

BİR CEZACIYLA GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE

B&M

Prof. Dr. Erdener YURTCAN

8.Kitap



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 258

BİR CEZACIYLA GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE

ISBN: 978-605-9050-95-1

© Türkiye Barolar Birliği
Yayınlanma Tarihi: Ağustos 2016, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barıő 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

BİR CEZACIYLA GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE

B&M

Prof. Dr. Erdener YURTCAN

8.Kitap

Ağustos 2016

ANKARA

İÇİNDEKİLER

Önsöz	7
Harekete Geçme Zamanı	9
Dosya Yeniden İncelenmeli	12
Başsavcı Neden İtiraz Etmeli?	13
Ve Perde!	15
6545 Sayılı Yasanın(5. yargı paketi) CMK'da Yaptığı Değişiklikler ve Yorumu	19
“Çağdaş demokrasilerde“ conditio sine qua non” - olmazsa olmaz- bağlamında güçlü ve bağımsız avukatlık”	37
Bunları Yapmaya Hakkınız Yok!	43
Bir Karar Veriniz Artık!	45
Bir Mahkemem Bile Yok!	48
Üzülmemek elde değil!	50
Bizden ne kötülük gördünüz?	52
Adaletin bu mu Yüksek Yargıtay?	53
Ülkemizde Avukatlığın Esasları(Model Arayışı)	58
Ceza Genel Kurulunun yorumuna katılmıyorum!	62
Hukuka Aykırı Delilde Son Durak	63
İşte Yargıtay, işte karar!	65
Buyur AB, işte uygulama!	67
CMK'da bir boş umut: uzlaşma	69
Basın Suçları Dünyasında Yeni Hukuk Düzeni	71

Yasalar adalet için değil mi?.....	76
Herkes herkesin arkadaşı!.....	81
Bildirinin Konusu : Ceza Yargılamasında İstinaf (Adalet Bakanlığı Tasarılarının Değerlendirilmesi).....	83
TCK'NIN 2 YILI - TEORİ VE PRATİKTE KARŞILAŞILAN SORUNLAR (16-17 Haziran 2007) (TCHD) (Galatasaray Üniversitesi)...	90
Yanlış seçim : İstinaf Kanunyolu	115
Hukuki Rapor.....	120
CMK'da İstinaf-Temyiz Sistematiği- Değerlendirmeler-Öneriler	141

Önsöz

Elinizdeki kitap, **Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze** isimli dizinin **8. Kitabı**.

Sözün özü, dizi yol alıyor. Bu kez de formatta değişiklik yok. Günlük yazılarım, bazı bilimsel çalışmalara sunduğum bildiriler, raporlar, konferanslar değişik konuları içeriyorlar, serinin daha önceki kitaplarında olduğu gibi.

Bu seri, bir bellek tazeleme aracıdır. Geçmişte yaşananlarla ilgili olarak yaptığım yorumları ve tespitleri bu seri aracıyla hatırlama fırsatını yakalayabiliyoruz. Amaç zaten bu.

Bu serinin girişinde bu bölümü yazarken bir husus her zaman aklıma gelir. Onu sizinle paylaşmak isterim. Aslında bu seri bence aradan uzun süreler geçtikten sonra, bizden sonraki kuşaklar için bir kaynak oluşturabilecek. Yazdıklarımı okuyanlar, demek bunlar şunlar yaşanmış, diyecekler. Bu da seride yer alan kitapların amacına ulaştıklarını gösterecek. Bundan daha güzel bir şey olabilir mi? Elbette olamaz.

Kitabı **Türkiye Barolar Birliği** ile yayınlıyoruz. Başta Yönetim Kurulu olmak üzere, emeği geçen herkese teşekkür ederim.

Yeni çalışmalarda buluşmak dileğiyle...

Prof.Dr.Erdener Yurtcan

Tarabya, Haziran 2016

Harekete Geçme Zamanı

Ülkemizde ceza adalet sistemi uzun bir süredir çok acı çek-tirdi, çektiriyor. Şimdi mutlu ve aydınlık günlere ulaşmak için harekete geçmek zamanıdır. Türkiye Barolar Birliği(TBB) bu konuda yasaların verdiği görevi yerine getirdi ve ilk adımı attı. Kutlamaya değer bir tavır ve davranış. Şimdi taşın altına elini sokma zamanıdır.

Neler yapılmalıdır, sorusuna yerimin yettiği ölçüde cevap-lar vermem uygun olur.

DGM'ler kaldırılırken özel görevli mahkemelerin(ÖGM) ve savcılıkların kurulması temel bir hata olmuştur. Bu tavır, DGM tabelalarının kaldırılması, fakat bu mahkemelerin kaldırılma-ması sonucunu ortaya koymuştur. Olayların akışı içinde Silivri yargılamaları sürerken yasa değişikliğine gidilmiştir. ÖGM'ler kaldırılmıştır, fakat kaldırılmamıştır, çünkü bu mahkemelerin baktıkları davalar kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar görev yapmaları bir geçici hükümle yasaya yerleştirilmiştir. Bunu hiçbir gerekçeyle açıklayamazsınız. Ayrıca aynı yasa değişikli-ği ile bir de Terörle Mücadele Mahkemeleri(TMM) kurulmuş-tur. İşte size üç ayrı türde ağır ceza mahkemesi. Böyle bir yargı birliği olur mu? Olmaz elbet. Bu konuyu daha önce çok kez bu sayfada yazdım, fakat bugünlere gelindi. Şimdi TBB'nin çıkışı ile siyasal iktidar da aynı noktada buluşursa, umutlu olabiliriz, güzel çözümler üretmek adına.

Somuta gelirsek, elbette ÖGM'ler ve TMM'ler kaldırılmalı-dır. Ülkenin ağır ceza mahkemeleri her türlü davayı görebile-cek hukuk donanımına(bilgi+tecrübe) sahiptir. Bu konuda en küçük bir kuşku yoktur.

Bu bağlamda ÖGM'ler tarafından verilen ve halen Yargıtay'da olan dosyalar vardır. ÖGM'ler kaldırıldığında, bu dosyaların geleceği nasıl belirlenecektir? Bu konuda yapılacak olan yeni bir yasal düzenlemeye bir geçici norm eklenmelidir. Bu norm, dosyaların Yargıtay'ca ele alınmasını, ÖGM'lerce ve-rilen hükümlerin bozulmasını(bu mahkemelerin görevi sona

erdiği için) ve görevli ağır ceza mahkemelerine gönderilmelerini öngörmelidir. Böylece davalar yeniden ele alınabilecek ve yargılama yapılabilir.

ÖGM’lerde görülen, Yargıtay tarafından onanan dosyalar için çözüm ne olabilir? Değişik seçenekler düşünülebilir. İlk seçenek bir genel aftır. Genel af bir siyasal tercihtir. Bu tercih kullanılabilir. İkinci seçenek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının Balyoz Davasında dairesinin verdiği karara karşı, Başsavcının itirazı kanun yoluna gitmesidir. Bu durumda dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulunda ele alınacak ve yeni bir değerlendirme, Yargıtayın en üst kurulunda yapılabilir. Bunun için fırsat kaçmamıştır, çünkü lehte başvurularda süre yoktur.

Son günlerde Balyoz Davası nedeniyle kamuoyunun gündeminde yer alan yargılamanın yenilenmesi yolu bir başka seçenek olabilir. Yargılamanın yenilenmesi bir olağanüstü kanun yoludur. Bu yola yeni deliller söz konusu olduğunda gidilebilir. Yeni delil önceki yargılamada ileri sürülmemiş, ele alınmamış ve değerlendirilmemiş olan delildir. Ceza yargılamasında “her şey delil olur” ilkesi çerçevesinde her türlü olgu delil olabilir. Bu konuda bir sınırlama yoktur. Yenileme başvurusu önceki hükmü veren mahkemeye yapılır, fakat önceki hükmü veren yargıçlar bu yeni başvuruyu değerlendiremezler. Onlar açısından bir yasaklık söz konusudur. Aynı mahkeme adına başka yargıçlar görev yapar. Amaç objektifliği sağlamaktır.

TBB’nin önerileri arasında **adli kolluğun kurulması** da vardır. Bu öneriyi tabii ki destekliyorum. Nasıl desteklemem ki. 1992-1996 yılları arasında Adalet Bakanlığında yüksek müşavirlik yaptığım dönemde hazırladığım yasa taslakları arasında adli kolluğun kurulması ile ilgili taslak da vardır. Bu taslak Bakanlığın arşivindedir; istendiğinde başvurulabilir. O tarihlerde Bakanlık bünyesinde yapılan birkaç toplantıda bu taslak tartışılırken, İçişleri Bakanlığının ve Emniyet Genel Müdürlüğünün temsilcilerinin karşı koymalarına şaşırıldığını söylemem yanlış olur. Adli kolluk kurulduğunda, bu örgüt **her yönden**

savcıya bağlı olacaktı. Bu da adli kolluk içinde görev yapanların emniyetle bağlarının kalmaması anlamını taşıyordu. Bu zm emniyet mensuplarına ters geldi. O zaman başarı sağlanamadı. Umarım bugün sağlanır.

Adli kolluk çözümü son günlerde yaşanan savcı-polis-mülki amir kargaşasına da son verir. Söz buraya gelmişken, çok sevdiğim bir sözü sizlerle paylaşmak isterim. “Ceza yargılaması sisteminde hazırlık soruşturmasının “egemeni” savcıdır. Polis savcının emrindedir. Savcı-polis birlikte görev yaparak olayı aydınlatmalıdır. Bu çerçevenin içinde mülki amir yoktur, ona bilgi vermek hiç yoktur, çünkü yapılan iş idari bir iş değildir.

Son söz: Bekleyelim, görelim, aydınlık günlere erişelim.
(Cumhuriyet, 6 Ocak 2014)

Dosya Yeniden İncelenmeli

Şike Dosyası Yargıtayda inceleniyordu. Karar açıklandı. Kararda onama, bozma ve düşme sonuçlarının olduğu anlaşılıyor. Kamuoyu bu olayda Fenerbahçe Kulübünün başkanı olan Aziz Yıldırım'ın durumunu ön plana çıkaracaktır. Bunu doğal karşılıyorum, çünkü 3 Temmuz sürecinde yüze yakın kişinin yargılandığı olayda, basın ve medyanın konuyu sıcak tutması sonucu, haberlerin merkezinde Aziz Yıldırım vardı. Öyle de süreceğini tahmin etmek zor değil. Ayrıca onunla ilgili sonuç kararın onanması olunca, bu düşüncemin haklılık payı artar.

Şimdi ne olacak?

Yargıtay ceza dairesinin kararına karşı başvuru yolu vardır. Bu yol Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yoludur. Bu yetkiyi Başsavcı kullandığında, dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulunda yeniden incelenir. Bu kurul Yargıtayın en üst kuruldur ve çok sayıda üyenin katılması ile inceleme yapar. Kanımca dosya bu kurula taşınmalıdır, çünkü futbol dünyamızın bu olaydaki hukuki durumun en üst düzeyde incelenmesine ihtiyacı vardır.

Bu noktada bir hususu belirtmem uygun olur. Bu dava Türk spor tarihinin en önemli davasıdır. Olay iki yönden önem taşır. İlk şike suçu denilen suç sporda şiddet yasasında düzenlenmiş, bu suç için hapis cezası öngörülmüştür. Dava bu ekseninde dönmüştür. Öte yandan futbol disiplini açısından da olay ülkemizde bugüne kadar yaşanan en önemli olay olma özelliğine sahiptir. Olay iç hukukumuzda önce özel görevli bir ağır ceza mahkemesinde, aynı zamanda TFF bünyesinde yer tutmuştur. Sonra konu UEFA'da ele alınmış, karar çıkmış, bu karara karşı CAS'a gidilmiş ve bu spor mahkemesi de kararını vermiştir. Son gelişme ve ortaya çıkacak olan sonuçlar gerek TFF gerek UEFA açısından da büyük önem taşıyacaktır.

Şimdi tüm bu olgular dikkate alındığında, kanımca Yargıtaydaki yeni süreci beklemek ve çıkabilecek olan yeni sonuçlara göre değerlendirmeler yapmak uygun olur.

Bu konuda daha çok söyleyeceğim var. Ama şimdi beklemek zamanı.

(Cumhuriyet, 18 Ocak 2014)

Başsavcı Neden İtiraz Etmeli?

Şike Olayında dün açıklanan Yargıtay kararından sonra fırtına tüm şiddeti ile sürüyor. Şimdi ne olacak, ne yapılabilir, süreç nasıl işleyecek, soruları havada uçuşuyor. Olayın kamuoyunu bu denli ilgilendirmesine hiç şaşmamak gerek. Bunun temel nedeni, çünkü yazımda da söylediğim gibi, bugüne kadar ülkemizde yaşanan en önemli futbol sorunu olmasından kaynaklanmaktadır. Öyle ya, futbol bugün tüm ülkelerin sporlarında baş köşeye oturunca, şike kavramı ekseninde dönen bir olayın da fırtına koparmasını yadırgamamak gerekir.

