
Takıyor rozetini partinin
Kapkaranlık dünyalarından
Bir küçücük pencere açarak
Dünyaya bakanlara.
Bu mudur tek çaresi
Dertlerden kurtuluşun
Tarihsel yazgısı mıdır bu ulusun
Okunmaz mı esamisi
Bu toplumda hiç aklın.
Güzel Atam, büyük Atam
Benim senden başka
Kimim var sığınacak
Ülkenin hali vallahi ağlanacak
Bu garip göğsüne yaslanacak
Bağırarak haykırarak
Kimseler dönüp bakmayacak...

Erdener Yurtcan

Birkaç gün önce haberi okuduğumda, bir an afalladım. Deniz Baykal'ın parti toplantısında kara çarşafli hanımları partiye üye yaparak, parti rozetini onların kara çarşaflarına iğnelemesi, denizin bittiği an gibi geldi. Atatürk'ün kurduğu, laik Cumhuriyeti korumak ve yaşatmakla ödevli CHP'nin yeni atılımı buymuş demek, diye geçirdim aklımdan.

Daha on- on beş gün önce, Baykal'la Sav baş başa vererek partiye yeni açılımlar kazandırmak için planlar yapmamışlar mıydı ? AKP'nin iktidarında yönetilen ülkeye yeni soluklar kazandırarak, seçmeni kendi yanlarına çekmeyi düşünmemişler miydi ? Demek dahiyane planlardan biri buymuş. Kurtarıcı bulunmuşmuş, laik Cumhuriyet kara çarşafli CHP üyeleri ile sürdürülecekmiş ülkede. Reçete buymuş. Şaşmamak ne mümkün.

Hele hele zamanlama tam bir harika. Bellekler o kadar taze ki. Ülkenin Anayasa Mahkemesi Başkanı, Anayasanın değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez normlarının tartışmaya açılması zamanının geldiğini söylediğinin üzerinden, söyler misiniz kaç gün geçti ? CHP lideri sergilediği bu inanılmaz tavriyle, bu düşüncelere yeşil ışık yakmak istiyor diye düşünülebilir mi ?

Aklım karıştı. Tüzüğünde sosyal demokrat olduğu yazılı partinin liderinin cankurtaran simidi olarak sarıldıği insanlara bakar mısınız ? Hani tesettür, türban, kadının ikinci sınıf insan sayılmasıydı. Bu çağda buna izin verilemezdi. Aydınlanma'nın amacı kadının da aydınlanmasıydı. Aydınlanma böyle mi olacak ? Kara çarşafliolar mı Türk kadını içinde bulunduğu kötü koşullardan kurtaracak; onlara güvenli bir yarın hazırlayacak. Önce kurtarıcının kendisini kurtarması gerekmez mi ?

Erdem, önemli bir kavramdır; içi dolu doludur. Erdemin içinde, yaptığı hatadan dönmek de vardır. Deniz Baykal bu tavriyle bu ülkeye borçludur. Borcunu ödemesi çok kolaydır. Hata yaptım, demesi yeterlidir. Oysa böyle bir ışık görünmüyor. Kara çarşafliolar partinin çatısı altında yerlerini üye olarak alırlar; bunun partimizin çizgisini değiştirdiğini söylemek doğru değildir, dediğinde, benim bu ülkenin vatandaşı olarak kendisini Ata'ma şikayet etmek hakkım doğar.

Uyum Yasalarının Ceza Yargılamasına Etkisi İki Temel Değişiklik Yargılamanın Yenilenmesinde Yeni Bir Neden ve Tebliğnamenin Bildirimi

Giriş

“Uyum Yasaları” başlığı altında, ülkemizde AB’ye giriş sürecinde yasama boyutunda önemli değişikliklerin yapıldığı bir gerçektir. Parlatentonun, eski dönemlere oranla, olağanüstü bir hızla çıkardığı yasalar hukuk dünyamızdaki yerlerini alıyorlar.

Bu çerçevede, hiç kuşku yok ki, ceza yargılaması alanında da önemli değişiklikler yapılıyor. Bu sonucu çok doğal karşılıyorum, çünkü AB yolunda ülkemiz insanının hak ve özgürlüklerden daha düzeyli ve kapsamlı biçiminde yararlanması amaçlanıyor. Bu bakımdan, konusu hak ve özgürlükler olan bir hukuk dalı olarak, ceza yargılamasının bu alanda bir kilometre taşı olması kaçınılmazdır.

Bu yazımda son dönemin iki temel konusunu ele almak istiyorum. Bunlar, yargılamanın yenilenmesinde mahkûm lehine yeni bir neden ve Yargıtay C.Başsavcılığının temyiz yolunda hazırladığı tebliğnamelerin taraflara bildirimidir.

I. Mahkum lehine yeni bir yargılamanın yenilenmesi nedeni.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Türkiye’de yapılan bir yargılamada İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) ve eki protokollerin ihlal edildiğini saptaması.

Çok kısa süre içinde çıkarılan iki yasa , CMUK’ya ekledikleri 327/a maddesi ile yargılamanın yenilenmesi konusunda önemli değişiklikler yapmışlardır. Bunlar 4471 sayılı Yasa (3.8.2002) ile 4793 sayılı Yasa (4.2.2003)dır.

Konuyu şöyle sistemleştirebilirim:

İlkin 4771 sayılı Yasa çıkarılmış, CMUK'ya 327/a maddesi eklenmiştir. Bu madde henüz yürürlüğe girmeden önce, bu kez 4793 sayılı Yasa ile yeni bir düzenleme yapılmıştır.

Konuyu açık biçimde belirtebilmek açısından, her iki yasanın getirdiği değişiklikler ele alınmalıdır.

aa) 4771 sayılı Yasayla getirilen 327/a maddesi.

4771 sayılı Yasanın (3.8.2002) 7. maddesi yalnız mahkumun lehinde uygulanabilecek olan nedenleri genişletmiştir. CMUK'nun 327. maddesine, 327/a maddesi olarak eklenen hüküm şöyledir :

“Kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince (AİHM), İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiği saptandığında, ihlalin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi halde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir. “

Bu yeni yargılamanın yenilenmesi nedenini yorumlarken, aşağıdaki noktaların altının çizilmesi uygun olur:

Bu hüküm uluslararası hukukun iç hukuka yansımasıdır. Türkiye Cumhuriyeti imzaladığı ve yürürlüğe koyduğu İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin

(Avrupa Konseyi Sözleşmesi) içeriğinde yer alan hükümlerin ihlali ile verilmiş ve kesin hüküm kuvveti kazanmış bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince Sözleşmeye aykırı bulunması halinde, bu mahkemenin kararının iç hukukta sonuçlar doğurmasını ilke olarak kabul etmektedir.

Bunun için CMUK'ya eklenen 327/a maddesinde bazı ek koşullar öngörülmüştür. Bunların başında, sözü edilen ihlallerin gerek nitelik gerek ağırlık bakımından, Sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilen tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurması gerekir. Bu noktada AİHM'nin hak ve hürriyetlerin ihlali hallerinde tazminata hükmetme yetkisinin varlığı hatırlanmalıdır.

Ancak yasa koyucu bu ihlallerin nitelik ve ağırlıklarını dikkate alarak, bunları ceza yargılaması için yeni delil ve olay olarak değerlendirmesi, hak ve özgürlüklerin korunması bakımından ileri bir adımdır.

Hangi hallerin maddede açıklanan ağırlık ve niteliği taşıyacağı, maddenin uygulanması ile ortaya çıkacak içtihadı göre belirlenecektir. Ceza yargılamasının temeli açısından konuya yaklaşıldığında, belirtilebilecek olan husus, ihlalin Türk mahkemesinin verdiği kararı ve ortaya çıkan kesin hükmü temelden sarsacak nitelik taşımasıdır. Bu durumda yargılama yenilenecek ve maddi gerçek tekrar aranacaktır.

Bu hüküm ele alınıp değerlendirilirken, bence AİHM'in Türk yargıcı ve onun yargı yetkisi üzerinde bir egemenlik kurduğu, Türk yargıcının bağımsızlığını ortadan kaldırdığı, bu normu bu biçimde nitelemek uygun olmaz. Türk ceza yargılaması sisteminin insan hakları ve özgürlüklerini gözetilen bir yapıya kavuşturulması için atılmış bir olumlu adım olarak görülmesi doğru olur.

327/a maddesinin tahlili yapıldığında, aşağıdaki hususlar belirtilmelidir:

Bu yola başvurma yetkisi Adalet Bakanına, Cumhuriyet Başsavcısına, AİHM'ye başvuruda bulunan kişiye ve onun

yasal temsilcisine tanınmıştır. Maddede sayılan kişilerin vekillerinin de bu yetkiyi kullanabilecekleri kuşkusuzdur. Yasanın yetkiyi Adalet Bakanına ve Yargıtay C.Başsavcısına verdiği, kişisel bir yetkinin söz konusu olduğu, yetkinin makam adına başkalarınca kullanılamayacağına dikkat etmek gerekir.

Bu başvurular Yargıtay Birinci Başkanlığına yapılacaktır. Başkanlık bu istemleri Ceza Genel Kuruluna (CGK) aktaracaktır; bu konuda bir inceleme ve değerlendirme yetkisi yoktur. Yasa bu değerlendirmeyi CGK'nın yapacağını belirtmektedir. Bu nedenle başvurularda, süre ya da başvuran kişi ya da makam yönünden bir eksiklik ya da aykırılık bulunduğu dahi, istem CGK'ya iletilmelidir.

İstemde bulunmak süreyle sınırlanmıştır. Bu süre, AİHM kararının kesinleşmesinden başlayarak 1 yıldır. Yasanın süreyi kararın kesinleşmesinden başlatması dikkat çekicidir. Oysa olağan olan, kararın yukarıda sayılan makam ya da kişilere bildiriminden başlaması olmak gerekirdi. Bu durumda olayın AİHM'de izlenmesi ve kesinleşme ile sürenin işleyeceği dikkate alınmalıdır.

Süre ile yakın ilgisi nedeniyle, 327/a maddesinin yürürlüğü ve uygulanma zamanı ile ilgili açıklamaların da yapılması gereklidir.