Dünkü yazımın özeti şuydu: Yargıtay dairesi, kararın içinde yer alan, bozma ve düşme sonuçları dışta tutulursa, mahkemenin kararını onadı. Bu kararda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının iddialarını içeren belgede(tebliğname) kararın onanmasını istemesinin de elbette rolü oldu. Şimdi Başsavcılık dosyayı itiraz yetkisini kullanarak Ceza Genel Kuruluna taşınmalıdır. Böylece kararın içinde yer alan hukuk sorunlarının tartışılması olanağı yaratılmış olacaktır. Bu konuya yüzeysel bakanlar, Başsavcılık onama istediği dosyaları genel kurula taşımaz, yaklaşımını ileri sürüyorlar. Bu doğru değildir. Yargıtay uygulamasında Başsavcılık önemli hukuk sorunlarının söz konusu olduğu dosyaları pekalâ genel kurula taşır. Bunun örnekleri çoktur. Unutmamak gerekir ki, Yargıtayın en önemli işlevi ülkede hukuku yaratmak ve içtihat oluşturmaktır.

Bu öneriyi ileri sürerken olayla ilgili tartışılması gereken konu ve sorunları şöyle sıralamam uygun olur:

- Bu olay, şike sporda şiddet yasasının içinde suç olarak düzenlendikten sonra ortaya çıkan ilk olaydır ve yüze yakın kişinin yargılandığı bir davaya konu olmuştur.
- Bu bağlamda şike nedir, şikeye teşebbüs nedir, şike sahada gerçekleşecek bir olay mıdır, görüşme/konuşma ile de şike suçu işlenebilir mi, sorunlarının çözümü şarttır.

Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze

- Şikenin disiplin hukuku içindeki yeri nedir, bu konuda uygulanması gereken kurallar neler olmalıdır, şike suçundan ötürü yapılacak olan yargılama ile disipline aykırılık olarak şike fiilleri arasındaki hukuki bağlantı nasıl kurulmak gerekir, sorularının aydınlatılması da kaçınılmazdır. Bu olayın sürecinde bugüne kadar bu noktalar sağlam temele oturtulmadığı içindir ki, bir bocalama yaşanmaktadır.
- Şike dosyasında TFF çatısı altında rüşvet suçu da tartışıldı. Mahkeme TFF'nin özel hukuk hükümlerine tabi bir tüzel kişilik olduğu gerçeğini bir kenara koyarak, TFF bünyesinde rüşvet suçunun işlenebileceğine karar verdi. Daire de bunu hukuka uygun buldu. Bu noktanın da genel kurulda tartışılması gerekir, çünkü önemli bir hukuk sorunu oluşturmaktadır.

Bu sorunlar çözülmeden bu dosyanın kapatılması kanımca uygun olmaz. Başsavcılık daire kararına karşı dosyayı genel kurula taşımalıdır, önerisini ileri sürerken yukarıdaki resmi kamuoyu ile paylaşmak istedim. Bilmiyorum, doğru yaptım mı?

(Cumhuriyet 19 Ocak 2014)

Ve Perde!

Adliye yarın açılıyor. Bu, adli tatil bitti demektir. Adli tatil deyince de, nöbetçiler hariç, savcıların, yargıçların ve adliye çalışanlarının izne çıktıkları, çalışmalara ara verdikleri anlaşılır.

Bugünkü uygulamasıyla adli tatile uzun yıllardır karşı çıktığım bilinir. Bunun elbet haklı nedenleri var. En önemlisi, bu dönemde adliyelerde işlerin yeterince kucaklanmadığı gelir. Nöbetçi dediğiniz savcı ya da yargıç dosyanın yabancısıdır. Elllerinden geleni yapsalar da istenen sonuçlar alınmaz.

Oysa bugün adalet hizmetinin ülke çapında bilgisayar düzeninde görüldüğü hatırlanırsa, izinleri bir sisteme oturtmak o kadar kolay ki, yeter ki istensin.

Adli tatil denildiği zaman, Yargıtay'da yapılan açılış toplantısı akla gelir. Bu toplantı bir geleneğin ürünüdür ve amacı bellidir. İlk hizmet çarkının dönmeye başladığının duyurulmasıdır. Sonra adalet hizmetinin görülmesindeki sorunlar dile getirilir, çözüm önerileri sunulur.

Bu toplantıda Yargıtay Başkanı konuşur. Adalet hizmetinin tepe noktası olarak o olanak ona tanınır. Onun yanı sıra Türkiye Barolar Birliği(TBB) başkanı da bir konuşma yapar. Bu konuşmanın da amacı yukarıdaki gibidir. TBB başkanı konumu gereği özellikle savunma açısından önemli noktaları ön plana çıkarır. Bu niteliğiyle, toplantı sakın bir ortamda geçmeli, tartışma alanı olmamalıdır.

Bu nokta gözden kaçırıldığında, medyanın da körüklemesiyle ana konular ve sorunlar ses getirememekte, kim ne yaptı, tartışmaları ön plana çıkmaktadır.

Son dönemde bu yılki toplantıda TBB başkanının konuşup konuşmayacağı konusunda, Yargıtay Başkanlar Kurulu kanımca açık biçimde doğru sonuca vardı. Alınan kararda iki noktanın vurgulanması önemliydi. İlk TBB başkanının konuşma yapması bir geleneğin uygulanmasıdır. İkincisi Başkan savunma erkinin başıdır ve avukatlar yargının bir vazgeçilmezidir.

Adalet hizmetinin yakın bir incelemesinde, hizmetin görülmesine katılanların bakışlarıyla, ne gibi sorunların söz konusu olduğu üzerinde de durulmalıdır.

Bugün için tüm hukuk camiası hukuk normlarının bu denli değiştirilmesinden sıkıntılıdır. Bunun nedeni açıktır. AB'ye giriş sürecinden başlayarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti dünya ölçeğinde hiçbir ülkenin cesaret edemediği bir davranış sergilemektedir. Bu davranış temel yasaları yeniden yapmak olarak özetlenebilir. Bu yapılırken geçmişle bağlar koparıldığından, ayrıca "işler" aceleye getirildiğinden, tam bir kaos ortamı yaşanmaktadır. Oysa bilinmek gerekir ki, hukukun temel işlevi düzendir. Düzen sağlam normlarla kurulur. Uygulamada bunlara dayanarak hizmet görülür.

Bu noktada ifade etmem gerekir ki, "hukuku tümenden yeniden yapma" tavrı yanlıştır. Bu husus yeterince anlatılmaya çalışıldı. Fakat bu yola çıkanlar, yollarından dönmediler. Oysa hatadan dönmek erdemdir. Bugün için kamuoyunu her an işgal eden, yargı paketleri, torba yasalar bu hatanın ürünleridir ve asla rastlantı değildirler.

Yakın geçmişte ortaya çıkan adaletsizliklerde, yaşatılan acılarda sözünü ettiğim hatalı tutumun elbette kusuru vardır. Her şey bir yana, adalet organları sistemini alt üst ederek, "özel"lerle iş yapmaya kalkıldığında, istenmeyen sonuçların ortaya çıkması da kaçınılmaz olur.

Son söz: Yeni bir adli yıl, yeni beklentiler, yeni umutlar demektir. **(Cumhuriyet, 31 Ağustos 2014)**

Çiçek Koparmayınız!

Bir gün ülkenin her hangi bir yerinde temiz hava almak istediniz, bir parka girdiniz. Rengârenk çiçeklerle bezenmiş tarhlar. Hemen yanı başında bir tabela. Çiçek koparmayınız! Bu uyarı niçin? Çünkü Türk insanı parktaki çiçeği koparır, uyarlamak gerek güzelliği bozmamak için.

Uyarmak, dikkate davet etmektir, yön vermektir, doğruyu ve güzeli yapmak için. Her uyarıda düzeni sağlamak amacı vardır. Gözlemlenen bir aksaklığın önünü almak, zarar ya da tehlike doğmasını engellemek amacı vardır, her alanda yardımcı olur.

Bu ülkenin parkları arasında bir de “ceza hukuku parkı” var. O parkta da güzel çiçekler açmalı, baktıkça insanın içi açılmalı, düzeni sağlamak için, o parkın çiçekleri olan normları ve kuralları “koparmamalı”. Onlar nasıl kopar? Siz parlamentoda her an bu normlarla “oyinarsanız”, bir ileri, bir geri yaparsanız, o normları koparmış olursunuz, tıpkı bir parktaki çiçek gibi.

Bugün ülkenin manzarası bu açıdan nasıl görünüyor? Hiç de iç açıcı değil. Neden mi? İlk hukuk normu koymak zor iştir. Her normun üzerinde ciddi çalışma yapmak şarttır. Sonra normu sağlam bir biçimde yerine yerleştirmek gerekir. Tıpkı parkın bahçıvanının çiçekleri tarhlara yerleştirirken sağladığı düzen gibi. Bir bahçıvan düşünün ki her gün çiçekleri köklerinden söküyor, bir yere atıyor, kısa bir süre sonra onları alıyor, yeniden dikmek istiyor. O çiçekler ne yapar, küser, boyunu büker, solar.

Hukuk normları da farklı değildir. Bu ülkenin parlamentosunda görev yapanlara, onlara normların alt yapısını hazırlayanlara bir eleştirim var. İyi bahçıvan olunuz, çiçeklere yanlış bakım yapmayınız, güzel çiçekleri koparıp atmayınız.

Son dönemde neler oldu?

Bir yasayla sulh ceza mahkemeleri kaldırıldı. Ülkede 1929’dan gelen üçlü sistem(sulh, asliye, ağır ceza) sistemi bozuldu. Bu konuda sisteme ilişkin önemli yakınmalar yoktu. Bu yapı içinde sulh ceza mahkemeleri son soruşturmada yargılama yapan mahkemelerden biriydi. Sulh ceza yargıçlığı da yine aynı yargıçların yaptıkları ikinci görevdi. Sistemin içinde hazırlık soruşturmasında yargıç kararını gerektiren konularda bu yargıçlar yargı yetkisini kullanmaktaydılar.

Sulh ceza mahkemeleri kaldırılırken, sanırım yasa koyucu büyük illerdeki iş hacmini dikkate aldı ve sulh ceza yargıçlığını ön plana çıkardı. Oysa bir yasal düzenleme yapılırken ülkenin bütününe dikkate alınması kaçınılmazdır. Son değişiklikle ortaya çıkan tabloda, küçük merkezlerde bundan böyle sulh ceza yargıçlığının yükü kanımca hiç de ağır olmayacaktır.

“Ceza bahçesinde” bir ikinci güncel konu ceza avukatlarının dosya inceleme yetkisi konusundadır. Avukatlar bir olayın soruşturması sürerken dosyayı inceleyebiliyorlardı ve belgelerden örnek alabiliyorlardı. Yasaya bir ek yapıldı. Savcı soruşturmanın amacı açısından gerek görürse, sulh ceza yargıcına başvurabilir, bu yargıcın kararıyla dosyaya gizlilik getirebilir denildi. Uygulamada ne oldu? Savcılar hemen her dosyada bu kararı istediler, yargıçlar da verdiler. Savunma yönünden ortalık karardı. Yanlış olan norm değildi, uygulamaydı. Engellemenin amacı organize suçlulukla mücadele idi, ama ortaya çıkan görüntüde, hemen her dosyada dosya savunmadan adeta kaçırıldı. Sizin anlayacağınız, bir ileri, bir geri yöntemi uygulandı.

Sonra yasa tekrar değiştirildi, bu yöntem terk edildi, mutlak açıklık geldi. Avukatlar memnun, savcılar ayağa kalktılar ve şu soruyu sordular: Hazırlık soruşturmasının gizliliği normu ne oldu? Bu kez yeni bir tasarı hazırlandı, parlamentoya sevk edildi, eskiye dönülecek denildi. Bu tasarı, ne hikmetse, görüşülecek denilip ön sıraya alınıyor, sonra askıya çekiliyor. Bekliyoruz.

Son söz: Ceza bahçesinde normların boynu bükük, küskünler. Çiçekler koparılıp atılıyor, tarhlar tarumar. **(Cumhuriyet, 15 Eylül 2014)**

6545 Sayılı Yasanın(5. yargı paketi) CMK'da Yaptığı Değişiklikler ve Yorumu

Giriş

6545 sayılı Yasa (5. Yargı Paketi) 28 Haziran 2014 tarihinde yürürlüğe girdi. Daha önce 6352 sayılı Yasa (3. Yargı Paketi) ve 6459 sayılı Yasa (4. Yargı Paketi) gibi bu yasa da CMK'da değişiklikler yaptı. 3 üncü ve 4 üncü yargı paketlerinin hukuki sonuçlarını daha önce ilgili kitaplarımda incelemiştim. Bu nedenle bu yazımda onardan söz etmeyeceğim.

Bu yazının konusu 5. Yargı Paketi olarak adlandırılan 6545 sayılı Yasanın CMK'ya getirdiği yeniliklerinin incelenmesidir. Bu yazımda da 2004 yılından bu yana tüm kitaplarımda uyguladığım yöntemi uygulayacağım. Bu yöntem madde temelinde değişiklikleri incelemek ve yorumlamaktır. Bu yöntemi tercih etmemin nedeni, ilkin pratikliği sağlamaktır. Ayrıca bu yolla konuların ve yasa maddelerinin öncekilerle köprülenmesi daha kolay olmaktadır.

Değişiklikleri CMK'nın madde sıralamasını bozmadan ele almak faydalı olacaktır.

A. Yargıçlara ve Cumhuriyet savcılarında açılacak olan tazminat davaları (md. 141)

6545 sayılı Yasa bu konuda 141 inci maddeye aşağıdaki hükümleri eklemiştir:

“Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dahil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.”

Bu hüküm, tazminat davalarının muhatabını Devlet olarak belirlemektedir. Yargıç ya da savcı olarak bir olayda verdikleri karar ya da yaptıkları bir işlem nedeniyle, 141 ve sonraki maddelere aykırılık nedeniyle, kişiler tazminat davası açmak yolu-

na gidecek olduklarında, bu davayı idarenin ajanı durumunda olan yargıç ya da savcıya karşı açamazlar. Bu davanın davalısı devlet olmak zorundadır.

“Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hakimler ve Cumhuriyet savcılarına bir yıl içinde rücu eder.” Bu da 6545 sayılı Yasanın getirdiği yeni bir hükümdür. Buna göre, devlet rücu hakkını kullanacaktır. Bunun süresi 1 yıl olarak öngörülmüştür.

Bu süre bir olaydan ötürü görülen tazminat davasının kesin hükümle sonuçlanmasından sonra başlar.

Devletin rücu hakkı yargıç ya da savcının görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanmak temeline dayanmak zorundadır. Rücu mekanizmasının çalışması için, yargıç ya da savcının görevinin gereklerine aykırı davranması, bunun somut olayda görevi kötüye kullanma oluşturması, bu nedenle devletin kişiye tazminat ödemek zorunda kalmış olması şarttır. Tüm bu şartlar birlikte gerçekleştiğinde, rücu sonucu devletin yargıç ya da savcıdan ödediği tazminatı geri alması söz konusu olur.

Konuya son verirken bir noktanın vurgulanması faydalı olacaktır. O nokta şudur: Yukarıda ele alınan konuda yasa koyucunun madde metninin içinde “görevi kötüye kullanmak” ibaresini kullandığı dikkati çekmektedir. Bu ibare yeni TCK'nın 257 nci maddesinin kurduğu temel çerçevesinde ele alınmalı ve görevde ihmalin söz konusu olduğu durumlarda da rücu mekanizması işlemelidir, çünkü yeni 257 nci madde “görevin kötüye kullanılması” başlığı altında, önceki yasadan ayrılarak görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçlarını aynı hükümde düzenlemiş ve hükme bağlamıştır. Bu nedenle önceki yasanın ikili düzenlemesi olan, 240 ncı ve 230 uncu madde ayırımını kaldırmıştır.

Bu nedenlerle konu 141 ve sonraki maddelere göre tazminat olduğunda, yargıç ya da savcı görevi kötüye kullansa ya da

görevde ihmal etse sonuç değişmez ve rücu mekanizması işler. Yasa koyucunun sevk ettiği hükümde bir yasal boşluk yoktur.

B. Cumhuriyet savcısının takipsizlik(koğuşurmama)kararına itiraz (md. 173)

Bu konuda önce maddenin son haline yer vermek uygun olur.

(6545 sayılı Yasayla değişik)

MADDE 173 - “ (1) Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir.

- (2) İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir.
- (3) (Değişik: 25/5/2005 - 5353/26 md.) Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.
- (4) (Değişik: 25/5/2005 - 5353/26 md.) Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.
- (5) Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu madde hükümü uygulanmaz.
- (6) İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan sulh ceza hâkimliğinin bu hususta karar vermesine bağlıdır.”

Cumhuriyet savcısının takipsizlik kararına itiraz yoluna gidildiğinde, savcının vermiş olduğu idari nitelikteki koğuş-turmama kararı yargısal bir denetimden geçirilmektedir. Bu kararın yerinde olup olmadığı konusunda bir yargı organı karar vermektedir. Savcının kararına karşı böyle bir yolun kabul edilmesi, savcının kamu davasını açmak mecburiyetini denetlemek içindir. Bu sistemde savcı suçun işlendiği konusunda yeterli kuşku elde ettiğinde, davayı açmaya mecbur olduğuna göre, bu alandaki değerlendirmeyi tam ve gerçeğe uygun biçimde yapıp yapmadığının denetimi söz konusu olmaktadır. Bir başka amaç da suçtan zarar görene, bu kararın hukuka uygunluğunu ve haklılığını tartışmak olanağını sağlamaktır.

Yasa bu çareyi, savcının kararına “itiraz (m.173) olarak belirtmiş olmasına rağmen, burada bir kanunyolu olan itiraz değil, fakat bir dava söz konusu olduğundan ve bu davanın amacının da sanık hakkında koğuşturmanın yapılmasını gerçekleştirmek olduğundan, bu yolun “koğuşturma davası” olarak adlandırılması öğretide ileri sürülmektedir.

İtiraz bir dilekçe ile yapılır. Dilekçeye deliller ve belgeler de eklenir. Bu başvurunun amacı, savcının vermiş olduğu takipsizlik kararını ortadan kaldırtabilmek ve ceza davasının açılmasını sağlamaktır.

Dilekçe, takipsizlik kararını veren C.Başsavcılığına verilir. Dilekçenin başında, itiraz incelemesini yapacak **sulh ceza hakimliğine** hitap edilir. Bu sulh ceza hakimliği, takipsizlik kararını veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin **bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğidir**.Daha önce itiraz ağır ceza mahkemesi başkanına yapılırken, 6217 sayılı Yasa(mart,2011) bu konuda değişiklik yapmış, itirazların ağır ceza mahkemelerinde “heyetçe” incelenmesini öngörmüştü. Bu kez 6545 sayılı Yasa bu görevi sulh ceza hakimliklerine vermiştir. Bundan böyle itirazlar bu hakimliklerce incelenecektir.

HSYK 3. Kurulunun 19.03.2013 tarihli kararı ile İstanbul için, takipsizlik kararlarına yapılacak olan itirazları inceleyecek olan en yakın ağır ceza mahkemeleri şöyle belirlenmişti.

Bakırköy C.Başsavcılığının kararları itiraz sonucu İstanbul Anadolu Ağır Ceza Mahkemelerinden birinde incelenecekti.

İstanbul Anadolu C.Başsavcılığı kararı için Çağlayan ağır ceza mahkemelerinden biri itiraz mercii olacaktı.

Çağlayan C.Başsavcılığı kararı için Bakırköy ağır ceza mahkemelerinden biri itiraz mercii olacaktı.

6545 sayılı Yasa itirazı inceleme yetkisini sulh ceza hakimliklerine verdiği için, itirazlar yukarıdaki tabloda belirttiğim sulh ceza hakimliklerinde incelenecektir.

Örnek: İstanbul Anadolu Sulh Ceza Hakimliğine

Sunulmak üzere

Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığına

Bir olayda Bakırköy C.Başsavcılığı takipsizlik kararı verdiğinde, itiraz İstanbul Anadolu sulh ceza hakimliği tarafından incelenir. İstanbul Anadolu Adliyesinde bugün birden fazla sulh ceza hakimliği vardır; bunlardan hangisinin bu itirazı inceleyeceği, tevzi(dosya dağıtımı) sonucu belli olur. Bu olaya göre dilekçedeki hitap şöyle olmalıdır: İstanbul Anadolu Sulh Ceza Hakimliğine sunulmak üzere Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığına.

İtiraz dilekçesinde hangi dosyadaki takipsizlik kararına karşı itiraz edildiğini açık olarak ortaya koymak bakımından, iki numara belirtilmelidir. Bunlardan birisi, dosyanın savcılıkta aldığı hazırlık numarasıdır. Bu numara soruşturmanın açıldığı yıla göre verilir, 2014/ Sor. İkinci numara, savcılıkça verilen takipsizlik kararının numarasıdır. Bu numara da 2014/ ... şeklinde olmalıdır.

Bu itiraz 15 günlük süreye tabidir. Bu süre, takipsizlik kararının suç duyurusu ya da şikayeti yapmış olan tarafa bildiriminden başlar.

Uygulamada takipsizlik kararları genellikle bildirilmemekteydi. Bu nedenle de süre işlememektedir. CMK'nın **yürürlüğe girmesi ile uygulama önceki tavrını değiştirmek eğilimindedir**. Bu noktanın dikkatten kaçırılmaması gerekir. Bildirimin olmadığı durumlarda, süre işlemeye başlamayacağına göre, takipsizlik kararının verilmesinin üzerinden çok uzun süre geçmiş olsa da itiraz yoluna gidilebilecektir.

Takipsizlik kararının kimlere bildirileceği konusunda CMK'nın 172. maddesinde değişiklik vardır. Bildirim, suçtan zarar görene, önceden ifadesi alınmış ya da sorguya çekilmiş bulunan şüpheliye bildirilecektir.

İtiraz incelemesi dosya üzerinden yapılır. Bu nedenle itiraz dilekçesinin iyi biçimde kaleme alınması ve dava açılmasının gereklerini gösteren delillerle eklerin düzenli biçimde hazırlanması şarttır.

Takipsizlik kararına itiraz üzerine, uygulamada dosyalar itiraz dilekçesi ve ekleriyle birlikte ağır ceza mahkemesine gönderilmektedir. Bu yöntem, olayı inceleyen mahkemenin tüm dosyayı görmesi sağlandığı için, başarı şansını yükseltmektedir.

Sulh ceza hakimliği takipsizlik kararını kaldırır, savcı kamu davasını açmak zorundadır. Bu karara uymak savcı için bir mecburiyettir. Uygulamada bazı savcıların, takipsizlik kararını kaldıran karar nedeniyle iddianameyi düzenledikleri belirterek, iddianamelerinde böyle bir açıklığa yer verdikleri görülmektedir. Bu doğal karşılanması gereken bir sonuçtur.

İtiraz reddedilirse, bu karara karşı ancak yazılı emir(yeni CMK: kanun yararına bozma) yoluna gidilebilir.

Son fıkraya göre, itirazın reddedilmesi halinde; savcının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan sulh ceza hakimliğinin bu hususta karar vermesine bağlıdır. Bu hüküm yorumlandığında, şu sonuçlar belirtilmelidir. Savcının verdiği koğuşturmama kararı yargısal bir incelemeye tabi tutulmuş ve

davanın açılması haklı bulunmamıştır. Daha sonra ortaya çıkan delillere göre, davanın açılabilceği olasılığını değerlendirme yetkisi, önceki yargısal kararı (itirazı reddeden karar) veren sulh ceza hakimliğine verilmiştir. Bunda bir ölçüde haklılık payı vardır, çünkü sulh ceza hakimliği olayı ve delilleri bildiği içindir ki, bu konuda sağlıklı bir değerlendirme yapabilecektir.

Ancak, bu karar yeni bir soruşturma başlanması yönünde olduğunda, savcı da işe yeniden başlayarak soruşturmayı yaptığında, yeni bir koşturmama kararı verebilecektir. Bu karara karşı itiraz edilebileceğinde kuşku yoktur. Bu yola gidildiğinde, yine sulh ceza hakimliği bu itirazı incelemek durumundadır. Burada dikkat edilecek olan husus şudur: Bu sulh ceza hakimliği, soruşturmanın yeniden yapılmasına karar veren sulh ceza hakimliği olamaz, çünkü o kanaatini açıklamıştır. Bu durum yargılamada tarafsızlık ilkesi ile bağdaşmaz. Bunun çözümü, bir başka sulh ceza hakimliğinin bu itirazı incelemesidir. Sulh ceza hakimliklerinin birden çok dairesinin bulunduğu yargı çevrelerinde sorun yoktur; numara olarak izleyen sulh ceza hakimliği bu incelemeyi yapar. Tek dairesel sulh ceza hakimliklerinde konu kanımca şöyle çözümlenmelidir: Yasa, en yakın sulh ceza hakimliğine yetki verdiği göre, bu sulh ceza hakimliği, dosyanın yeniden açılması kararını veren sulh ceza hakimliğine en yakın sulh ceza hakimliği olacaktır.

6459 Sayılı Yasayla (4. Yargı Paketi) 172 nci maddeye bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi halinde yeniden soruşturma açılacaktır. Bu hükmün yorumunda şu noktaların belirtilmesi uygun olacaktır.