4771 sayılı Yasanın (3.8.2002) 13. maddesi 327/a maddesinin Yasanın yayımından 1 yıl sonra yürürlüğe gireceğini belirtmektedir. Bu durumda Yasa 9.08.2002 tarihinde RG'de yayımlandığına göre, 9.8.2003 tarihinde yürürlüğe girecektir. Demek ki bu tarihten önce 327/a maddesine dayanılarak bir yargılamanın yenilenmesini istemek mümkün değildir.

Ayrıca 4771 sayılı Yasanın geçici 2. maddesi bir sınırlandırma daha yapmaktadır. Buna göre, 327/a maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra AİHM'ye yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar için 327/a maddesi uygulanabilecektir.

Bu hukuki metinler birlikte değerlendirilmeli ve 9.08.2003 tarihinden sonra AİHM'ye yapılacak başvurular üzerine bu

mahkemenin vereceği kararlar için 327/a maddesinin işleyebileceğinin söylenmesi doğru olur.

327/a maddesine dayanılarak yapılacak bir yargılamanın yenilenmesi istemi CGK'da ele alınacaktır. Bu kurul dosya üzerinden inceleme yapacaktır, çünkü maddede duruşma yapılmayacağı açıkça belirtilmiştir. Bu durumda istemde bulunanların bu konudaki dilekçelerini hukuk ve delil içeriği olarak eksiksiz hazırlamaları şarttır. CGK dosyayı değerlendirirken AİHM'den olayın dosyasını getirtmeli ve sonuçlandırmalıdır.

GK iki tür karar verebilir.

1. AİHM'nin saptadığı ihlalin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresinde yapılmamışsa, istem reddedilecektir.
2. Aksi halde dosya hükmü veren mahkemeye gönderilecektir.

Bu noktalar üzerinde durulduğunda, aşağıdaki hususların altı çizilmek uygun olur.

CGK'nın red kararı vermesi şıkında, Sözleşmenin hükümleri ile olaydaki ihlal ve buna AİHM'nin yaklaşımı ve tespiti ele alınmalı, ihlalin gerek niteliği gerek ağırlığı tartılmalı ve yargılamanın yenilenmesinin bu ihlal nedeniyle gerekip gerekmediği sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

Yine red kararını gerektiren bir başka olasılık, istemin süresinde yapılmamış olmasıdır. Sürelerin hesaplanması yönünden kitabın ilgili bölümü okunmalıdır. Ayrıca yukarıda yaptığım açıklamalar dikkate alınmalıdır.

CGK ikinci şıkta dosyayı incelenmek üzere hükmü veren mahkemeye gönderecektir. Bunun anlamı, yargılamanın yenilenmesi davasının CGK tarafından kabule şayan bulunmuş olmasıdır. Türk sisteminde yargılamanın yenilenmesi 3 aşamada gerçekleşen bir yargılama türüdür. Bu kararla birinci aşama geçilmiş olmaktadır.

CGK, CMUK'nın sistemine sadık kalarak yargılamanın yenilenmesi işini hükmü veren mahkemeye bırakmaktadır.

327/a maddesinde CGK'nın verebileceği kararlar sayılırken, başvuruda bulunanların buna hakkı olmadığına ya da maddedeki makama tanınan yetkilerin usulüne uygun kullanılmadığının tespit edilebileceğine, maddede yer verilmiştir. Oysa bu sorunlarla uygulamada karşılaşmak olasılığı vardır. CGK bunu içtihatla aşabilir. Bu içtihadı oluştururken, CGK'ya tanınan yargılama yetkisinin temelinde bu yetkinin varolduğunun kabulü uygun olur.

CGK'nın vereceği kararların kesin olduğu maddede açıklanmıştır. Yasa koyucu bu kararların bağlayıcı olmasını ve kanun yollarında tartışılmamasını istemektedir. Aslında sistem içinde CGK'nın kararını değerlendirecek bir yargı organı yoktur.

Fakat bir nokta dikkatten kaçırılmamalıdır. CGK'nın kararlarına karşı yazılı emir yolu açıktır. CMUK'nın 343. maddesinin sistemi içinde yer alan bu olağanüstü kanun yolu, temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlara karşı öngörülmüş olan bir yoldur. 327/a maddesinin söz konusu olduğu bir olayda, CGK'nın red kararları için yazılı emir yolu işletilebilecektir.

CGK'nın bu çerçevede yaptığı inceleme ve yargılama bir temyiz yargılaması değildir; yargılamanın yenilenmesi çerçevesinde bir davanın kabule şayan olup olmadığı sorununun çözümüdür.

Buraya kadar 327/a maddesinin tahlilini yapmaya çalıştım. Bu noktada maddeye eleştirel bir yaklaşım getirilmelidir.

Daha önce de belirttiğim gibi, yasa koyucunun 327/a maddesi ile İHAS bağlantısını kurması, bir uluslararası sözleşmenin hükümlerinin iç hukuka yansıtılmasını olumlu bulmaktayım.

327/a maddesinin kurduğu sistematik içinde, ceza yargılamasının temel ilkeleri açısından bazı aksaklıklar vardır.

Kabula şayanlık konusundaki karar verme yetkisinin CGK'ya verilmesi kanımca uygun değildir. Her ne kadar doktrinde ağır ve haklı eleştiriler olsa da, yargılamanın yenilenmesi sorunu bugün CMUK bünyesinde, daha önce hükmü veren mahkemede çözülmektedir. 3 aşamalı yargılama bu mahkemede yapılmaktadır.

327/a maddesi bu yetkiyi sistemin doruğundaki CGK'ya vermektedir. Bu Kurulun yapacağı bir değerlendirme sonunda, ihlalin gerek ağırlık gerek nitelik olarak yargılamanın yenilenmesini gerektirdiği sonucu, CGK'nın kararında yer aldıktan sonra, hükmü vermiş olan mahkeme, dosya kendisine geldiğinde, CGK kararını-çok büyük olasılıkla- yineleyerek işi bitirecektir. Bu durumda bu mahkemenin bağımsız yargısından kuşku duymak yanlış olmaz.

Bir varsayım içinde, bu mahkemenin CGK'nın aksine sonuca ulaştığını ve yargılamanın yenilenmesini reddettiğini düşünelim. Bu karar temyiz edildiğinde ve Ceza Dairesi hükmü onadığında, CGK'nın sonucu ortadan kalkacaktır. Bu sonuçta sistemi zedeleyen bir yön yoktur.

Daire bozma kararı verdiğinde, mahkeme bu mkarara karşı direnebilecektir, 326. madde mahkemeye bu yetkiyi vermektedir. Bu kararın temyizi üzerine dosya CGK'ya geldiğinde, CGK her halde eski sonucunu tekrarlayacaktır. Bu durumda mahkemenin yaptığı yargılamanın bir anlamı olmayacaktır. Türk sisteminde direnme yetkisi esas mahkemesi ile Ceza Dairesi arasındaki bir anlaşmazlığın CGK'nın hakemliğinde çözümünü sağlamaktadır. Oysa 327/a maddesinin kurduğu yapı içinde, hakem olacak CGK daha önce düşüncesini ve sonucunu açıklayınca, sistem aksamaktadır.

Ne yapılmalıydı ?

327/a maddesi CMUK'nın sistemini koruyabilirdi. Bir olasılık buydu. Bunun sakıncaları ülke genelinde AİHM kararlarının ve dosyalarının ele alınmasındaki pratik güçlükler nedeniyle ortaya çıkardı.

Bir başka olasılık CGK'ya verilen yetki bir Ceza Dairesine verilirdi. Bu durumda, yukarıda belirttiğim sakıncalar da kanımca giderilmiş olurdu.

bb) 4793 sayılı Yasa değişikliği

Bu Yasa 4 Şubat 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yasayla 327. maddeye yukarıda belirttiğim lehte yenileme nedeni konulmuştur. 4771 sayılı Yasanın getirdiği 327a maddesi kaldırılmış, böylece yargılamanın yürüyüşünde eski sisteme dönmüştür.

Bu konuda şu hususların altı çizilmelidir:

4771/327a mahkum lehine bir yargılamanın yenilenmesi yolu yaratırken, AİHM'in verdiği kararda, öncelikle İHAS'a aykırılığı tespit etmesini aramaktaydı.

Bu ihlal, niteliği ve ağırlığı bakımından İHAS'ın 41. maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurmalıydı. Bu iki şartın gerçekleşmesi durumunda 327/a maddesi işleyecekti.

4793 sayılı yasa daha önce Türkiye'de görülen bir davada İHAS'ın ihlal edilmiş olması şartını ve bunun AİHM tarafından tespitini korumaktadır. Ancak "tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurma" şartını kaldırmıştır.

4793 çerçevesinde konu yalnızca süre yönünden ele alınacaktır. Bu süre, AİHM kararının kesinleşmesinden başlayarak 1 yıldır. İstem bu süre içinde yapılmalıdır.

Bu istem eskiden olduğu gibi, önceki hükmü vermiş olan mahkemeye yapılacaktır. Davanın kabule şayanlığı aşaması bu mahkemenin yetkisi içindedir. Yeni hukuki durumdaki temel özellik, bir Türk mahkemesinin verdiği ve kesinleşen bir hükmün, bu mahkemeye başvurulması üzerine, AİHM tarafından ele alınması ve İHAS ve eki protokollere aykırılığın tespit edilmiş olmasıdır. Bu durumda, dosya yeniden önceki hükmü vermiş olan mahkemenin önüne geldiğinde, mahkeme eski hükmünü bu gelişmelerin ışığı altında yeniden değerlendirecektir.

4793 sayılı Yasa, bir geçici madde getirmiştir. Buna göre, 327. maddeye 6. bent olarak eklenen yenileme nedeni, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte AİHM'in kesinleşmiş kararları ile bu tarihten sonra AİHM'e yapılacak başvurular üzerine varilecek kararlar hakkında uygulanacaktır. Demek ki, 4793 sayılı Yasa yürürlüğe girdiğinde (4 Şubat 2003) AİHM'de görülmekte olan davalar bu hükmün dışındadır.

4793 sayılı Yasa ayrıca daha önce AİHM tarafından verilen kesin kararlar için ülkemizde yargılamanın yenilenmesini istemek için, 1 yıllık bir süre öngörmektedir. Bu süre 4793 sayılı Yasanın yürürlüğü ile başlayacaktır.

Değişikliğin yorumu:

4771 sayılı Yasanın getirdiği 327/a maddesinin yürürlükten kaldırılması, böylece yargılamanın yenilenmesi yolundaki CMUK sistemini altüst eden düzenlemenin ortadan kaldırılması uygun olmuştur. Yukarıda sözünü ettiğim ve yaptığım eleştirilerin dikkate alınması(Yurtcan, Ceza Ysrgılaması Hukuku, 8. bası, Mart 2002), Türk hukuku adına olumlu bir sonuçtur.

Ancak yeni düzenleme içeriği yönünden hatalıdır. 4 Şubat 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4793 sayılı Yasa, Türk mahkemelerinin AİHM'in kararlarına uymak ve yargılamanın yenilenmesi yoluyla bir Türk mahkemesinin verdiği kararı ortadan kaldırmak anlamını taşımaktadır.

Yeni hükümlerle, Türk mahkemelerinin İHAS'ta yer alan hak ve özgürlüklerin ihlalinin nitelik ve ağırlığını denetleme yetkisi elinden alınmıştır. İlk bakışta yalnızca süre yönünden bir inceleme yapılacaktır. Bunun dışında yargılamanın yenilenmesinin gerekli olup olmadığını Türk yargı organları değil, AİHM söylemiş olmaktadır. Görünüşte Türk mahkemeleri devreye sokulup konu yeniden ele alınsa bile, işin özünde bu yargılama ve değerlendirme AİHM'in kararının üzerine oturtulacağına göre, Türk yargısı AİHM'in sonucunu onaylamaktan öte bir iş yapmayacaktır.

Bu nedenle yürürlükten kaldırılan, 4771 sayılı Yasayla getirilen 327/a maddesindeki düzenlemede belirtilen- ihlalin nitelik ve ağırlığı bakımından tazminatla giderilemeyecek olması şartının 4793 sayılı Yasayla kaldırılması, hatalıdır.

Bu düzenlemenin yarattığı temel sonuç şudur: Artık AİHM Türk mahkemelerinin üstünde, kendisine bir başvuru yapıldığında, Türk mahkemelerinin kararlarını denetleyen bir kanun-yolu mahkemesidir. Bu mahkemenin kararları da Türk mahkemeleri için bağlayıcıdır.

Bu sonuç Türk hukuku için kabul edilemez ağır bir sonuçtur. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin egemenlik hakkına aykırıdır. Egemenlik, bir ülkeye ülkesindeki uyuşmazlıkları yargılamak hakkını da verdiği göre, yukarıda tablo içinde bu hakkın Türk mahkemelerinin elinden alınması, egemenlik kavramı ile bağdaşmaz.

İHAS'ı onaylamak, Avrupa Konseyi bünyesinde yer almak, AB'ye girmek için büyük çaba harcamak, egemenlik hakkı ve yargı erkinden bu denli ödün vermeyi gerektirmez. İnsan hak ve özgürlüklerine uygun yargı yetkisini kullanmak, sanık güvencelerini kabul etmek demek, Türk yargı organlarını AİHM kararlarını "onaylayan" kuruluşlar durumuna düşürmek demek değildir.

Bu konuda akla gelebilecek sorular şunlar olabilir :

4793 sayılı Yasanın getirdiği 327/b.6 maddesinin sistemi içinde, önceki kararı vermiş olan Türk mahkemesi, AİHM'in aksi kararına rağmen, olayda İHAS'ın ihlalinin söz konusu olmadığı sonucuna varabilecek midir ? Herşeye rağmen, Türk mahkemesinin yargı erki içinde, İHAS ve eki protokollerin ihlali sonucunu, Sözleşmenin 41. maddesi açısından ele almak ve değerlendirmek, ihlalin tazminatla giderilecek nitelik ve ağırlık taşıdığını söylemek yetkisinin varlığı kabul edilecek midir ?

Bu konuda öncelikle AİHM'in kararları konuya ışık tutacaktır. Bu nedenle bu mahkemenin kararlarında bu noktaların açıklık taşıması aranacaktır.

Ancak bence Türk yargı erkinin bir sonucu olarak, mahkemelerimizi AİHM kararlarını, mutlaklık içinde kabul etmek ve “onaylamak” durumuna düşürecek sonuçlardan koruyacak içtihadı ulaşılmak zorundayız. Bu konudaki temel görev Yargıtay’a düşer.

Yargılamaların sonucunda, Türk ve AİHM yargısı arasında çelişki kesinleştiğinde, bu nasıl ve nerede giderilecektir ?

İlk bakışta, yukarıdaki varsayımda, lehte sonucu alamayanlar tekrar AİHM’e başvuracaklardır. Bu mahkeme de büyük olasılıkla önceki kararını tekrarlayacaktır. Ancak bu durumda sorun çözülmüş olmayacaktır.

II. Yargıtay C.Başsavcılığının tebliğnamesinin bildirimi

Son kararı vermiş olan mahkeme temyiz davasını kabule şayan bularak ve karşı tarafın da görüşünü aldıktan sonra, dosya savcılık kanalıyla Yargıtaya geldiğinde, ilkin Yargıtay Başsavcılığının görüşünün alınması gerekir. Bundaki amaç, yargılamada maddi gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu nedenle devlet adına iddia tarafı bir kez daha görüş bildirmektir. Yargıtay temyiz incelemesini yapmadan önce, yargılamadaki kollektifliği de sağlamak için, Başsavcılığın da mahkemenin son kararı hakkındaki görüşü (mütalaası) alınmaktadır.

Başsavcının görüşünün açıklandığı belgeye “tebliğname” denir. Tebliğnamede Yargıtay’ın ilgili dairesinin ne yolda karar vermesi gerektiği açıklanır. Bu görüşün gerekçelere dayanması şarttır. Tebliğname dosyaya konur ve incelemeyi yapacak daireye gönderilir. Daire ön incelemeye geçer.

Bu konuda 4778 sayılı Yasa (kabul: 2 Ocak 2003, yürürlük: 11.01.2003) önemli bir değişiklik yapmıştır. Bu değişikliğin yapılmasının nedeni, uygulamada tebliğnamelerin yargılamanın taraflarından gizlenmesidir. Yasa değişikliğine kadar, temyiz aşamasında yargılama aleni olmasına rağmen, bugüne kadar tebliğnamelere ulaşmak ve incelemek mümkün olamamaktaydı.

4778 sayılı Yasa(m.2) ile CMUK'nın 316. maddesine bir fıkra eklenmişti. Buna göre, Yargıtay C.Başsavcılığınca hazırlanacak olan tebliğnameler, dairece taraflara tebliğ olunacaktı.

Bunun anlamı şuydu : Tebliğnamenin hazırlanması ve dosyaya konulmasından sonra, dosya Yargıtay'daki işbölümü çerçevesinde ilgili daireye gönderilecekti. Bu daire de bu tebliğnameyi taraflara tebliğ edecekti. Böylece taraflar temyiz aşamasında Yargıtay C.Başsavcılığı tarafından yapılan iddia faaliyeti kapsamında, esas mahkemesince verilmiş hüküm hakkında iddia tarafının düşüncelerini öğreneceklerdi. Bu sayede bunlara karşı beyanda bulunmak mümkün olacaktı.

Yasa değişikliği ile bugüne kadar yaşanan bir eksikliğin giderilmesi amaçlanmaktaydı.

Çok kısa bir süre uygulanan bu hüküm bazı karışıklıklara neden oldu. Yargıtay ceza daireleri yasanın "taraflar" hükmünü değişik biçimde yorumladılar. Bazı daireler birinci yargılamanın taraflarına tebliğname tebligatını yaparken, bazıları hükmü temyiz etmiş olanlara bildirimde bulundular.

4829 sayılı Yasanın (kabul: 19.03.2003, yürürlük: 27.03.2003) 20. maddesi CMUK'nın 316. maddesine eklenen 3. fıkrayı yeniden düzenledi ve maddeye bir fıkra ekledi. Buna göre, Yargıtay C.Başsavcılığınca hazırlanan tebliğnameler yine ilgili dairece (Yargıtay Yasası, m.14) tebliğ edilecektir. Bunda bir değişiklik yoktur. Bu bildirim kimlere yapılacağı konusuna açıklık getirildi. Tebliğname, sanığa, müdafisine, müdahile, şahsi davacıya veya vekillerine bildirilecektir. Bu tebligatın yapılması şarta bağlanmıştır. Bu şart, bu süjelerin hükmü temyiz etmiş olmaları ya da aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesidir. Bu şartlar yoksa, tebliğname bildirilmeyecektir.

Örnek: Beraat eden bir sanık için tebliğnamede hükmün onanması ya da davanın düşmesi isteniyorsa, tebliğname bildirilmeyecektir. Ancak beraat kararının sanık aleyhine bozulması isteniyorsa, bildirim yapılacaktır.

Örnek: Sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilen bir olayda, müdahil temyiz yoluna gitmediğinde, tebliğnamede sanık lehine hükmün bozulması istendiğinde, bu tebliğname müdahile bildirilecektir. Yasanın, “aleyhlerine sonuç doğurabilecek görüş içermesi” koşulunun yorumundan böyle bir sonuç çıkar.

Yeni 316/3. maddede tebliğnameye cevap verme süreyle sınırlandırılmıştır. Bu süre, bildirimden başlayarak 7 gündür.

316. maddeye 4. fıkra olarak eklenen hüküm, tebligatın nereye yapılacağını da düzenlemiştir. Buna göre, tebligat ilgilinin dava dosyasına göre tespit edilecek olan son adresine yapılacak ve geçerli olacaktır. Bu tebligat için Tebligat Yasasının 35. maddesi uygulanacaktır.

Tebligat Yasasının 35. maddesi de 4829 sayılı yasayla değiştirilmiştir. Buna göre, adresini değiştiren kimse yenisini bildirmediği ve yeni adres tebliğ memurunca da tespit edilemediği takdirde, tebliğ olunacak evrakın bir nüshası eski adrese ait binanın kapısına asılacak, asılma tarihi, tebliğ tarihi sayılacaktır. Bundan sonra da eski adrese çıkarılan tebliğler muhataba yapılmış sayılacaktır.