Bu hüküm, hukuki niteliği açısından ülkemizde verilen bir koşturmaya yer olmadığı kararının AİHM tarafından denetlenmesinin kabul edilmesidir. Hemen belirtmem gerekir ki, iç hukukumuzda Anayasanın 90 ıncı maddesinde yer alan kural gereği böyle bir denetimi kabul etmiş bulunmaktayız. Türki-

ye Cumhuriyeti Devleti Avrupa Konseyi üyesi devlet olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini (İHAS) kabul etmiştir. Bu bağlamda, artık hayli uzun sayılabilecek bir dönem önce, İHAS'a aykırılıkların AİHM önüne taşınmasını da ülkemiz kabul ettiğine göre, bu mahkemeye yapılan başvurular konusunda verilen kararların iç hukuka yansımaları da doğal bir sonuç olarak görülmelidir.

İşte bu sonuçları yasa koyucu 172 nci maddeye bir ek hüküm getirerek hayata geçirmiştir.

Bu konuda teknik hukuk açısından şunlar söylenmelidir.

Bir olayda kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilip, bu karara karşı AİHM'e başvurulduğunda, bu mahkeme, bu kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğine hükmettiğinde, bu karar da kesinleştiğinde, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi halinde, Türkiye'de aynı olayla ilgili olarak yeni bir soruşturma açılacaktır. Bu soruşturmanın açılması ile aynı konuda verilmiş olan kovuşturmayla yer olmadığı kararı ortadan kalkacaktır.

Savcılık soruşturmayı yeniden yapmak zorundadır. Bu soruşturma yapılırken, AİHM'in kesinleşmiş kararında yer alan tespitler ve sonuçlar dikkate alınacak ve soruşturma yeniden yapılacaktır ve yeni bir karar verilecektir.

Belirtmem gerekir ki, ülkemizin savcıları bu varsayım içinde olayla ilgili yeni bir karar vermek durumundadırlar. Bu kararı verirken asla AİHM'in kararı ile bağlı değildirler. Savcılar kendi tespitleri çerçevesinde yeni bir karar vermekle yükümlüdürler. Açıklık getirmek bakımından söylemem gerekir ki, bu karar asla AİHM'in kararının "onanması" anlamını taşımaz.

Yasa koyucunun maddeye eklediği hüküm, yalnızca soruşturmanın yeniden başlamasını mümkün kılan bir normdur. Onun dışında otomatik sonuçlar doğurması ve Türk savcının olayla ilgili olarak kamu davasını açmak zorunda olması anlamını taşımaz.

Bu konuda madde gerekçesinde, "AİHM, yaşam hakkı ile işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin başvurularda, bu hakların hem esas hem de usul bakımından ihlal edildiğine karar verebilmektedir. AİHS'in 2 nci ve 3 üncü maddeleriyle ilgili birçok kararında, bu hakları ihlal eden bir saldırı olduğunda, Devletin etkili ve yeterli bir soruşturma yapmak zorunda olduğu vurgulanmaktadır. Yapılan değişiklikle, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararların etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AİHM'in kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması durumunda, üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılacağı öngörülmektedir." denilmektedir. Kanımca, gerekçede yer verilen düşünceler yukarıda yaptığım açıklamalar ve yorumlarla uyusmaktadır. Amaç, iç hukukla dış hukuku birlikte mütalaa ederek, ceza yargılamasının madde gerçeği bulma amacına ulaşmaktır.

C. Hagb konusunda 6545 sayılı yasayla yapılan değişiklik (md.231)

Yasa 231 nci maddenin 8 inci fıkrasına bir cümle eklemiştir. Bu cümle şöyledir: **Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.** Yasa koyucu bu hükümle bir noktaya açıklık getirmektedir. O nokta şudur: Sanık bir fiilden ötürü yargılanmış, hakkında Hagb kararı verilmiştir. Bunun sonucu olarak bu kişi 5 yıl süreyle denetimli serbestlik altına alınır ve kişinin bu süreyi kasti bir suç işlemeksizin geçirmesi gerekir. Bu sonuç gerçekleştiğinde, dosya yeniden açılır ve sanığın davasının düşmesine karar verilir.

Yukarıda yer verdiğim yeni hüküm, hükümlünün denetim süresi içinde kastlı bir suç işlemesi varsayımına ilişkin yeni bir hükümdür. Buna göre, denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.

Bu hüküm 231 nci maddedeki bir eksikliği gidermiş, konuya açıklık getirmiştir. Yeni hüküm bir suç failinin iki kez Hagb'den yararlanmasının önüne geçmek için sevk edilmiştir.

D. Kanunyollarına başvurma hakkı (md.260)

Yasa maddenin 2 nci fıkrasında değişiklik yapmıştır. Bu fıkra şöyledir:

“Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ceza mahkemelerinin; bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcıları, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler.”

Yukarıya aktardığım değişikliğin nedeni sulh ceza mahkemelerinin kaldırılmış olmasıdır. Bu nedenle savcılar yönünden altlık-üstlük ilişkisi asliye ile ağır ceza mahkemesi arasında kurulmuştur.

E. İtirazı incelemeye yetkili merciler(md.268)

Maddenin 3 üncü fıkrası aşağıdaki değişiklikleri yapmıştır. Bu değişikliklerin temeli yasanın yargı yerleri konusunda getirdiği yeniliklerle uyum sağlamak amacıyla yöneliktir.

Maddenin 3 üncü fıkrası şöyledir:

(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:

- a) (6545 sayılı Yasayla değişik) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.
- b) (6545 sayılı Yasayla değişik) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. An-

çak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.

F. İstinaf istemi ve süresi(md.273)

Değişikliğe göre ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki asliye mahkemelerinin hükümlerine karşı, kararın o yer Cumhuriyet başsavcılığına geliş tarihinden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurabileceklerdir.

G. İstinaf kanun yolunda dosya üzerinde ön inceleme (md.279)

Dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda;

1. Bölge adliye mahkemesinin yetkili olmadığına anlaşılması hâlinde dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine,

2. Bölge adliye mahkemesine başvurunun süresi içinde yapılmadığının, incelenmesi istenen kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığına, başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması hâlinde istinaf başvurusunun reddine, karar verilir.

Bu kararlar itiraza tabidir. İtiraz yolu 6545 sayılı yasayla açılmıştır. Yasadaki bir eksiklik giderilmiştir.

H. Bölge adliye mahkemesinde inceleme ve son soruşturma(md.280)

Bölge adliye mahkemesi, Cumhuriyet başsavcılığının tebliğnamesini, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra;

1. İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine, , **303 üncü maddenin**

birinci fıkrasının (c), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı hâlinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine,

2. İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddede belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolünmek üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine,

c) (6545 sayılı yasayla değişik) Diğer hâllerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına,

Karar verir.

(2) (6545 sayılı yasayla eklenen fıkra) Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurar.

İ. Temyiz edilebilen ve edilemeyen hükümler (md.286)

6545 Sayılı Yasa değişikliğinden sonra 286 ncı maddenin metni şöyledir:

MADDE 286. - (1) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir.

(2) Ancak;

- a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları,
- b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları,

- c) (6545 sayılı yasayla değişik) İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,
- d) (6545 sayılı yasayla değişik) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,
- e) (6545 sayılı yasayla değişik) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,
- f) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen beraat kararları ile istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,
- g) (6545 sayılı yasayla değişik) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,
- h) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları,

Temyiz edilemez.

J. 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlük ve uygulama şekli hakkında kanuna 6545 sayılı yasayla eklenen maddeler

“**Ek Madde 1-** (1) Kanunlarda sulh ceza mahkemesi veya sulh ceza hâkimine yapılan atıflardan,

a) İdari yaptırım kararlarına karşı yapılan başvurulara, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli karar ve işlemlere ve kanunlarda sulh ceza mahkemesince veya hâkimince verilmesi öngörülen karar veya işlemlere ilişkin olanlar sulh ceza hâkimine,

b) Yargılamaya ilişkin olanlar asliye ceza mahkemesine veya hâkimine,

yapılmış sayılır.”

“**Geçici Madde 6-** (1) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır.

- (2) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren yirmi gün içinde sulh ceza hâkimlikleri kurulur.
- (3) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan dava dosyaları bir ay içinde yetkili asliye ceza mahkemelerine devredilir.
- (4) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, kaldırılan sulh ceza mahkemelerinde görülmekte olan işlerden, sulh ceza hâkimliğince bakılması gerekenler, sulh ceza hâkimliklerinin kurulmasından itibaren on beş gün içinde yetkili sulh ceza hâkimliğine devredilir.
- (5) Kaldırılan sulh ceza mahkemelerinde görev yapan hâkimler Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, sulh ceza hâkimliklerinin kurulmasından itibaren on beş gün içinde müktesepi dikkate alınarak uygun görülecek bir göreve atanır veya yetkilendirilirler.
- (6) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte, sulh ceza mahkemelerince verilen kararlardan Yargıtay incelemesinde olanlar hakkında sadece görev nedeniyle bozma kararı verilemez.
- (7) Sulh ceza hâkimlikleri faaliyete geçirilinceye kadar, sulh ceza mahkemelerinin görev alanına giren her türlü kararı vermeye kaldırılan sulh ceza mahkemeleri yetkilidir.

Kaldırılan mahkemelerde bulunan ve kesinleşen dosyalara ait arşiv ve emanetler ile diğer evrak ve dokümanlar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenecek mahkeme veya mahkemelere ya da hâkimliklere devredilir ve müteakip işlem ve talepler bu mahkemelerce veya hâkimliklerce yerine getirilir veya karara bağlanır.”

“**Geçici Madde 7-** (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında hâlen denetimli serbestlik veya tedavi kararı uygulananlar bakımından Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesi hükümleri çerçevesinde bu tedbirlerin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedavi tedbiri uygulanmayan kişilerle ilgili olarak 191 inci madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.

(3) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedavi kararı verilmiş olup da bu yükümlülükleri ihlal eden kişilerin yargılanmasına devam olunur.”

“**Geçici Madde 8-** (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce suç soruşturması ve kovuşturması sırasında yapılan her türlü işlem veya alınan karar nedeniyle hâkimler ve Cumhuriyet savcılar hakkında hukuk mahkemelerinde açılan ve hâlen derdest olan tazminat davasına ilişkin dosyalar mahkemesince, Yargıtay incelemesinde bulunan dosyalar ise esaslı incelenmeksizin ilgili dairece yetkili ağır ceza mahkemesine gönderilir. Bu davalar ağır ceza mahkemelerince, Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci ve devamı maddeleri uyarınca Devlet aleyhine yürütülmek suretiyle karara bağlanır.”

Sonuç

Bu yazımda 6545 sayılı Yasanın CMK’da yaptığı değişiklikleri ve sonuçlarını meslektaşlarımla paylaşmak istedim.

Ülkemizin AB’ye giriş sürecinde 2004 yılından bu yana sürekli bir yasama çabası içinde olduğu bir gerçektir. Bu çaba içinde temel ceza yasalarının yeniden yapılması ön planda yer almıştır. Bu konuda tüm ülkelerde uygulanan yöntemin aksine, ülkemiz bu yasaları tümünden yeniden yapma yöntemini benimsemiştir. Bu yöntem “çakıl taşları ile döşeli” uzun bir yoldur.

Üzülerek söylemek durumundayım ki, aradan geçen on yıl içinde bu yolda harcanan tüm çabalara rağmen istenen sonuçlara ulaşılmış değildir. Yasaların sürekli değiştirilmesi ihtiyacı temelde seçilen yöntemdeki hatadan kaynaklanmaktadır.

Öte yandan yine bu on yıllık süreçte ülkemizde yasama boyutunda bir başka yöntem yaratılmıştır. Bu yöntem yasa tasarılarının paketler ve torbalar halinde hazırlanması ve parlamentoya sunulmalarıdır. Bu yöntem de yasaların yürürlükteki hallerini izlemeyi güçleştirmektedir. Oysa yapılacak olan şey son derece basittir. Hangi yasada değişiklik yapılmak isteniyorsa, yalnızca o yasaya ilişkin bir tasarı hazırlanır ve böylece yalınlık sağlanmış olur.

Bu genel değerlendirmenin ardından, 6545 sayılı Yasanın CMK’ya getirdiği yenilikleri, ilgili maddelerde yaptığım açıklamaların ve yorumların dışında, ele aldığımda, bazı noktaları belirtmek uygun olacaktır.

İlkin, bu yasayla sulh ceza mahkemelerinin kaldırılmaları sistemi bozmuştur. Ülkemizin ceza adalet sisteminde genel ceza mahkemeleri üçlü bir sisteme oturtulmuştu. Bu konuda sisteme ilişkin önemli yakınmalar da yoktu. Bu yapı içinde sulh ceza mahkemeleri son soruşturmada yargılama yapan mahkemelerden biriydi. Sulh ceza yargıçlığı da yine aynı yargıçların yaptıkları ikinci görevdi. Sistemin içinde hazırlık soruşturmasında yargıç kararını gerektiren konularda sulh ceza

yargıçları yargı yetkisini kullanmaktaydılar. Bu konuda da bir yakınma yoktu.