Tebliğnamenin tebliği konusunda yapılan son değişiklik, yukarıda sözünü ettiğim karışıklığı önleme amacı taşımaktadır. Tebliğnamenin hükmü temyiz edenlere bildirim kuşkusuz doğru bir çözümdür. Hükmü temyiz etmeyenlerin temyiz yargılamasında taraf sıfatları yoktur. Bu nedenle onlara koşulsuz bir bildirim yapılması gerekmez. Ancak tebliğnamenin aleyhte görüş içermesi şartıyla, bu kişilere de bildirim, onlara da görüş bildirmek için bir fırsattır ve hak arama özgürlüğü açısından uygun bir çözümdür. Bu konuda kararın ilgili dairece verileceği dikkate alınmış görünmektedir.

CMK'da Şahsi Davanın Kaldırılması Hatalıdır

Giriş

CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ceza yargılaması sistemimizdeki sorunlar yumağı daha da karışık bir duruma geldi. Bu, yasada yapılan bir takım tercihlerin hatasından kaynaklandığı kadar, bir takım hükümlerin de özellikle uygulama dikkate alınmaksızın getirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle, bu konularda bir seri makaleler yayınlamaya karar verdim. Bunlardan ilkinde kamu davasına müdahale konusunu ele almıştım.

Bu kez, ceza yargılamasının temel kavramlarından olan şahsi davayı incelemek istiyorum.

Şahsi dava kavramı

Bugün için ceza hukuku alanında suç denince bundan toplum düzenini bozan eylemler anlaşılmaktadır. Ancak bütün toplumsal düzeni bozan eylemler ve olaylar suç adını almazlar. Herhangi bir fiilin veya davranışın veya olayın suç adını alabilmesi için, bu fiillerin suç teşkil ettiğinin yasa koyucu tarafından genel yasa olan ceza kanununda veya diğer özel yasalarda açıklanması zorunludur. Bu kısacık açıklama içinde, ancak yasalarda suç oldukları açıklanan fiillerin "suç" adını alacağı ilkesine "suçların kanuniliği ilkesi" adı verilir.

Bu biçimde gerçekleşen ve suç adını alan fiillerin sonuçlarının bir anlamda ortadan kaldırılması, bir başka deyişle suçun bozduğu toplumsal düzenin yeniden kurulması, bugün için devletlerin ana amaçlarından biridir. Bozulan bu toplum dengesinin ve düzeninin yeniden kurulması, suç sayılan fiillerin bu niteliklerinin saptanması ve bunu yapan kişilere gerekli yaptırımların uygulanması ile olanak kazanır. Bütün bu faaliyetin gerçekleşebilmesi öncelikle bu suçların kovuşturulması ve yargılanması ile gerçekleşir.

Bugün için suçların koğuşturulması bir kamu görevidir. Bu nedenle bu görev kamu adına devlet tarafından yürütülür. Devlet tarafından kamu adına yürütülen bu iddia faaliyeti toplumsal iddia adını alır. Toplumsal iddia görevinin yerine getirilmesi için devlet özel makamlar kurmuştur. Bu makamlar genel olarak savcılık adını alır. Türkiye’de de bu makamlara Cumhuriyet Savcısı adı verilir. C. Savcılıkları suçları kovuşturmak ve ceza yargılaması faaliyeti içinde iddia faaliyetini yürütmekle yükümlüdürler. Ceza yargılaması içinde savcılıklara kamu adına yürütülen iddia ve kovuşturma faaliyeti sonunda açılan davalar, kamu davası adını alır ve yasadaki ilke ve kurallara göre yürütülür.

Ancak toplumsal iddia ve bunun sonucu olarak kamu davası bugün Türkiye’de suçların kovuşturulmasında tek yol değildir. Bunun yanında iki ayrı yol daha vardır. Bunlar, toplumsal iddia (kamu davası) ile kişisel iddianın toplumsal iddia ile birlikte bulunduğu (müdahale yoluyla dava) ve iddia faaliyetinin bizzat kişi tarafından yapıldığı ve yürütüldüğü (şahsi dava) yollarıdır.

Şahsi dava bu niteliği açısından bir ceza davasıdır. Bu ceza davasını yukarıda sıralanan diğer ceza davalarından ayıran nokta, şahsi davada iddia ve kovuşturma faaliyetinin bizzat kişi tarafından yapılmasıdır. Bir kişi açtığı şahsi dava ile bir sanığın cezalandırılmasını isteyecektir. Bu açıdan bakıldığı zaman da, ceza davalarının ceza yargılaması hukuku bilimi içinde, asıl ve tali ceza davaları ayırımı açısından, şahsi dava bir asıl ceza davasıdır, çünkü şahsi dava ile suçtan zarar gören kişi (gerçek veya tüzel kişi olabilir) bir kişinin, suç failinin yargılanmasını ve cezalandırılmasını istemektedir. Şahsi dava bir tali ceza davası olamaz, çünkü tali ceza davalarında, asıl ceza uyumsuzluğunu teşkil eden olayın çözülmesi sırasında ortaya çıkan asıl uyumsuzluğun çözümünü kolaylaştıran, ikinci derecede önemli uyumsuzlukların çözülmesi söz konusu olur. Bu nedenle şahsi dava bir tali ceza davası değildir, çünkü şahsi dava başlı başına bir yaptırım uygulanmasının amaçlandığı, birinci derecede önem taşıyan, suç teşkil ettiği iddia edilen bir fiilin ve olayın yargılandığı bir ceza davasıdır.

Ancak yukarıdaki açıklamalarda da kısaca belirtmeye çalıştığım gibi, bugün için esas olan toplumsal iddia ve kamu davası olunca, şahsi dava yoluyla suçların kovuşturulabilmesi bir istisna teşkil eder. Şahsi davanın bir istisna oluşu da, şahsi dava yolu kabul edildiğinde, yasada buna ilişkin kural ve ilkelerin açıkça belirtilmesini zorunlu kılar. Bu kural ve ilkeler içinde hiç kuşkusuz birinci yeri de, şahsi dava yoluyla koğuşturulabilecek olan suçlar, kısa adıyla “şahsi davalık suçlar” olacaktır.

CMUK şahsi davayı suçların kovuşturulmasında bir yol olarak kabul etmişti. Gerçekten CMUK'nun beşinci kitabının birinci faslı “şahsi dava” başlığı altında bu kovuşturma çeşidine yer vermiş ve yasanın 344-364 üncü maddeleri şahsi davaya ayrılmıştı. Yasanın şahsi davayı düzenleyen maddeleri içinde birinci sırayı alan 344 üncü maddede şahsi dava yoluyla koğuşturulabilecek olan suçların listesi yer almaktaydı.

Hukukumuzda şahsi dava askeri ceza yargılaması hukuku alanında da uygulanabilen bir yoldur. Buna göre CMUK'nun 344 üncü maddesinde yazılı fiillerin, koşullar gerçekleştiğinde, askeri mahkemelerde de yargılanması olanağı vardır (As. MKYUK, m.257). Ancak bu konuda bu hukuk dalının özellikleri kendini gösterecek ve şahsi davanın ana kurallarından bazı ayrımlar olabilecektir.

Şahsi Davanın Niteliği

1. Asıl ceza davasının bir çeşidi oluşu

Ceza davası denince, bundan bir uyuşmazlığın, doğaldır ki bir ceza uyuşmazlığının çözülmek üzere yargılama organı önüne getirilmesi anlaşılmalıdır. Ceza davalarını iddia makamı açısından, yani iddia makamını işgal eden makam ve kişiler bakımından ve bu davaların amaçları noktasından ikiye ayırmak yerinde olur. Bu biçimde ikiye ayrılan ceza davalarına asıl ceza davaları ve tali ceza davaları adının verilmesi uygun olur. Asıl ceza davası denince, bir kimseye bir suç isnat edilerek, yargılama yapılması ve bu isnadın yerinde olup, olmadığının araştırılması anlaşılır. Bir başka deyişle, toplumsal yaşam

içinde her gün binlercesi ile karşılaşılan olaylar içinde, belli bazı olayların toplumsal dengeyi bozdukları ve bunun sonucu olarak, bunlara bir yaptırımın uygulanıp uygulanmamasının gerekli olup olmadığının araştırılması zorunlu olur. Bu araştırmayı yaparken, belli bir olayın suç hukuku normları karşısındaki durumu incelenecek, bu inceleme yapılabilmesi için ise yargı organları harekete geçirilecektir. İşte bu biçimde belli bir olayın suç hukuku normları karşısındaki durumunun araştırılması için açılan davaya asıl ceza davası adı verilecektir.

Asıl ceza davalarında iddia makamını işgal eden ve bu görevi yapan organ veya kişiler açısından bu davalar bir ayırıma tabi tutulduklarında, iddia görevi devlet adına toplumsal iddiacı olarak savcılık tarafından yapıldığında, asıl ceza davası, kamu davası adını alır.

Toplumsal iddiacı olan savcının yanında ve onunla birlikte kişinin de iddia faaliyetine katılması durumunda, asıl ceza davasına müdahale yoluyla dava denir. Ancak kişi tek başına iddia makamını işgal ederek ceza iddiasını yaptığı ve bu görevi yürüttüğü takdirde, bir sanık hakkında açılan davaya, şahsi dava adı verilir. Bu açıdan durum değerlendirildiğinde, şahsi davanın da bir asıl ceza davası olduğu, bunun özelliğinin iddia makamını kişinin tek başına işgal etmesi olduğu açıkça ortaya çıkar. Şahsi davada da bir sanık hakkında, onun bir fiilinin suç hukuku normları karşısındaki durumu araştırılır ve sonuçta bu sanık hakkında bir ceza yaptırımının uygulanmasına gerek olup olmadığı konusunda bir sonuca varılır.

2. Kamu davasına oranla fer'i yol olmayışı

Şahsi davanın ikinci niteliği budur. Kamu davasına oranla fer'i bir yol olmayışı denince, şahsi davanın toplumsal iddia makamı olan savcıdan bağımsız olarak ve ona danışmaksızın açılabilmesi anlaşılır. Oysa şahsi dava kamu davasına oranla fer'i bir yol, fer'i bir dava olsaydı, şahsi dava kamu davasının açılmadığı durumlarda, daha doğrusu, savcı tarafından kamu davası açılmasının reddedildiği, dava açmaya gerek duyulmadığı durumlarda açılabilmesi gerekirdi. Fakat durum böyle de-

ğildir. CMUK'nın 344 üncü maddesinde de açıklandığı üzere, "önce C. Savcısının iştirakini tahrike hacet kalmaksızın..." suçtan zarar gören şahsi dava açabilirdi.

3. Kamu davası olanağını ortadan kaldıran bir yol olmayışı

CMUK'da şahsi davanın ancak belirli suçlarda kabul edilmiş olması ve bu yolun özel bir yargılama çeşidi olarak düzenlenmiş olması, bu tür suçlar hakkında kamu davası açılması olanağını ortadan kaldırmamaktadır. Bu demektir ki, şahsi dava yolu mutlak bir yol değildir ve istisnai bir yol olan bu durumdan ayrılarak ana kurala dönülmesi ve kamu davası yoluyla savcılık tarafından suçların kovuşturulması olanaklıdır. Yasa istisnai durumun terk edilerek ana yola dönülmesi belirli bir koşula bağlı tutulmuştur. Bu koşul şudur: Koğuşturmada kamu yararının bulunması. Ancak bu koşulun gerçekleşmesi durumundadır ki, savcılık şahsi davalık bir suçtan dolayı kovuşturma yapmak ve kamu davası açmak ve bunu yürütmek yetkisine sahip olabilmektedir.

Şahsi davaya konu olan suçlar ve bunların temel nitelikleri

1. Şahsi davaya konu olan suçlar

CMUK'nın 344 üncü maddesinde şahsi davalık suçlar sayılmıştı. Bu maddeye bir göz atıldığında, 8 bent olarak sıralanan suçların iki grup içinde mütalaa edilmesinin mümkün olduğu görülür. Bunlar TCK'da yer alan suçlar ve özel yasalarda yer alan suçlardır. TCK'da yer alan, tehdit (m.191/son), konut dokunulmazlığını bozma (m.193/1), sırrın dokunulmazlığına karşı cürümler (m.195 ve 197), müessir fiiller (m.456/son ve 459/1, b.1), hakaret ve sövme (m.480, 482), nası ızzar ve başkasının arazisine hayvan sokmak (m.516/1 ve 518) suçları ile özel yasalarda düzenlenen, haksız rekabet (Tic. K., 64 ve 65), edebi, sınai mülkiyet ve güzel sanatlar mülkiyeti aleyhine suçlar şahsi davaya konu olur. Bu son grupta, İhtira Beratı Kanunu, Markalar Kanunu ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda yer alan suçlar şahsi davalık suçlardı.

2. Şahsi Davaya Konu Olan Suçların Temel Nitelikleri

a) Kişinin sosyal ve ekonomik yaşamını yakından ilgilendiren suçlar oluşu

Şahsi davalık suçlar incelenirken ve kamu davası yoluyla kovuşturulan suçlarla karşılaştırması yapılırken, bu suçların kişiyi yakından ilgilendiren suçlar olduğu söylenir. Bu nedenle de kovuşturmanın kişiye bırakıldığı belirtilir. Suçlar toplumsal dengeyi bozan fiiller olduklarından, bugün için kovuşturma da devletin görevlerinden biridir. Fakat suçlar arasında toplumdaki dengeyi bozma ve ceza kovuşturmalarında toplumsal ve kişisel çıkar açılarından derecelendirme yapmak olanağı vardır. Bunun sonucu olarak devletin cezalandırma hakkını gerçekleştirme, daha doğrusu kanıtlama, şahsi davalık suçlarda kişiye bırakılmakta ve yasalarda bu yol özel olarak düzenlenmektedir.

Bu açıdan konuya bakıldığında, şikâyet ile şahsi dava kavramları arasında bir uyuşma dikkati çekiyor. Şikâyet, suçtan zarar gören kişinin kendisine karşı işlenen suçun kovuşturulmasında bir sakınca olmadığını, bir başka deyişle, kovuşturma yapılmasını istediğini yetkili makamlara bildirmesidir. Öte yandan şikâyet kavramı içinde failin cezalandırılması isteği ve iradesi de açıkça vardır. Şahsi davaya gelince, şikâyetle olduğu gibi, şahsi davada da suçtan zarar gören kişi yetkili yargı organlarına başvurarak, failin, sanığın cezalandırılmasını istemekte ve şikâyetten ileri olarak, iddia makamını tek başına işgal ederek, iddia faaliyetini yürütmektedir.

Şikâyet ile şahsi dava kavramları nitelikleri açısından bu biçimde uyuşunca, neden bazı suçların kovuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu ve neden bazı suçların kovuşturulmasının kişiye bağlı olduğu soruları ile karşılaşırız. Aslında bu iki soruya verilecek cevap aynı temele dayanmalıdır, çünkü bu soruları ilgilendiren iki kavramın da temelde aynı niteliğe sahip olduğunu biliyoruz.

Eskiden beri bazı suçların kovuşturulmasının şikâyete bağlanması konusunda söylenen şudur: Her suç işlendiğinde

bundan bir zarar doğar. Bu zarar da iki yönlüdür, toplumsal zarar ve kişisel zarar. Ayrıca suçların kovuşturulmasında da toplumsal yarar ve kişisel yarar söz konusudur. Yasa koyucular toplumsal zararı ve yararı üstün tuttuklarında, suçu, suçtan zarar görenin bir tahrikine gereksinme duymaksızın kovuşturma yolunu seçerler. Fakat aksine suçtan doğan kişisel zarar ve kovuşturma ile kazanılacak kişisel yarar üstün tutuldukça, kovuşturma için kişinin irade ve istek açıklamasına gerek duyulur. Bu açıdan durum değerlendirildiğinde, suçun işlenmesi ile bir zarara uğramış olan kişinin bu zararını, yapılacak kovuşturma ile daha da çoğaltmamak amacı güdülür.

CMUK'nın 344 üncü maddesinde sayılan suçlara, bu açıklamaların ışığında bir göz atıldığında, iki nitelik, kişiyi topluma oranla daha yakından ilgilendiren ve kişisel zararın daha çok olduğu suçlar oluşu dikkati çekmektedir. Adı geçen maddede sayılan ve TCK'da yer alan suçlar bakımından durum böyledir. Örneğin hafif tehdit, konut dokunulmazlığını bozma, hakaret ve sövme, müessir fiil vb. açısından.

344 üncü maddede dikkati çeken bir başka nitelik de şu noktada ortaya çıkmaktadır: Yasa koyucu gerek haksız rekabet ve gerek sınaî ve edebi mülkiyet ve güzel sanatlar mülkiyetine ilişkin suçlarda koğuşturma yetkisini kişiye vermiştir. Bu durum da gerek ekonomik yaşam ve gerek sanat yaşamında işlenen suçlarda yasa koyucu kişinin zararının daha çok olduğunu ve aynı zamanda, koğuşturma yapılması durumunda suçtan zarar gören kişinin zararının daha da çoğalabileceğini düşünerek, bu alanda kişiye tercihini yapma olanağı tanımaktadır.

Bugün için 344 üncü maddede sayılan her iki grup suç (TCK'da yer alanlar ve özel yasalarda yer alanlar) bakımından, bunların ilk genel ve belirgin niteliğinin, toplumdan daha çok kişiyi ilgilendiren suçlar olduğunu söylemek pek yanlış olmazsa gerek.

b) Suçların sayısını benzetme (kıyas) yoluyla arttırmanın olanaksız oluşu

Yasa koyucu şahsi davalık suçlar için bir liste öngörmüş ve bu listede bazı suçlar bakımından yasaların fıkra ve bent numaralarını belirlemek yolunu seçmiştir. Bu suçların dışın-da başka suçların, daha açık bir anlatımla, yasada sayılmayan suçların benzetme (kıyas) yoluyla şahsi davalık suç sayılması mümkün değildir.

Öğretide kabul edilen bu sonucun mahkeme kararlarında da tekrarlandığı görülmektedir.

Bu sonuca dayanak olarak, yasanın yazılış biçimi, şahsi dava yolunun istisnai bir yol oluşu ileri sürülmektedir.

Şahsi Davada Savcının Durumu

Savcı şahsi davada asli süje değildir, çünkü şahsi dava SZG kişinin tek başına açıp yürüttüğü bir ceza davası türüdür. Ancak yasa koyucu şahsi davayı tüm olarak savcıdan bağımsız ve ayrı düşünmüş de değildir. Savcı şahsi davada ferdin yardımcısı, desteği durumundadır. Bu durumun kabulü, aynı zamanda bugün için ceza kovuşturmasının devlet görevi olmasının bir sonucudur. Bu nedenle yasa koyucu ferdin savcıdan bağımsız olarak belli suçları kovuşturmasını kabul etmekle birlikte, savcının da gerektiğinde işe müdahale edebilmesini öngörmüştür.

1. Şahsi davalık fiil için savcının kamu davası açabilmesi

Savcının şahsi dava yoluyla kovuşturulabilen fiillere müdahale edebilmesinin ilk görünüşü şudur: Bir fiil şahsi davalık olsa bile, bu fiilin savcı tarafında kovuşturulmasına, başka bir deyişle bu konuda kamu davası açılmasına engel olmaz. Ancak şahsi davalık bir fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi, bir takım koşulların gerçekleşmesi ile olanaklıdır. Bunların başında SZG kişinin savcıya başvurması, dava açılmasını istediği fiilden dolayı şikayette bulunması gerekir. Aksi takdirde savcının her zaman harekete geçmesi mümkün olmaz. Bu noktada şahsi dava yoluyla kovuşturulan fiillerin çoğunun kovuşturulması şikayete bağlı fiillerden oluşu hatırlanmalıdır. Ancak yine bazı fiiller de, şahsi davalık olmalarına karşın, kovuşturulması

şikayete bağlı değildir. Demek ki savcının şahsi davalık bir fiilden dolayı kamu davası açabilmesi koşulları incelenirken, fiilin koşturulması şikayete bağlı şahsi davalık fiillerden olup olmadığı düşünölmelidir. Kovuşturulması şikayete bağlı fiillerde, şikayet koşulu gerçekleşmedikçe, savcılık harekete geçemeyecektir. Fakat şikayete bağlı olmayan şahsi davalık fiillerde savcının fiili herhangi bir biçimde öğrenmesi yeterli olacak, yoksa teknik anlamda şikayetin varlığı aranmayacaktır. Bu ikili ayırımın dışında, şahsi davalık bir fiilden dolayı savcının kamu davası açabilmesinin ikinci koşulu, kovuşturmada “kamu yararının”, yasanın deyişii ile amme menfaatinin bulunmasıdır. Ancak bu koşulun da gerçekleşmesi ile şahsi davalık bir fiil için savcılık kamu davası açmak yoluna gidebilecektir. Aksi takdirde fiilin koşturulması konusunda SZG kişiyi serbest bırakacak ve kişi isterse dava açmak yoluna gidecektir.