6545 sayılı Yasa sulh ceza yargıçlığını, bu son görevleri ile sınırlandırdı. Bu nedenle de sulh ceza mahkemelerini kaldırdı. Şimdi son soruşturmada görevli genel ceza mahkemeleri asliye ve ağır ceza olarak ikiye indi. Oysa üçlü sistem korunmalıydı. Yapılacak olan şey, mahkemelerin görev alanlarını yeniden belirlemektir. Bu da kolay bir işti, çünkü ceza adalet sistemi içinde yer alan tüm suçları tespit etmek ve bunları yaptırımlarına göre sınıflandırmak uygun olurdu. Bu konuda dikkat edilecek olan husus, ağır ceza mahkemelerini yaptırımları açısından gerçekten ağır sonuçlar doğuran suçları ağır ceza mahkemelerine vermektir.

Sulh ceza mahkemeleri kaldırılırken, sanırım yasa koyucu büyük illerdeki iş hacmini dikkate aldı ve sulh ceza yargıçlığını ön plana çıkardı. Oysa bir yasal düzenleme yapılırken ülkenin bütününe dikkate alınması kaçınılmazdır. Son değişiklikle ortaya çıkan tabloda, küçük merkezlerde bundan böyle sulh ceza yargıçlığının yükü kanımca hiç de ağır olmayacaktır.

Yasa koyucu büyük merkezlerde sulh ceza yargıçlığının yanı sıra sulh ceza mahkemelerini de koruyabilirdi. Bu iki ayrı birime atanacak yargıçlar farklı görevi görürlerdi. Bu yaklaşımda küçük merkezlerde sulh ceza mahkemeleri korunurken, sulh ceza yargıçlığı yapacak olan yargıçlar aynı kişilerden oluşabilirdi. Görülecek görevin farklı oluşu, aralarında bir kesişme olmadığından, aynı kişide birleşebilirdi. Zaten önceki sistem de böyleydi.

Önerdiğim yapılanmada büyük merkezlerde sulh ceza mahkemesi yargıçları ile sulh ceza yargıçlığının yargıçlarının farklı kişilerden oluşması, yalnızca buralardaki iş yükünün ağırlığından kaynaklanan bir sonuçtur. Her hangi bir olayda, gözaltına alınan ve tutuklama istemi ile sulh ceza yargıçlığına sevk edilen şüphelilerin sayısının büyük sayılara ulaştığı durumlarda, ayrıca yine büyük olaylarda arama, elkoyma gibi yargıç kararını gerektiren işlemler açısından da sulh ceza yar-

gılarının iş yükü ağır olmaktadır. Bu durum yukarıda belirtmeye çalıştığım sistem içinde bir yapılanmayı haklı kılar.

Yukarıda belirtmeye çalıştığım noktaların işığı altında, 6545 sayılı Yasanın tahlil etmeye çalıştığım yaklaşımında hata edildiği kısa sürede ortaya çıkacaktır. Bunların dzeldilmesi de zor olmayacaktır. (Adalet İstanbul Dergisi, sy. 1, Eylül 2014)

Türk-Alman Avukatlar Konferansı(10 Eylül 2014)(Ankara)

**“ağdaş demokrasilerde
“conditio sine qua non” - olmazsa olmaz-bağlamında**

güçlü ve bağımsız avukatlık”

Bildirimde konuyu iki boyutta ele alacağım.

Birinci boyut, konuya akademik açıdan bakış olacaktır.

Bu konuda aşağıdaki hususları belirtmem uygun olur. Avukatlık Yasamız avukatlığı şöyle tanımlar:

Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir.

Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.

Avukatlığın amacı; hukuki ilişkilerin düzenlenmesini, her türlü hukuki sorun ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözülmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını, her derecede yargı organı, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır.

Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder.

Başlıktaki bir tespit dikkatinizi çekmiş olmalıdır.

Conditio sine qua non (olmazsa olmaz) olarak bağımsız ve güçlü avukatlık.

Conditio sine qua non (olmazsa olmaz) terimi hukukta kullanıldığı zaman, iki sonucu ortaya koyar.

İlkin sözü edilen husus temele ilişkindir. İkinci olarak, o husus olmaksızın bir kavram eksik kalır ve istenen sonuçları doğuramaz.

Avukatlık kavramı açısından bakıldığında, conditio sine qua non olan husus, avukatlığın bağımsız olması ve güçlü olmasıdır.

Önce bağımsız avukatlık üzerinde durayım. Bağımsızlık, kimseden, hiçbir makamdan emir almamak, kendi bilgi, tecrü-

be ve birikimlerine göre davranmak anlamını taşır. Avukatlık, bir yandan hukuki ilişkilerin düzenlenmesinde görev görmektedir. Ancak daha da önemlisi, avukatlık hukuki sorunları çözümede katkı sağlamak, hukuki olaylarda gerçeğin ortaya çıkmasına, adil sonuçlara ulaşmada rol oynamaktır.

Bu amaçlar doğrultusunda avukat bağımsız olmazsa, kendisine verilecek olan emir ve talimatlarla hareket edecek olursa, avukatlık hizmetinin amacına ulaşmak mümkün olmaz. Bu varsayımda ortaya çıkan, hukukun ve adaletin istediği sonuç değildir. Bu sonuç, avukata o emir ve talimatları veren kişi, makam ya da kurumun ulaşmak istediği amaçtır.

Bu kötü sonucun ortaya çıkmaması için avukatlığın güçlü olması *conditio sine qua non*'dur. Toplum yaşantısında her olaya hukuk kuralları egemendir. Gerek kişiler gerek kurumlar ve makamlar güçlerini hukuk kurallarından alırlar.

Bu açıdan yaklaşıldığında bilinmek gerekir ki, güçlü avukatlık için, bunu sağlayacak olan sağlam kurallara ihtiyaç vardır. İlk bu kurallar yaratılmalıdır; sonra bu kurallara uygun davranılmalıdır. Hukuki ilişkilerde bu sonuçlara direnenler ya da aykırı davrananlar, ağır biçimde cezalandırılmalıdırlar.

Konuya avukatların örgütlenmeleri açısından bakıldığında, ülkemizde avukatlığın il bazında barolar olarak örgütlenmiş olması iyi bir çözümdür. Bunun ötesinde 1969 yılında Türkiye Barolar Birliğinin(TBB) çatı örgüt olarak oluşturulmuş olması da ileri bir adımdır.

Bugün için her iki örgütlenme modelinde gerek barolar gerek TBB yasaların el verdiği ölçüde görevlerini başarılı biçimde sürdürmektedirler. Ancak yukarıda da belirttiğim gibi, avukatlığa bağımsızlık sağlanması hukuki düzenlemelerle mümkün olabilecek bir sonuçtur.

Bu konuda bazı eleştirilerim var. Bunların en önemlileri şunlardır:

TBB'nin yaptığı yönetmeliklerin Adalet Bakanlığı tarafın-

dan denetlenmesi, avukatlık mesleğinin bağımsızlığını zede-ler; kaldırılmalıdır.

TBB'nin verdiği disiplin kararlarının Adalet Bakanlığına sunulması ve denetlenmesi de TBB'nin özerk olmak gereken yapısına aykırıdır. Sistemde yeri olmamak gerekir.

Bu söylediklerimin tümüyle gerçekleşmesinde elbette avukatın kişisel tavrı da önem taşır. Bir avukat için, güçlü ve bağımsız olmak, meslekte ödün vermemek, hukukun tüm gereklerini eksiksiz yapmaktan geçer.

Boynunu büken, kendisine verilen emir ve talimatlara uyan avukat, başarılı ve güçlü bir avukat değildir; bağımsız bir avukat hiç değildir. Bunun için avukatın sağlam karakterli olması elbette şarttır. Ancak unutmamak gerekir ki, avukatın ayağını sağlam basması, hukuku iyi bilmesi, tüm gelişmeleri en iyi biçimde izlemesi şarttır. Yıllar önce yazdığım "Ceza Avukatının El Kitabı"nda şöyle bir cümle kullanmıştım. Bu cümledeki düşüncem her zaman önemini ve geçerliğini koruyacaktır: " Avukat, mübaşirden ve zabıt katibinden hukuk öğrenen kişi olamaz."

Bu açıklamaların ışığı altında, bugün Türk hukuk sistemi güçlü ve bağımsız avukatlığı yaratabilmiş midir?

Bu soruya cevap verirken bazı tespitler yapmam uygun olur:

1. Bugün Avukatlık Yasamızda avukata tanınan "iş reddetme" hakkı avukatın güçlü kalabilmesinde bir araç olarak düşünülmelidir.
2. Öte yandan avukatın parasız iş görmesinin yasaklanmış olması da, avukata ekonomik güç sağlamak amacı taşır.
3. Bugün için batıdan başlayarak, avukatlık hizmetinin bir şirket çatısı altında görülmesi, acaba avukatın bağımsızlığını ortadan kaldırır mı? Bu soruya cevap verirken, kanımca şirket çatısı altındaki oluşumun dikkate alınması gerekir. Bu oluşum, bir avukatın görevin görülmesinde kendi özgür iradesi ile karar vermesi ve buna göre davranmasını

engellediği takdirde, bağımsız avukatlıktan söz edilemez. Aksine, bu özgürlük sürdüğü sürece, avukatın bağımsız olduğu söylenebilir.

Ayrıca, avukatlık hizmetinin şirket bünyesinde görülmesinin özellikle genç avukatların yetişmeleri, deneyim kazanmaları açısından son derece faydalı olduğu kanaatindeyim.

4. Bu konuda şu soruyu da sormam gereklidir: Devlet memuru avukatlık kavramı bağımsız ve güçlü avukatlık kavramı ile bağdaşır mı? Soruya cevap vermeden önce, özellikle yabancı konuklarımız için bir noktayı aydınlatmam gerekir. Bugün ülkemizde devlet memuru avukatlık kurum olarak vardır. Devlet adına bu hizmet görülmektedir.

Soruya cevap verirken, bu kavram içinde görülen avukatlık hizmetinin niteliğini belirlemek uygun olur. Mesleğinde 49 uncu yılını sürdüren bir kişi olarak belirtmek isterim ki, bu çatı altında avukatlar bağımsız değildirler, çünkü üstlerinden emir ve talimat almaktadırlar. O kadar ki, uygulamada bu grup avukat hiç de içlerine sindiremeseler dahi, gerek davaların görülmesinde gerek bu davalarda verilen kararlarda, özgür iradeleri ile davranamayarak kanun yollarına başvurmaktalardır. Bu uygulama ve yerleşik tavır hukuk ve adalet, avukatlık adına kabul edilebilecek bir sonuç değildir.

Bu konuda son sözüm şudur: Bir devletin çatısı altında, devletin çıkarlarını korumak için memur avukatlık kurumu kurulabilir. Fakat iç bünyede, bu avukatlık hizmetinin kuraları konulurken ve uygulanırken, avukatın özgür iradesinin ve bağımsızlığının elinden alınmaması şarttır.

Ülkemiz bu yapılanmaya kavuşturulduğunda, bağımsız ve güçlü avukatlık adına olumlu adımlar atılmış olur.

İkinci boyut, konuyu bugünkü uygulamanın ışığı altında ele almak olacaktır.

Bu konuda aşağıdaki hususları belirtmek isterim.

Bugün ülkemizde yargıç-savcı-avukat üçgeninde neredeyiz?

Yargı ve savcıların avukatlara karşı kendilerini üstün gördükleri bir gerçektir. Oysa adalete ulaşma konusunda bu üçlünün birlikte çalıştıkları ve üretimin ortak olduğu dikkatten kaçırılmamak gerekir.

Bugünkü uygulamada avukatlar yargıç ve savcılara karşı ne gibi bir tavır içindeler?

Genel görüntüde avukatların yargıç ve savcılarla aralarını bozmaktan kaçındıkları, böyle bir sonucun kendilerini ve müvekkillerini olumsuz etkileyeceği yer almaktadır. Avukatlar yargıç ya da savcılara karşı “boyun” eğmediklerinde, müvekkillerine karşı görevlerini yapmamış duruma düşecekleri endişesini taşımaktadırlar.

Öte yandan uygulamada avukatların müvekkilleri ile özdeşleşerek, duruşmalarda “biz” formatında konuşmaları kanımca doğru değildir. Avukat müvekkilini savunur, ama onunla özdeşleşmez. Duruşmalarda tanık olduğum gibi, bir avukatın savcıya, “siz bizim hakkımızda şu suçlamayla dava açtınız.” biçimindeki konuşmayı doğru bulmuyorum.

Bir başka aksayan nokta şudur. Bu nokta da özdeşleşmenin bir başka görüntüsüdür. Avukat gerek duruşmadaki hitaplarında gerek yazdığı dilekçelerde, adeta müvekkilin yerine geçerek yargıca ve savcıya karşı hakaret oluşturabilecek tavırlar sergilediğinde, kendisi yasalar karşısında suçlu duruma düşmektedir. Buna gerek yoktur. Mesleki formatlar içinde hakkı savunmak avukatların görevidir.

Bir avukat nasıl güçlü olur?

Bunun ilk adımı hukuku dört dörtlük bilmektir. Bunun için doğaldır ki çok çalışmak şarttır. Bu çalışma hukuku hem norm hem uygulama boyutunda takip etmekten geçer.

Bu konuda tüm hukukçular için büyük güçlükler vardır. İlk Türkiye Cumhuriyeti Devletinin çok büyük bir iddia ile tüm temel yasaları “yeniden yapması” bir büyük hatadır. Bunda başarılı olunmamıştır. 2004 yılından başlayarak yasaların

değiştirilmesi, geçmişle bağların koparılması, işi içinde çıkmaz hale getirmiştir.

Yasaların, anlaşılabilir olmayan bir tavrıyla, torbalar ve paketler halinde parlamentoya sunulması da hukuk bilmeyi ve takip etmeyi zorlaştıran faktörlerden biridir.

Bir başka soru şudur: Avukat olmak için alınan hukuk öğrenimi ve eğitimi yeterli midir? Bu soruya olumlu cevap verilemez. Üniversite öğretim üyelerinin sayısının belli olduğu bir düzlemde, hiçbir plana dayanmaksızın açılan vakıf hukuk fakülteleri ile iyi hukukçu yetiştirmek mümkün değildir. Buraların devlet hukuku fakültelerinin kadrolarını da yerlerinden etmeleri, ortaya çıkan başarısız sonucuna olumsuz bir etkidir.

Sınav vermeksizin avukat olmak kabul edilebilir mi? Elbette edilemez. Adaylar staj döneminden sonra sınav vermeli ve mesleğe hak kazanmalıdırlar. Bu konuda iki önemli nokta var. Bu sınavda ölçü şu olmak gerekir: avukatlık mesleğine başlamak için yeterli olmak. Böyle bir sınavı başaran ve avukat olan adaylar, bugün için ülkemizde avukatlık mesleğini uygulayanlara karşı bir üstünlük elde edeceklerdir. O üstünlük şudur: Biz sınav verdik ve avukat olduk.

Avukatlar sınıflandırılabilir mi? Bu sorunun anlamı şudur. Avukatlık, ruhsatnameyi aldıktan sonra, hiçbir sınır konulmaksızın, her türlü yargı organı önünde mesleği icra etme hakkını vermeli midir? Bir örnek konuya açıklık getirecektir. Bir avukat, ruhsatnamesini aldığıın ertesi günü Yargıtay'da muraafaaya girebilmeli midir ya da Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan görevi gördüğü bir olayda bu mahkemede yer alabilmeli midir?

Bu soruya olumlu cevap verilebilir. Türk sistemi bugün bunu kabul eder. Sorulacak soru şudur. Bu sistem mesleğinin başlangıcında olan kişiye iyilik midir kötülük müdür? Bu sorunun cevabı düşünülmelidir. Kanaatim odur ki, belirli sınıflandırmalarla avukatların daha iyi yetişmeleri ve tecrübe kazanmaları sağlanabilir.

Bunları Yapmaya Hakkınız Yok!

Türkçede ne güzel sözler var. Bunlardan biri de şudur: dediğim dedik, çaldığım düdük. Bu sözün anlamına gelince, kim ne söylerse söylesin, biz yapacağımıza bakarız, demektir.

Bu girişin elbette bir amacı var. 2004 yılında başlayan süreçte Türkiye Cumhuriyeti Devleti bir iddialı işe girişti. Bunun adı temel yasaları yeniden yapmaktı. Bu denendi, halen de deneiyor, fakat başarılı olunamadı. Yöntem yanlıştır. Hele bu yöntemle önceki yasalarla bağlar da koparılınca, işin içinden hiç çıkılamaz. Bunu hep söyledim, söylemeye de devam edeceğim.

Bir de yasama boyutunda işin kolayına kaçmak var. Bu da çok benimsendi. Adı torba yasa. Davranış biçimine tam olarak uyan bir terim. Neden mi? Açıklaması çok basit. Torba nedir? Bezden üretilmiş, içine istediğiniz şeyleri koymaya yarayan bir nesne.

Son dönemde yasaların alt yapıları hazırlanırken ne yapılıyor? Alınıyor kalem ve kâğıt, sıralanıyor birbiriyle hiç ilgisi olmayan yasa değişiklik önerileri alt alta, sonra gönder torbayı parlamentoya, orada gereği yapılır. Ortaya bir yasa çıkar, ama konuyla uğraşanlar için çıkmak işin içinde, bir ömür törpüsüdür.

Bu konuda son örnek şudur. Nicedir yargıçlar ve savcılar özlük haklarında iyileştirmeler yapılmasını isterler. Bunda da yerden göğe kadar haklıdırlar. Bu konu kısa süre önce gündeme geldi. Bir tasarı hazırlandı ve parlamentoya sevk edildi. Bu konudaki yorumlar da ilginçti. Kimileri siyasal iktidardan yargıç ve savcılara “ulufe” dedi. Ana muhalefet lideri iktidarın yargıç ve savcılarını yanına çekme taktiği olarak yorumladı bu girişimi. Oysa söylemesi gereken kanımca şuydu: “Siyasal iktidar yargıçları ve savcılarını yanına çekmek için böyle bir adım atmıştır, ama bu ülkenin yargıçları ve savcılarını para karşılığı hizmetlerinden ödün vermezler.” Bu arada öteki adliye personeli unutuldu. Oysa adliye bir bütündür, onların da birlikte düşünülmesi gerekirdi. Umarım parlamentoda bu eksiklik giderilir.

Sözünü ettiğim torbanın içinde bambaşka bir düzenleme var. Kısaca şöyle: 1 Eylül 2019 tarihine kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılacak olan duruşmalarda savcılar hazır bulunmayacaktır. Duruşmalarda yapılacak olan bazı işlemler için dosyalar savcılığa sonradan gönderilecektir. İşte size harika bir yöntem. Bu yöntem daha önce 2013 yılı sonuna kadar denendi, sonuç hiç de iyi olmadı. Neden mi? Ceza yargılaması ile ilgilenenler bilir ki, duruşma kolektifliğin ortaya konulduğu en önemli aşamadır. Bu aşamada iddiacılar, savunmacılar yer alır. Mahkeme de bu konunun temel unsurudur. Uyuşmazlık ortak çalışmayla çözülür. Şimdi siz kamu iddiacısı olan savcıyı duruşmadan çekiyorsunuz. Hani savcı kamunun savunmacısıydı? İstimi arkadan gelsin misali, bazı işlemler için, neden tüm işlemler için değil, o da ayrı bir sorun, dosya sonradan savcıya gönderilecek ya.

Oldu olacak bir adım daha atınız, ağır ceza mahkemelerindeki duruşmalardan da savcılarını çekiniz. Avukatlara da gerek yok(!) Mahkeme kendisi işi yapar. İşte size adil yargılanma hakkı.

Bu yöntem “gemiyi” kurtarmaz. Duruşma yüz yüze, sözlü olarak yapılan ve hak aranan bir platformdur. Bundan kimse nin kuşkusu olmasın. Ama herkes şunu da bilmeli ki, bu istek savcılardan geliyor. Onlar bu sonucun peşinde hararetle koşuyorlar. Geçen defa başardılar. Umarım bu kez başarılı olamazlar, çünkü hizmet geçmişte zarar gördü, bu kez de görecektir. İş işten geçmeden, parlamentoda bu hatadan dönülmelidir.

Son söz: Türk insanı bunları hak etmiyor.

(Cumhuriyet, 27 Eylül 2014)

Bir Karar Veriniz Artık!

Birkaç gündür içimi bir sevinç kapladı. Neden sorusunu sorduğunuzu duyuyorum. Cevaplıyorum. Türk insanı haklarına sahip çıktığı için, yaşamaya karşı sesini yükselttiği için, neden üç gün önce şöyle, üç gün sonra böyle dediği için.

Şimdi konuyu açma ve bazı hususları sizlerle paylaşma zamanı. Bunu yaparken bir noktayı hep aklımdan geçiriyorum. Bu sayfadaki yazılarım toplumu aydınlatma amacına yöneliktir. Bir hukuk makalesi niteliği taşımamalıdır.

14 Ekim 2014 günü TBMM'ye bir yasa teklifi sunuldu. Bu teklif, artık sağır sultanın bile duyduğu yöntemle, bir torba yasa değişikliğidir. Birbiriyle ilgili-ilgisiz yasa değişiklikleri aynı başlık altında toplanarak, çeşitli yasalarda değişiklik yapılması isteniyor. Bu yöntemin yanlış olduğunu daha önce de birkaç kez yazdım. Fakat siyasal iktidar bu yöntemden vazgeçmiyor. Bu tavır yalnızca kolay olduğu için tercih ediliyor, diye düşünmek safdillik olur. Bunun içinde bazı konuların üstünü örtmek amacı da gizlidir. Nasıl mı? Bir torbanın içine birbiri ile ilgisiz hükümleri yerleştirirseniz, arananın bulunması o kadar zorlaşır ki. İş içinden çıkılmaz bir hal alır. 2004'den beri saçını başını yolan hukukçuların beni onayladıklarını biliyorum.

Bu konuyla ilgili bir başka nokta da şudur. Son dönemde AKP önemli yasa değişikliklerini tasarı haline getirmekten kaçınıyor. Bunlar yasa teklifi olarak sunuluyor, çoğu zaman bir ya da birkaç imzayla. Oysa teklifi incelediğinizde, bunun AKP'nin temel yaklaşımını ortaya koyduğunu, asla birkaç milletvekilinin düşüncesini yansıtmadığını görüyorsunuz. Bunun nedeni nedir? Tasarı yöntemi uzun yoldan geçer, beklemeye tahammül yoktur. İş hızlandırmak gerek.

Biraz uzun bir giriş oldu farkındayım. Fakat herkesin her şeyi öğrenmesini istiyorum.

Son teklifte toplumdan büyük eleştiri alan, ne oluyoruz, sorusunu gündeme getiren noktalar nelerdir? Kısaca toparlamak uygun olur.

Çokdeğil,sekizayönceCezaMuhakemesiKanununda(CMK) değişiklikler yapıldı. Amaç, insan haklarına saygılı, adil yargılanma hakkına uygun, hukuk devletine yakışır yeni hükümlerle, demokratik hukuk devletini kuvvetlendirmektir. Bu bağlamda, ceza yargılamasının temel kavramlarından olan gözaltı, arama, elkoyma maddeleri değiştirildi. Bu işlemler için somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin şart olduğu belirtildi. Bu sonuç tabii ki önemlidir, çünkü bir ceza soruşturması kapsamında kişilere güvence sağlamak amacı taşıyordu. Kişiler hakkında somut deliller olmadan bu işlemler yapılamayacaktı.

Şimdi bu güzel normlardan geri dönülüyor. Bu işlemler için makul şüphe yeterlidir deniliyor. Bunun tek anlamı var. Bu işlemlerin yapılması kolaylaştırılıyor, kişilerin güvencesi ortadan kaldırılmak isteniyor. İşte insanların tepkisi buna. Üç gün önce verdiğiniz güvenceyi neden geri alıyorsunuz, yaklaşması. Bu geri dönüşün nedenini siyasal iktidara sorarsanız, cevap hazırdır. Uygulama tıkanı, istenen kararlar çıkmıyor. Bu noktada sormak gerekmez mi, çıkmaması gereken kararların çıkmaması için önceki kurallar konulamamış mıydı? Elbette konulmuştu.

TBMM'ye sunulan teklifin içeriğini tümüyle incelemek bu yazının boyutunu aşar. Yukarıdaki konu çok önemli olduğu için, çarpıcı olduğu için ele aldım.

Söz bu noktaya geldiğinde, yazımın başlığına dikkatini rica ederim. "Bir karar veriniz artık!". Kim ne konuda hangi kararı verecek? Siyasal iktidar ülkemizin bir hukuk devleti olması gerektiğine, insan hak ve özgürlüklerine saygılı olmak gerektiğine, kişisel güvencenin sağlanması gerektiğine, Anayasaya yazmakla adil yargılanma hakkının sağlanmasının yeterli olmadığına, bunun yasalara konulacak kurullarla sağlanabileceğine karar verecek. Devletin birey için var olduğu temel kabul edilecek, devlet bir eliyle verdiğini diğer eliyle üç gün sonra geri almayacak. Hukukun temel amacının toplumda düzeni ve istikrarı sağlamak olduğu asla unutulmayacak.

Son söz: Bu lke 2004'den bu yana yasadada bir bocalama içinde. Bunu bu ülkenin insanı ne yazık ki yarattı, bundan kurtuluğu da bu ülkenin insanı başaracaktır. Hayatta en güzel Şey umuttur. **(Cumhuriyet, 19 Ekim 2014)**

Bir Mahkemem Bile Yok!