2. Kamu yararı kavramı

Bu noktada önemli kavram, kamu yararı kavramıdır. Kamu yararı nedir, sorusuna açık bir cevap verme olanağı yoktur, çünkü ilkin yasa bu konuda susmaktadır. Demek ki bu kavram yoruma muhtaçtır. Alman hukukunda, uygulamaya ışık tutmak amacıyla saptanan ilkeler içinde kamu yararı kavramına yer verilmiştir. Buna göre işlenen fiilin hukuki barışı SZG'nin yaşadığı çevreyi aşan biçimde bozmuş ve kovuşturma yapılması kamunun isteğı durumuna gelmişse, kovuşturmada kamu yararı vardır. Örneğın fiilden doğan zararın çok büyük olması, fiilin tehlikelilik veya kabalık ve sertliğı, failin adi ve aşağılık nedenlerle hareket etmesi veya SZG'nin kamuoyu önündeki durumu gibi nedenlerle kamu yararının varlığını gösterir.

Türk hukukunda ise bu biçimde ilke kurallar yoktur. Bu kavramı aydınlatmak için öğretide ileri sürölen bazı örnekler vardır. Örneğın Kunter, küçöklere ve kısıtlılara karşı işlenen suçlarda, bunların kendilerini hakkıyla savunamayacakları düşünölmürse, savcıların onların haklarını koruma görevini üzerine almaları gerekeceğı söylenebilir. Ayrıca suç kamuoyunu ilgilendiren biçimde işlenmişse, kovuşturmada yine kamu yararı vardır. Suçlunun kişiliğinin de bu konuda önemi vardır.

Suçta itiyat ve gecikme halinde fiilleri ciddi biçimde kovuşturmak için gerekli tedbirleri alma toplumun görevidir, demektir. Yine kamu yararı kavramı konusunda Erem, basın yoluyla işlenen suçlarda, kamu adına kovuşturma yapmakta gerek davacı, gerek sanık ve gerek kamu bakımından savcının kovuşturmayı yürütmesinde yarar vardır.

Savcı sözü geçen takdir yetkisini kullanırken iki olasılık söz konusu olur: Savcı olayda kamu yararını kabul eder veya etmez. Bu iki duruma göre daha sonraki sonuçları ele almamız uygun olur.

Savcı kendisine başvuru fiilden ötürü kovuşturmayı yürütmekte kamu yararı bulunduğu sonucuna varırsa, davayı kendisi açar ve yürütür. Bu dava da kamu davasıdır, ona ilişkin ilkeler uygulanır. Bu durumda da SZG artık savcının yanında iddia görevini yürüten müdahil durumundadır. Savcı olayda kamu yararının bulunduğunu kabul ettiğinde, bu sonuç, yargılamanın taraflarını, SZG'yi sanığı ve mahkemeyi bağlar. Örneğin mahkeme olayda kamu yararının var olmadığını ileri sürerek davayı reddedemez. Yargıtay da bu konuda aynı görüştedir.

Bu konudaki ikinci olasılık savcının olayda kamu yararı görmemesidir. Bu durumda kovuşturmayı yürütemeyeceğini ve isterse şahsi dava açabileceğini SZG'ye bildirmelidir. Savcının bir olayda kamu yararı görmeyerek kovuşturmayı yürütmeyeceğini bildirmesi ilk bakışta, CMUK'da kabul edilen (m.148) kamu davasının mecburiliği ilkesine bir ayrık olmaktadır. Çünkü genel yargılamada yeterli şüphe savcının kamu davası açması için yeterli iken, şahsi davayı ilgilendiren bir durumda, kovuşturma için yeterli şüphe nedenleri bulunsa bile, savcının kovuşturmayı yürütmesi ve dava açması için kamu yararının bulunması gerekmekte ve daha da önemlisi, bunu takdir savcıya ait olmaktadır. Bu biçimde bir ayrık tanınmasını şahsi davanın özelliğinde aramak yanlış olmaz, çünkü şahsi dava temelde kişinin tek başına yürüttüğü bir kovuşturma biçimidir ve ancak gerektiğinde savcı kişinin desteğindedir.

3. Savcının dava açmayı reddetmesi

Savcı kamu yararını kabul etmeyerek dava açmayı reddederse, bu karara karşı başvurma yollarımız var mıdır, sorusu cevaplanması gereken bir sorudur. Alman hukukunda yazarlar oybirliği ile kamu yararını takdir yetkisinin savcının görevinden doğduğunu ve savcının red kararına karşı ancak idari başvurma yapılacağını belirtiyorlar. Türk hukukunda bu konuda iki düşünce de savunulmaktadır. Erem soruya cevap ararken savcının gerekçesinin önemli olduğunu, savcının yeterli şüphe bulunmadığı için dava açmaması durumunda, bu karara karşı itiraz yoluna başvurulabileceğini, fakat savcının kamu faydası görmemesi durumunda, bu karara karşı kovuşturma davası açılmayacağını, bunun yargılama ilkelerine aykırı düşeceğini ileri sürmektedir. Buna karşılık Kunter, yasada kamu yararı kavramının sınırlarının çizilmediğini, işin savcının keyfine kaldığını, savcının kamu yararı görmedik diyerek işi başından atabileceğini, bu nedenle savcının kamu yararı görmedim demesini takipsizlik kararı saymak ve itiraz (kovuşturma davası) olanağını tanımak gerekeceğini, yorum yoluyla bunun olanaklı olduğunu, savcısının kamu yararı görmemesinin, kamu davası açmamak olduğunu kovuşturma yapmamasının da sonuçta başka bir şey olmadığını söyleyerek, savcının kamu yararı olmadığı için dava açmayı reddeden kararına karşı kovuşturma davası açılmasını önermektedir. Yargıtay ise bu konuda, “saniğe yüklenen suç, şahsi dava yoluyla kovuşturulan suçlardan olmasına ve bu gibi işlerde C. Savcısı tarafından, kovuşturmaya gerek olmadığı biçiminde verilen kararlar, olayda kamu yararı görmeyerek davaya katılmanın mümkün olmadığını açıklanmasından ibaret olmasına ve kamu yararının takdirinin ise C. Savcısına ait olduğuna göre, bu gibi kararlara karşı itiraz yoluna gidilemeyeceği halde, ağır ceza başkanlığınca itirazın kabulü ile takipsizlik kararının kaldırılması ve kamu davasının açılmasının kabulü yolsuzdur” demiştir. Ancak yüksek mahkeme bir başka kararında, savcının red kararına karşı kovuşturma davasını kabul etmiştir.

Kanımca bu sorunun cevabı şu noktada bağlanmaktadır: Savcının kamu yararı konusundaki takdiri mutlak olarak tanı-nacak mıdır, yoksa bu yetki bir denetime tabi tutulacak mıdır? Bu konuda savcılarının önlerine gelen işlerde devletin iddia or-ganı olarak, kamu yararını amaca uygun biçimde değerlendi-receklerinden emin olabilirsek, bu alanda denetime de gerek duymayız. Yok aksine böyle bir değerlendirme yapılmaz ve takdir yetkisinin sınırları aşılarak, keyfiliğe kaçan davranışlar içine girilirse, bu durumda bu kararların denetlenmesi uygun olur. Bu nedenle bu sorun karşısında varılacak olan sonuç, bu soruna eğilen kişinin, savcılarının davranışları karşısında edin-diği düşünceye göre değişecektir. Bence Türkiye’de bütün adli mekanizma içinde işlerin her geçen gün giderek arttığından şikayet edilen bir ortamda, savcılarının yasayla da kesin sınırları çizilmemiş olan bir durumda, bu takdirini işleri üstlenmekten kaçınma biçiminde kullanacakları doğal sayılabilir. Ancak bu durum yine de bir ceza kovuşturmasında ve kişinin devletin yetkili iddia organından yardım istediği bir durumda bağışla-namaz. Bu nedenle savcının gerekçe göstermeksizin “kamu ya-rarı görmedim, kişi şahsi dava açsın” biçimindeki sonuçlarının denetlenmesi yerinde olsa gerekir.

4. Savcının açılmış davaya katılması

Savcı bir fiilden dolayı kamu yararını başta reddetmesine ve dava açmayı SZG kişiye bırakmasına rağmen, sonradan bu ko-nuda dava açıldığı takdirde dahi, şahsi davaya katılarak, onu üzerine alması olasılığı vardır. Bu kendisine tanınmış yasal bir yetkidir (CMUK, m. 347). Yasada savcının davayı üstlenme yetkisini işin her halinde kullanabileceği açıklanmıştır. Bu yet-kisini kullanmasının sınırı, dava konusundaki hükmün kesinleşmesidir. Hüküm kesinleşinceye kadar savcının şahsi davayı kamu davasına dönüştürmesi olanağı vardır. Ayrıca belirtiyim ki, bu üstlenme sanık lehine olabileceği gibi, sanık aleyhine de olabilir. Fiilden dolayı dava açılmış olmasına rağmen, henüz duruşma açılmamış veya duruşma açılmış ise, yine de savcının davaya katılması mümkündür. Aynı biçimde esas mahkemesi dava hakkında karar vermiş ve bu karar Yargıtay’da bozulmuş

ise, hüküm kesinleşmemiş olacağından, savcının katılma hakkı vardır. Bütün bu durumlar da gösteriyor ki, önemli olan hüküm kesinleşmemiş olmasıdır.