Yargıç sözcüğü ne güzel bir sözcüktür. İçinde yargı vardır. Yargı bir konuda sonuç belirlemek demektir. Bir soruna nokta koymaktır. Bu nedenle de yargının içinde erk vardır. Erk güç demektir. Erk kullananlar belirli sonuçları ortaya koyarlar ve insanlar da onlara boyun eğerler. İşte bir yargıç yasaların kendisine verdiği erki kullanır ve bir uyuşmazlığı çözer, sonucu ortaya koyar. Bu sonuç bağlayıcıdır. Yargıcın yargısının gereği yapılır. Yargı bazen sevindirir, bazen de üzer. Buna katlanmak gerek. Kişi katlanmak istemezse, hukuk katlanmak zorunda bırakır. Hukukun gücü de budur. Bu nedenle de hukuk tüm topluma ve tüm olaylara egemendir. Hukuk böylece toplumda düzeni kurar.

2004 yılından bu yana ülkemde ne yazık ki yasalarla çok oynanıyor. Ortaya konulan ürünler de hiç iç açıcı değil. Bugün böyle, yarın öyle. Yap, boz, sonra tekrar yap, sonra tekrar boz. İnsanlar şaşkın, insanlar çaresiz.

Son örnek sulh ceza mahkemelerinin kaldırılmış olmasıdır. 1929'dan bu yana uygulanan sulh ceza-asliye ceza-ağır ceza mahkemeleri skalası yara aldı. Artık sulh ceza mahkemeleri yok. Buna neden gerek görüldüğü bazı düşüncelerle açıklanmaya çalışılsa da, bilimsel hiçbir dayanağı ve gerekçesi yoktur.

Sulh ceza mahkemeleri kaldırıldı. Sulh ceza yargıçlarının yeni makamları belirlendi. Sulh ceza yargıçlıkları kuruldu. Onlar artık hazırlık soruşturması evresinde yargıç işlemlerini yapacaklardır. Yani işin özü, tutuklama, elkoyma, arama v.b. kararlarını vereceklerdir. Tüm işlevleri de bunlarla sınırlı olacaktır. Ama klasik formatta yargı yetkileri yoktur. Gereği düşünüldü, sanığın beraatine ya da mahkumiyetine karar verildi, diyecek mahkemeleri yoktur artık.

Bu değişiklik yapılırken, yasama boyutunda çok önemli bir hata yapılmıştır. Yasa koyucu ülkenin tümünü dikkate almadan, İstanbul'un iki yakasındaki iki büyük adliyedeki çok kişinin soruşturulduğu birkaç dosyayı temel alarak, sulh ceza mahkemelerini kaldırmıştır.

O kadar ki, konuyu ülke genelinde ele aldığımda, yeni bir sulh ceza yargıçları sınıfının yaratıldığını, küçük illerde ve ilçelerde ayda birkaç dosya ile “yoğrulan”, dosya yolu gözleyen sulh ceza yargıçlarının görev yapacağını söylemem gerekir.

Yeni düzende artık sulh ceza yargıçlarının mahkemeleri yoktur, yalnızca yargıçlıkları vardır, yukarıdaki kararları vermek için.

İsmim gibi eminim, bu değişikliğe kadar sulh ceza yargıçları hem mahkeme hem yargıçlık olarak görev yaparken hiçbir şikayetleri yoktu.

Bu yazıyı neden yazdım? Siyasal iktidara seslenmek istiyorum. Kısa süre önce bir yasa teklifi (içeriğine göre elbette yasa tasarısı) TBMM’ye gönderildi. Bununla Türk insanına verilen haklar, hukuk güvenceleri geri alınmak isteniyor. Bu tutum hatalıdır, ama kısa sürede sonucu göreceğiz, bu teklif yasalaşacak.

Şayet siyasal iktidar hatamızı düzeltiyoruz yaklaşımında ise, lütfen bir hatayı daha düzeltiniz ve sulh ceza mahkemelerini yeniden kurunuz. Bunu yaparken, sulh-asliye-ağır ceza üçgeninde yargı yetkisi paylaşımını da yeni bir temele lütfen oturtunuz. Hangi suçta hangi mahkemenin görevli olacağı netlik kazansın. Ülkenin beklentisi budur.

Son söz: Şimdi söylemek zamanıdır. Mahkemesi olan yargıç olmak da olmamak. Bütün mesele bu. **(Cumhuriyet, 2 Kasım 2014)**

Üzülmemek elde değil!

Türkçedeki kadar güzel, anlamlı ve bir konuyu kısa, öz anlatan özdeyişler başka hiçbir dilde yoktur. Bu iddialı tespiti her zaman yaptım ve yapmayı da sürdüreceğim. Bu bağlamda söylemem gerekir ki yargıda ortalık harman yeridir. Bir kargaşa, bir atışma, ben haklıyım, sen haksızsın tartışmaları ortamı gerdikçe geriyor. Bu tartışmaları da ülkeyi yönetenler katında üst görevlerdeki kişiler yapıyorlar.

Gelin, bu yazının toplumu aydınlatma görevini dikkate alarak, özünde konuyu masaya yatıralım.

Bugün güncellik taşıyan konu yargıda sürekli değişiklikler yapılmasıdır. Bir yap-boz ortamı yaşanıyor, yaşatılıyor. Bu tutum hukuka, adalete olan güveni azaltıyor. Oysa hukuk düzen, istikrar demektir. Bu sağlanamazsa devlet de birey de zarar görür; gerçekten de görüyor.

Bu tutumu sergileyenlerin gerekçeleri ne/neler olabilir? Her halde daha iyi hukuk üretmek, bireyin hak ve özgürlüklerini sağlam temellere oturtmak, ülkede hukuk devletini ve adil yargılanma hakkını pekiştirmek.

Ortaya çıkan resim böyle mi? Ne yazık ki hiç değil. Bunun temel nedeni sistemle oynamaktır. Sistem bir kere bozulunca, onu yeniden kurmak kolay olmaz. Sistemi düzeltereğim derken, yeni arızalar yaratırsınız. İş içinden çıkılmaz duruma gelir.

Nasıl mı? İşte şöyle:

Sulh ceza mahkemelerini kaldırmak büyük hatadır. Bu mahkemeleri kaldırınca, iş yükü asliye ceza mahkemelerine binmiştir. Bu mahkemeler de ağır iş yükünden çökeceklerdir. Oysa yapılması gereken, neyin suç olması, neyin olmamasını yeniden belirlemek, sonra mahkemeler arasında bir görevlendirme yapmak. Bu bir rahat nefes aldırır.

Son dönemde Yargıtay Başkanı ile Adalet Bakanını karşılıklı getiren konuya gelince, şu düşüncelerimi kamuoyu ile paylaş-

mak isterim. Yargıtay Başkanı diyor ki, Yargıtay'ı ilgilendiren yasa değişiklik önerileri bize danışılmadan yapıldı. Bunlarda anayasaya ve hukuka aykırılıklar vardır; siyasal iktidar yargıya müdahale ediyor. Adalet Bakanı cevap veriyor, yasama erki TBMM'nindir; bu kurum yasama görevini yapar, yargı ile ilgili kuralları koyar. Bunda bir aykırılık yoktur.

Yasama yasaları yapar, doğrudur. Ancak güzel, iyi ve amaca uygun olan tutum görüş alışverişi ile yaratılan sonuçlara ulaşmak değil midir? Elbette öyledir. Ayrıca bu konuları "halkın" gözü önünde, terimi bağışlayınız, kavga üslubunda tartışmak kimseye yarar sağlamaz, aksine zarar verir.

Kanımcı işin özü ele alındığında, yukarıdaki resim ortaya çıkar. Bunun dışında tartışılanlar resmin parçalarıdır.

Yargıtay Başkanı diyor ki, istinaf mahkemeleri kurulsun. Bir gerçek açıktır: Bu ülke istinaf mahkemelerini kuramaz. Bunu hangi yargıçlarla ve savcılarla yapacaktır? Görev bekleyenler mi var? Ayrıca bilinmek gerekir ki, bu mahkemeler adalet dağıtımına katkı yapmaz, zarar verir. Adalet giden yolu uzatır. Batı ülkelerinden kimileri bu mahkemeleri kurdular. Şimdi kaldırmanın yollarını arıyorlar.

Yargı yılının Yargıtay'daki açılış töreni yasayla kaldırılıyor. Bu geleneği yıkmak niye? Türkiye Barolar Birliği Başkanı son törende "içini döktüğü", ülkenin hukuku için güzel ve anlamlı şeyler söylediği için bu yapılıyor. Çok yazık. Unutmamak gerekir ki gelenek yaratmak zordur. Gelenek yıkmak kimseye yarar sağlamaz.

Son söz: Bu sayfada hukuk adına güzel şeyler yazacağım günler acaba ne zaman gelecek? (Cumhuriyet, 1 Aralık 2014)

Bizden ne kötülük gördünüz?

Yeni bir Avukatlık Kanunu yapılmasının yine gündemde olduğu anlaşılıyor. İnternetteki değişik kaynaklar bununla ilgili bilgileri içeriyor. Türkiye Barolar Birliği(TBB) bir taslak hazırlamış ve görüş bildirmeleri için barolara göndermiş. Ayrıca bu konuda baroların katıldığı bölge toplantıları yapılmış.

Amaç bellidir. Avukatlık mesleğinin sorunlarını ortadan kaldırmak; ülkemizde bu mesleği daha iyi duruma getirmek.

Bu yazıyı konuyu tümüyle ele alan bir çerçevede ele almadım. Bir nokta dikkatimi çekti. O nokta ile ilgili düşüncelerimi sizlerle paylaşmak istedim.

Anladığım kadarıyla, yapılacak değişiklikle 65 yaş üstü avukatların mesleki hizmetine son verilmek isteniyor. Bu demektir ki, bu sınırı geçenler köşelerine çekilecekler, meydanı gençlere bırakacaklardır.

Bunun amacı ne olabilir? Avukatlık mesleğinin dinozorları pazardan önemli pay alıyorlar da bunun önü mü kesilmek isteniyor? Yoksa yaşlı nesil ülkede hukukun gelişmesine engel mi oluyor, kaliteyi mi düşürüyor? Acaba neden?

Bir düşünce avukatlık düzleminde çok taraftar toplar: Avukatlık bir usta-çırak ilişkisidir. Gençlerin yaşlılardan öğrenecekleri çok şey vardır. Hatta biraz da özeleştiri ile avukatlık mesleğini dört dörtlük bilen avukat sayısı acaba ne kadardır? Bu düşüncelerdeki haklılık payı yüksektir, çünkü avukat her olayda yeni bir tecrübe edinir. Tecrübe birikimi elbette başarıyı da getirir.

Konuyu ele alan kaynakları ilk gördüğümde, yazıya koyduğum başlık aklımdan geçti.

Ne dersiniz?

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 yönelmek 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 içermektedir. 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 incelenmeyen 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

uygulanması 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 yönelmek 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.

AİHM'in dersini iyi çalışması gerek

Tutuklama ve tutukluluk süreleri konusundaki kargaşa sürüyor. Bu kez AİHM'in bir kararı "pazara" sürülüyor. Bu karar, Wemhoff - Federal Almanya Kararı, 27/01/1968 tarihini taşıyor. Bu kararda AİHM makul sürede yargılanma hakkını tartışırken, ceza yargılamasının temel bir kavramı ile ilgili önemli bir hata yapıyor. Bu kavram "hükümlü" kavramıdır.

Konuyu açmak için ilkin kısaca bazı kavram tespitleri gerekli.

Şüpheli, ön soruşturmada suçlanan kişidir(CMK,2/1/a).

Sanık, son soruşturmada başlayarak hüküm kesinleşinceye kadar suç şüphesi altındaki kişidir(CMK,2/1/b). CMK bu tanımları Türk doktrininin doğru tespitlerinden aldı; çok da iyi yaptı.

Bu tespitler uluslararası ceza yargılamasının da benimsediği sonuçlardır.

Bunlara göre: Hüküm kesinleşmeden sanıklık bitmez. Hükümün kesinleşmesi için ya kanunyolları **tüketilir ya da** kanunyollarına gidilmez. Buna kesin hüküm denilir. Bu nedenlerle, AİHM'in kararında yarattığı, ilk derece mahkemesi sanık hakkında hüküm verdiğiğinde, o kişi artık sanık değildir, hükümlüdür, sonucu hukuka aykırıdır.

AHİM'in bu sonucu tutukluluk ve makul süreyi tartışırken ileri sürmesi de kabul edilemez. Anayasamızla ulusalüstü hukuku ve normlarını iç hukukla bağdaştırdık. Ancak bunu yapmak demek, batının yanlışlarını da kabul etmek demek değildir. Ceza yargılamasında hükümlü kavramının bir açıklaması vardır; bu kesindir, istisnası yoktur. Hükümlü, hakkında kesin hüküm doğmuş olan kişidir. Bunun bir başka temel sonucu şudur: Ceza infazı kesin hükümden sonra başlar.