Savcının kovuşturmayı üzerine alması biçimine gelince, bu konuda beyanın yeterli olduğu yasada açıklanıyor (m.347/2). Alman hukukunda beyanın yazılı veya sözlü olabileceği belirtiliyor. Türk hukukunda ise, beyandan ne anlaşılması gerektiğine çözüm aranırken, bunun bir iddianameden başka bir şey olmayacağı açıklanıyor. Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay savcının duruşmaya gelerek mütalaada bulunmasını kovuşturmaya başlamak olarak yorumlamıştır. Kanımca da şahsi davayı kamu davasına çevirmek için mutlaka bir iddianame yazmasını ve mahkemeye sunmasını aramak gerekli değildir, çünkü gerektiğinde, duruşma sürerken de davaya katılacağını mahkemeye bildirebilir ve bu isteği de tutanağa geçirildiğinde, şahsi dava kamu davasına dönüşmüş olur. Yoksa mutlaka bir iddianame biçiminde bir katılma istemek, ceza yargılamasında bugün için kabul edilen kovuşturmanın bütünlüğü ilkesi ile de çelişecektir, çünkü bu ilke gereğince devlet içinde kovuşturmanın bir bütün olduğu ve kovuşturma makamını işgal edenlerin değişmesine karşılık, kovuşturmanın tümlüğünü koruyacağını ve bir kovuşturmanın başlattığı görevi diğerlerinin olduğu yerden sürdürecekleri ve bu konuda yeni iddianame yazmak ve mahkemeye sunmak gibi tekrarlardan kaçınılacağı da kabul edilmektedir. Bu nedenle kovuşturmanın bütünlüğü ilkesinden şahsi davadan kamu davasına geçerken bir ayrık yapmaya gerek yoktur sanırım ve bu konuda gelerek beyanda bulunmak yeterli sayılmalıdır.

Savcının bir beyanla kovuşturmayı başlattığı durumların dışında, yasada bazı durumlarda kovuşturmanın kamu adına başladığı varsayılmıştır. Bu durum şahsi dava konusunda verilen bir karara karşı savcının kanun yoluna başvurmasıdır (m.347/3). Bu başvurma itiraz biçiminde olabileceği gibi, temyiz yoluna giderek de olabilir. Yargıtay da savcının kanun yoluna başvurusunun şahsi davayı kamu davasına çevireceğini kabul etmiş ve bu doğrultuda kararlar vermiştir.

Savcının ister yasa yoluna giderek, ister beyanla olsun kamu adına kovuşturmaya başladığı davalar artık kamu davasıdır ve ona ilişkin ilkeler uygulanmak gerekir. Bunun bir sonucu da SZG açısından, daha doğrusu şahsi davacı açısından, çünkü dava kamu davası olunca SZG de müdahil olur ve müdahaleye ilişkin kurallar onun hakkında uygulanır (m.347/son).

Bu konuda son bir sorun da şudur: Savcı şahsi davaya katılarak onu kamu davasına çevirirse, savcı davaya bulunduğu durumda mı katılmış olur, yoksa davanın niteliği değiştiğinden, yargılamanın baştan başlaması ve tekrarlanması söz konusu olabilir mi? Bu sorun daha önce ele aldığım bir şahsi davacının açtığı bir başka şahsi davacının katılması sorunu ile benzerlik göstermektedir. Ancak hatırlanacaktır, orada yasadaki bir kural vardır (m.345/2) ve buna göre sonradan katılanlar, dava ne durumda ise o durumda katılmaktadırlar. Fakat buna rağmen ben sonradan katılan davacının yasanın 239 uncu maddesinden yararlanarak, delillerin tartışması bölümü sonuçlanmış olsa bile, kendi yeni delillerini ileri sürebileceğini savunmuştum.

Bu sorun karşısında da aynı sonuca varılabileceğini sanıyorum. Gerçi yasadaki bu konuda -diğer durumdaki kadar- açık bir kural yok ama, 347/3 de yer alan, "... Cumhuriyet Savcısı takibata başlarsa ondan sonra cereyan edecek muameleler..." terimi bu konuda da bir tekrarın istenmediği ve yargılamanın kaldığı yerden süreceğini açıklamaktadır.

CMK'nın yaklaşımı ve öneriler

CMK şahsi dava yolunu kaldırmıştır. Şahsi dava yolunun kaldırılması hatalıdır. Bu yol, ceza yargılamasında demokratik yaklaşımda hak arama özgürlüğünün bir göstergesidir. Kanımca doğru tercih, bu yolu kaldırmak değil, buna olanak veren suçların sayısını arttırmaktır. Bu konuda izlenecek yol şöyle olabilir : İlk CMUK'nın 344. maddesinde yer alan suçlar, CMK'da şahsi dava düzenlenirken bu kapsama alınmak gerekir. Bunun dışında, yeni TCK ve suç içeren özel yasalar

taranarak, şahsi davanın temel niteliği olan, kişiye karşı işlenen suçlarda, belirli bir ağırlıkta olanlar da şahsi dava yoluyla kovuşturulabilir. Bu konuda bkz. Yurtcan, Şahsi Dava).

Şahsi davanın, yargılamada sonuç alamamaktan ötürü, çok daha önemli suçların işlenmesini önleyen bir kalkan olduğu dikkatten kaçırılmamak gerekir. Bir suç nedeniyle savcılığa yapılan suç duyurusu, savcının takipsizlik kararı ile sonuçlandığında, suçtan zarar görenin bunu içine sindirmemesi mümkündür. Bu durumda, şahsi davalık bir fiil çok daha önemli suçlara zemin hazırlayabilir. Ceza hukuku ile ceza yargılaması hukukunun amacı bu olamaz. Bu nedenle, şahsi davayı öngören bir sistemde, SZG savcıdan bağımsız olarak şahsi dava açmak ve faili sanık sandalyesine oturtmak hakkına sahip olunca, bu yol bir emniyet supabı oluşturacaktır.

Şahsi davayı sulh mahkemelerin toplamak da uygun bir çözümdür. Bugün şahsi dava konusundaki yakınmaların temeli, CMUK'da öngörülen "süzgeç" görevinin yerine getirilmemesidir. Bu sorun aşıldığında, bu yol korunabilir.

Sonuç

CMK'nın şahsi davayı kaldırmış olması, uygulamada büyük yakınmalar doğurmuştur. Savcılıklar, CMUK sisteminde şahsi davalık olan suçların hazırlık soruşturması ile büyük zaman harcamaktadırlar. Bu durum, önemli suçların soruşturmasının gecikmesi ve istenilen biçimde yürütülememesi sonucunu doğurmaktadır. Bundan ülkenin suçla mücadele konusunda zarar göreceği mutlaktır.

Şahsi davanın kaldırılmasında etkin olan düşüncelerden biri de, suça maruz kalan kişinin şahsi davayı açmak konusunda hukuki yardım alamamasıdır. CMK'nın yürürlüğü ile, mağdur ve şikayetçi de baroların atayacağı avukatlardan yararlanmak hakkına sahip olduğuna göre, bu düşüncenin temeli kalmamıştır.

Öte yandan, CMUK'da olduğu gibi, CMK'nın kuracağı yeni sistemde, şahsi davalık bir suç için savcının, kamu yararı bulun-

duğunda kamu davası açabilmesi, açılmış bir şahsi davayı kamu davasına dönüştürmesi öngörüldüğünde, sistem işleyecektir.

Bu konuda son söz şu olmalıdır: Hatadan dönmek erdemdir.

CMK'da Bir Baş Ağrısı : Temyiz Yargılamasının Kapsamı

Temyiz incelemesi ilke olarak temyiz dilekçesi ve temyiz layihasında ileri sürülmüş olan noktaları kapsayacaktır. Bu konuyu ele almadan önce temyiz dilekçesi ve temyiz layihası kavramları üzerinde kısaca durmakta yarar vardır.

Temyiz dilekçesi ve temyiz layihası

Temyiz dilekçesi, mahkemenin son kararının temyiz edildiğini, bu kararın temyiz yolunda bir kez daha incelenmesi istemini içeren dilekçedir. Kısaca temyiz davası bu dilekçeyle açılır (m.291). Bu dilekçede bu istemin yanı sıra, son kararın hangi noktalarında hukuki ihlallerin bulunduğu da açıklanır. Fakat bunun yapılması, özellikle ihlallerin maddi hukuka mı yoksa yargılama hukukuna mı ilişkin olduğunun temyiz dilekçesinde belirtilmesi zorunlu değildir.

Temyiz layihası ise, temyiz davası açanın temyiz nedenlerini ve hukuki ihlalleri gösterdiği bir dilekçedir. Kişi temyiz dilekçesinde, istemini dayandırdığı nedenleri belirttiğinde, bir de temyiz layihası vermesi gerekmez. Fakat bunları belirtmemişse, ya da belirtmiş olmasına rağmen, daha ayrıntılı bir layiha vermesinde bir sakınca yoktur (m.295). **CMK, önceki yasanın aksine, temyiz davası açanın yalnızca temyiz istemini açıklamış olmasını yeterli saymamış, temyiz nedenlerini ve dayandığı hukuki ihlalleri göstermesini aramıştır (m.294). Bu bir yeniliktir.**

Temyiz layihasının verilmesi süresi şöyle düzenlenmiştir: Temyiz dilekçesinin verilmesi için belirli olan sürenin (tefhimden başlayarak 7 gün) bitmesinden ya da son kararın gerekçesi henüz bildirilmemişse, bu bildirimden itibaren 7 gün içinde temyiz layihası verilebilir (m.295).

Fakat önceki yasa döneminde, Yargıtay temyiz incelemesinde, ister temyiz dilekçesinde, ister layihasında ileri sürülmüş olsun ya da olmasın tüm noktalarda inceleme yaptığından, temyiz layihasının verilmesi sürelerine uyulmasının önemi azalmıştır. Bu bakımdan temyiz incelemesi sırasında layihanın dosyada var olması, incelemede göz önünde tutulması için yeterli ve geçerlidir. Yargıtay eski bir İBK'da soruna açıklık getirmiştir. Kararda şöyle denilmektedir: "CMUK'nun 314 üncü maddesinde işaret edilen temyiz layihısından temyiz maksadı anlaşıldığı takdirde, bu layiha yalnız yasal süresinden sonra verilmiş olmasından dolayı hükümsüz sayılamaz. Bu nedenle, layihada gösterilen bozma nedenleri sanığın aleyhine olduğunda, aleyhte temyiz incelemesi yapılabilir." (İBK, 17.5.1939, E.25/K.45). Kararın gerekçesinde 314 üncü maddede öngörülen bir haftalık süre yorumlanırken, bu sürenin dosyanın yerel mahkemede uzun süre bekletilmesinin önüne geçmek olduğu açıklanmaktadır. (Kararın metni için, Yurtcan, Şerh, 3. bası, md.314).

Bu konuda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun üç yeni kararı önemli noktalar içermektedir: Yar. CGK, 14.5.1996, E.4-86,K.91 (YKD, Kasım 1996, s.1798-1801); Yar. CGK, 19.12.1994, E.3-323, K.344 (YKD, Haziran 1995, s.956-959); Yar. CGK, 14.11.1994, E.6-262, K.280) (YKD, Nisan 1995, s. 644-647).

Sanık temyiz davası açmışsa, temyiz dilekçesi ya da layihası kendisi ya da müdafii tarafından imzalanarak verilir. Sanığın müdafii yoksa, tutanağa geçirilecek beyanla da temyiz isteminin gerekçelerini ileri sürebilir. Bu tutanağın başkana ya da yargıca onaylatılması gerekir (m.295).

Temyiz incelemesinin kapsamı

Yargılama hukuklarında egemen olan temel ilke, yargı organlarının yargılama konusu ile bağlı olmalarıdır. Bu temel ilke ceza yargılamasında da yansımaları bulmuştur. "Davasız yargı olmaz" ilkesi bu ilkenin bir sonucudur.

Yeni yasaya göre, Yargıtay, yalnız temyiz dilekçesi veya beyanında belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin nok-

sanlardan kaynaklanmışsa, temyiz dilekçesi veya beyanında bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar(m.301).

Bu değişikliklerle, önceki yasada yer alan, ileri sürülmemiş aykırılıkların da incelenmesi ilkesi terk edilmek istenmiştir. Ancak bu sonuca ulaşıldığı konusunda önemli kuşkular vardır.

Konunun satırbaşlarını oluşturmaları nedeniyle, CMK'nın 294, 289 ve 302 nci maddelerinin birlikte yorumlanması gerekir.

294 üncü madde, temyiz eden, hükmün neden dolayı bozulmasını istediğini temyiz başvurusunda göstermek zorundadır. Temyiz sebebi, ancak hükmün hukukî yönüne ilişkin olabilir, demektir. Bunun anlamı şudur : Temyiz eden, temyiz nedenlerini belirtmek zorundadır. Bunlar, hukuki nedenler olmalıdır, yani hükümdeki hukuki değerlendirmelerde hatalar olmalıdır. Bunlar ileri sürülmelidir. Örnek 1 : Esas mahkemesi sanığın fiilini güveni kötüye kullanmak olarak nitelerek gerekirken, zimmet olarak nitelmiştir. Örnek 2 : Sanık suçun basit halinden ötürü cezalandırılmak gerekirken, ağırlaşmış halinden mahkum edilmiştir.

302 nci madde, Yargıtay, temyiz edilen hükmü, temyiz başvurusunda gösterilen, hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle bozar. Bozma sebepleri ilâmda ayrı ayrı gösterilir. Bu maddede sözü edilen hukuka aykırılıklar yargılama hukukuna ilişkin olmalıdır, çünkü "hükmü etkileyecek etkilemeyecek aykırılık" kavramı bu tür aykırılıklar içindir. Maddi hukuka her aykırılık hükmü mutlaka etkiler ve bu nedenle hüküm bozulur. Bunun istisnası olamaz.

Hüküm, temyiz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bozulduğunda, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan bütün diğer hukuka aykırılık hâlleri de ilâmda gösterilir.

Hükmün bozulmasına neden olan hukuka aykırılık, bu hükme esas olarak saptanan işlemlerden kaynaklanmış ise, bunlar da aynı zamanda bozulur(m.302/4). Bu CMUK'nın 321/2. maddesinin bir tekrarıdır ve son derece faydalı bir normdur. Gereçeğe uygun ve adil sonuca ulaşmada önemli

bir ilkedir. 321/2. maddenin uygulaması ile, Yargıtay başarılı sonuçları yaratmıştır. Bu hükmün niteliğini ve sonuçlarını iyi anlayamayanlar, CMUK döneminde Yargıtay'ı istinaf yargılaması yapmakla suçlamışlardır. Bu suçlamalarda hiçbir haklılık payı yoktur. Esas mahkemesi, bilirkişi incelemesi ya da tanık beyanları sonucu, sanığın fiilini yanlış nitelemişse, Yargıtay CMK'nın uygulamasında da 302/4. maddeyi kullanarak hükmü bozacaktır. Bu bozmayı yaparken doğal olarak bilirkişi incelemesinin ve tanık beyanlarının da geçersiz olduğunu kararında belirtecektir.

CMK'nın 302/5. maddesi, 289 uncu madde hükümlerini saklı tutmaktadır.

Bu noktaya kadar yazdıklarım birlikte yorumlandığında, şu sonuçlar doğar: Temyiz incelemesi, temyiz istemindeki çerçevede yapılır, yani temyizde ileri sürülen hukuka aykırılıklar göz önünde bulundurulur. Ancak, bu nedenle bir bozma gerçekleştirildiğinde, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan bütün diğer hukuka aykırılık hâlleri de ilâmda gösterilecektir. Bu durumda Yargıtay, ileri sürülmeyen nedenlerden ötürü de hükmü bozabilecektir. Demek ki, önceki yasa açısından geçerli olan yöntem, ileri sürülmeyen nedenlerin de temyiz yargılaması kapsamında mütalaa edilmesi sonucu benimsenmektedir. Ayrıca, bu bozma ile, hükmün dayandığı işlemler de bozulacaktır, söz gelimi bir bilirkişi raporu ya da tanık beyanı.

Yasanın bu konuda 289 uncu maddeyi saklı tutması da ilginçtir. Bu madde, mutlak bozma nedenlerini içermektedir. Bir olayda yapılan temyiz yargılamasında, hükümde 289 uncu madde kapsamında hukuka aykırılıklar saptandığında, hüküm bozulacaktır. Bunun için, bu nedenlerin temyiz isteminde ileri sürülmesi aranmayacaktır.

Son söz:

CMK, önceki yasanın sistemini korumaktadır. İstemle sınırlı temyiz yargılaması yöntemini getirmek isterken, bu kadar istisna konulursa, bunun anlamı, eski sistemin devam etmesi-

dir. Demek ki, yeni yasa döneminde de, temyiz yoluna gidildiğinde, herhangi bir neden göstermek, hükmün tüm yönleriyle incelenmesi için yeterli olacaktır.

CMK yapılırken iki yöntemden biri tercih edilebilirdi. Birincisi, CMUK'nın sistemi korunurdu. Bu sistem ülkemizde yerleşmişti ve sıkıntısız uygulanmaktaydı. İkincisi, CMK'nın temyiz yolunu istinaftan sonraki bir kanun yolu olarak düzenlediği dikkate alınarak, yeni bir sistem kurulurdu. Bu sistem, katı bir biçimde, davasız yargı olmaz, ilkesine dayanırdı. Bunun sonuçları şu olurdu: Temyiz davası açan, temyiz dilekçesinde ve layihasında tüm aykırılıkları belirtmekle yükümlü tutulurdu. Temyiz incelemesi de bu kapsamla sınırlı yapılırdı. Yargıtay, bu sınırların dışına çıkamazdı. Böyle bir sistemin ilk hareket noktası, kaçınılmaz bir sonuç olarak, müdafisiz sanık olmaz, ilkesinin üstüne oturtulmak zorundaydı. Bu yöntem, temyiz isteminin bir hukukçu tarafından yapılmadığında, başarılı olamaz. Böyle bir şans yoktur.

Kanımca, CMK yapılırken, bu noktalar dikkate alınmaksızın, yasada yeni bir yöntem yaratılmak istenmiştir. Fakat başarıya ulaşamamıştır. Yukarıda yorumlamaya çalıştığım "yeni" normlar, temyiz yoluna serpilen çakıl taşlarıdır.

Yıldızları Korumak

O tarihler çok eskilerde kaldı. Yıl 1958. Futbolda Dünya Kupası oynanıyor. Brezilya her zamanki gibi iddialı. Takımda bir genç oyuncu var; henüz 17 yaşında, adı Pele, yedek kadroda. Bir sakatlık nedeniyle, Pele oyuna alınıyor; herkese parmak ısırtıyor. Tribünler ve futbol camiası dalgalanıyor. Dünya futboluna bir yıldız geliyor ve kısa sürede tahta oturuyor.

Aradan yıllar geçiyor. Çok değil, belki bir Dünya Kupası, belki iki. Bir sorun patlak veriyor UEFA ve FIFA çevrelerinde. Dünya yıldızlarının mutlaka korunmaları gerek. Bunu yadırgayanlar oluyor. Kimilerine göre, futbol oyun kuralları ve disiplin normları herkes için eşittir. Kimilerine göre, yıldızlara karşı girişilen kasti ve futbol hayatını bitirebilecek hareketler

göz ardı edilemez. Hakemlerin bu konularda daha dikkatli ve özenli olmaları gerekir.

Ülkemizde oynanan futbol maçlarına bir bakınız. Bazı oyuncular profesyonellik bağlamında “cinayetler” işliyorlar. Öyle hareketlerle karşılaşılıyor ki, bunun sporda yeri olamaz. Belki dikkati çekmek için, belki rakibi oyundan düşürmek için, bu hareketler yıldız oyuncuları hedef alıyor. Bunlar futbolu çirkinleştiren davranışlar; savunulacak yanı olmayan hareketler.

Bunlar nereden mi aklıma geldi? Arjantin’in yıldızı Messi topu her ayağına aldığı anda, rakipler tarafından yere indirilince, Maradona adeta isyan etti: Yıldızları korumak gerek.

Bunun için ne mi yapmalı? Elbette futbolun da disiplin kuralları var. Bu kurallar işletilirken, ceza hukukundaki bir ilke-den yararlanmak mümkün. Nasıl mı ? “Fail”in amacı, kastı ön planda değerlendirildiğinde, hareketin doğurduğu zarar ve tehlike dikkate alınarak cezanın ağırlaştırılması kaçınılmaz bir sonuçtur; caydırıcı etkisi olur.

Yoksa, hangi ülkede olursa olsun, yıldızları nasıl koruyacaksınız ki.