Tutuklama ve tutukluluk süreleri ile ilgili kargaşa yaratılana sözüne ettiğim AHİM kararı katkı sağlamaz. "Hatalı ürün" AİHM'den de kaynaklansa, iadeye tabidir.

Çözüm nasıl sağlanmalıdır? Çözüm yeri TBMM'dir. TBMM kapılarını bu soruna ardına kadar açmalı, adil yargılanma hakkı ve savunma güvencesine dayalı bir ceza adalet sistemi yeniden yapılandırılmalıdır. Bunun için çözümler vardır, yeter ki istensin. Yoksa yargıçları ve savcılarını suçlayarak bir yere varılamayacağı o denli aşikar ki.

Ülkemizde Avukatlığın Esasları(Model Arayışı)

Giriş

Bu yazımda ülkemizde avukatlık hizmetinin esaslarının neler olması gerektiği üzerinde durmak istiyorum.

Kısa ve öz bir anlatım içinde avukatlık mesleğinin yapılmasının ilkelerinin çerçevesini çizmekte yarar vardır.

Hukukçuluk-Avukatlık

Hukuk eğitimi almak ve hukukçu sıfatını taşımak, avukatlık mesleğinin ön koşuludur. Hukukçuluk, bir hukuk fakültesinden mezun olmak ve buranın diplomasına sahip olmayı zorunlu kılar.

Hukukçu olanların, doğal bir sonuç olarak avukat sıfatına sahip olabileceklerini düşünmek yanlıştır. Avukatlık, hukukçuların sahip olabilecekleri mesleklerden yalnızca biridir.

Avukatlık, bir ön eğitimi gerekli kılar. Bu ön eğitimi staj dönemi olarak adlandırmak mümkündür. Staj, avukat olabilmek için sahip olunmak gereken bilgileri kazandırmak amacı taşır. Her mesleğin stajında olduğu gibi, avukatlık stajında da amaç, avukatlık unvan ve becerisinin kazanılmasında gerekli eğitim ve öğrenimi elde etmeyi hedefler. İyi bir stajın avukatlık mesleğinin temel taşı olduğu tartışmasız bir gerçektir.

Avukatlık stajına başlamak için bir sınavdan geçmek gerekir mi?

Bu konu tartışılmaktadır. Staja kabulün bir sınavla mümkün kılınmasından yana olanlar, hukukçu sıfatını almış olanların avukat olabilmek için bir bilgi süzgecinden geçirilmesini isterler. Buna karşı çıkan düşünce, böyle bir sınavın hukuk fakültesindeki sınavlardan farklı olmayacağını, bu sınavların başarılması ile hukuk diplomasının elde edildiğini ileri sürer. Kanımca ikinci düşünceye katılmak uygun olur. Ayrıca staja kabulün barolar tarafından yapılacak bir sınavla mümkün ol-

ması söz konusu olacağına göre, baroların hukuk fakültelerini denetlemeleri anlamını da taşıyacaktır. Bu, ilkelere uygun düşer mi?

Bu noktada bir başka tartışma açmakta yarar vardır. Ülkemizde hukuk fakültelerinde görev yapan sınırlı sayıda öğretim üyesi bulunduğu gerçeği karşısında, TBMM'nin "cığ" gibi vakıf üniversitesinin kurulmasına ve bunlar içinde de -eğitim donanımındaki kolaylık nedeniyle- hukuk fakültesinin yer almasına yeşil ışık yaktığı bir düzende, hukuk eğitimi görenlerin yeterli bilgi birikimi ile fakültelerden mezun olduklarını söylemek güçtür.

Bu ülke gerçeği, staja kabul sınavının yapılması düşüncesinin taraftar kazanmasının en önemli etkenidir.

Staja kabul sınavı, ülkenin avukat ihtiyacı dikkate alındığında, belki de baroların ve avukatlığın çatı örgütü olarak TBB'nin bir sınırlamayı gündeme taşıma gereğinin başlangıç noktasıdır.

Sınavsız avukat olunabilir mi?

Türkiye 1967 yılından bu yana bu sorunla adeta güreşmektedir. Bugüne kadar bir sınavın başarılması ile avukat olabilmek gerçekleşmiş değildir. Bu konuda değişik tarihlerdeki girişimler başarılı olamamıştır. Bugün, stajı yapmak ve bitirmek, avukatlığa hak kazandırır.

Bu sonuç kesinlikle terk edilmek zorundadır. Bunun en temel gerekçesi, hukukçulukla avukatlığın farklı meslekler oldukları, avukatlık stajında verilen eğitimin de ölçülmesinin kaçınılmaz olduğudur. Avukatlığa kabul sınavı bu ülkenin Avukatlık Kanunundaki yerini mutlaka almalıdır.

Avukatlık sınavıyla ilgili temel ilkeleri şöyle sıralamak kanımca uygun olur:

- Avukatlık sınavını TBB yapar; barolar dışında başka kurumlardan yardım almaz. Avukatlık stajını planlayacak olan TBB, sınavı da yapacaktır. Bu konuda hukuk fakültelerinin

dahi yardımına kanımca gerek yoktur, çünkü barolarda görev yapan ve avukat olan öğretim üyeleri ile bu konu çözümlenir.

- Avukatlık sınavı, yalnızca bir mesleğe kabul edilme sınavıdır. Bu sınav, adayın stajda kendisine verilen eğitimi alıp/almadığını ölçer. Bu sınavda adayın mesleğe başlamak için yeterli olup olmadığı tartılır. Yoksa adaydan tecrübeli bir avukatın bilgi birikiminin istenmesi uygun değildir.

- Avukatlık sınavı, bazı kurumlara kabulde olduğunun aksine, test sınavı yöntemi ile yapılmaz. Çoktan seçmeli yöntemler avukatlık için uygun değildir. Avukat, karşısına gelen olaylarda, hukuku süzmek, konuları yorumlamak, bilgisini usul normları ile de bütünleştirerek başarı kazanmak durumundadır. Muhakeme yeteneğini aramak gereken böyle bir mesleğe kabulün, test sorularıyla kazanılması/kaybedilmesi amaca hizmet etmez.

Avukatlık mesleği konu ve ülke coğrafyası ölçerinde sınırlandırılabilir mi?

Bu konuya yaklaşımı şöyle irdelenmek uygun olur.

1. Çözüm: Avukatlık sıfatı kazanıldığında, konu ve ülke coğrafyası ölçerinde bir sınırlama olmamak gerekir. Bu, bugün ülkemizde yürürlükte olan Avukatlık Kanununun öngördüğü çözümdür.
2. Çözüm: Avukatlık sıfatı kazanıldığında gerek konu gerek coğrafi ölçekte sınırlamalar olmalıdır. Bu, batıda bazı ülkelerin yasalarında öngördüğü çözümdür.

Hangi çözüm uygundur?

Her iki çözümün de artıları ve eksileri vardır.

Birinci çözüm, yüzeysel bakışla, meslekte geniş özgür alan sunmaktır. Gerek ceza yargılamasında gerek medeni yargılama v.b.'de, avukat olan kişi her türlü davayı takip etmek hak ve yetkisine sahip olur. Bu ilk bakışta cazip gelebilir. Ancak

başarılı avukatlık, önceki başarıların üstüne bina edilen bir meslektir. Bu nedenle-terim bağışlanırsa- acemilik döneminde “engin denizler”e açılmak, boğulma tehlikesini de birlikte getirir. Unutmamak gerekir ki, avukatlık aynı zamanda tecrübenin de önemli etken olduğu bir meslektir.

İkinci çözüm, meslekte emin adımlarla ilerlemek anlamı da taşır. Bu çözüm, avukatlığın çerçevesi çizilirken hem konu hem de coğrafi sınırlamayı içerir. Bu sınırlamaları yaparken ülke gerçekleri göz ardı edilemez. Büyük illerde tek ilçe/birkaç ilçe sınırlaması düşünülebilir. Belirli sürelerle avukatın burada hizmet görmesi mümkün kılınır. Bu sınırlama, kendi içinde kabul edilen davaların gerek cezada gerek hukukta kapsamlarının tayinini de beraberinde getirir, sulh ceza, sulh hukuk gibi. Zaman içinde bunlara asliye ceza, asliye hukuk işleri de eklenir.

Bu çözüm, sınırlama düşüncesinden hareket ettiği için, bunların belirli objektif ölçütlere bağlanması mümkündür.

Bir gerçek göz ardı edilemez: Yüksek mahkemelerde avukatlık ancak belirli kıdemlerin elde edilmesinden sonra mümkün olmalıdır. Hiçbir tereddüde yer vermeden ifade etmek gerekir ki, sözü edilen kıdem, mesleğin bilfiil yapılmasını zorunlu kılar; yoksa baro levhasında eskimek olarak anlaşılabilir.

Yazımın sonunda, yukarıdaki çözümlerden ikincisinden yana olduğumu belirtmek isterim. Uygulamanın içinde olan bir kişi sıfatıyla söylemem gerekir ki, birinci çözüm hem meslek adına hem de genç avukatla adına olumsuzluklar yaratmaktadır.

Ceza Genel Kurulunun yorumuna katılmıyorum!

CGK'nın kararında(07.06.2011, E.2011/1-75; K.2011/114) (YKD, Kasım 2011) CMK'nın 23/1 nci maddesi tartışılmıştır. Kararın özü şudur: Asliye ceza mahkemesi görevsizlik kararı vermiştir. Müdafî buna itiraz etmiştir. İtiraz ağır ceza mahkemesinde(AC) incelenmiş ve reddedilmiştir. AC'de bu kararı veren başkan ve üyeler, aynı olayın AC'deki yargılamasında görev yapmışlardır.

CGK diyor ki, bu sonuç CMK'nın 23/1 nci maddesine aykırı değildir. CGK'nın 11 üyesi bu sonuca muhaliftir.

Ceza Genel Kurulunun kararındaki sonuca katılmıyorum. Neden mi? İlk belirtmem gerekir ki, 23 üncü maddede yer alan hüküm bir yasaklılık halidir. Hukuki niteliği açısından da bir yasal faraziyedir. Yasal faraziyeler mutlaklık taşırlar.

Yasakoyucu yargılamada objektifliği sağlamak için bu normları sevk eder. Olaydaki çekirdek nokta şudur: AC heyeti görevsizlik kararına yapılan itirazı değerlendirirken elbette fiilin nitelenmesi yapmak ve ona göre asliyelik-ağır cezalı fiil sonucunu ortaya koymak durumundadır. Bu kararlar AC heyeti dosya ile ilgili görüş açıklamış olmaktadır. Bu nedenle dosya sonradan AC'de ele alındığında ve yargılama yapıldığında, aynı yargıçların görev yapması objektifliği bozar ve 23/1 inci maddedeki ilkeyi zedeler.

Yargılama hukuklarında bir ilke kesinlik taşıır. O ilke şudur: Yargılamada görev yapacak kişilerin yerine başkalarını koymak ve bulmak mümkün olduğu sürece, yargıç, bilirkişi gibi, bunlarda değişiklik yapılarak objektiflik ve tarafsızlık sağlanır. Bu nokta ele alınırken tanıkların durumu özellik taşıır, çünkü tanık, yerine başkasının konulmasının mümkün olmadığı bir süjedir. Bu nedenle bir kişinin tanıklığı ile başka bir yargılama süjeliği karşı karşıya geldiğinde, tanıklık tercih edilir.

Olayda başka yargıçların katılımı ile yargılama yapılabilirdi. Bu yapılmamıştır.

Hukuka Aykırı Delilde Son Durak

Önce bu yazıyı niçin yazdım?

Yargıtay Ceza Genel Kurulu hukuka aykırı delil konusunda yeni bir karar verdi: 25.11.2014 tarih, 2013/9-610 E. ve 2014/512 K. sayılı karar.

Kararın özü şudur: Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 28.02.2013 gün ve 5778-3123 sayılı oyçokluğu ile verdiği onama kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yapılan itiraz üzerine verilen Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında; "arama" tedbiri ile elde edilen delillerin hukuka aykırılığı ve hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı incelenmiştir. Karar net bir şekilde; başta Anayasa m.38/6 olmak üzere, CMK m.206/2-a, 217/2 ve 230/1-b'yi esas alıp, hukuka aykırı yol ve yöntemlerle elde edilen delillerden hareketle mahkumiyet kararı verilemeyeceğini ortaya koymuştur.

Bu kararı değerlendirmeden önce, hukuka aykırı delille ilgili birkaç söz:

Takvimler 1991 yılının sonbaharını gösterdiği günlerde, Adalet Bakanı olan sayın Seyfi Oktay'dan bir telefon aldım. Cezada iyileştirmeler yapalım, var mısınız, diyordu sayın bakan.

Sonuç: Uzun bir yol kat edildi ve 1 Aralık 1992 tarihinde yürürlüğe giren, CMUK'da önemli değişiklikler yapan 3842 sayılı Yasa Türk ceza yargılaması sisteminin bir kilometre taşı oldu.

Yasada, hukuka aykırı delille ilgili olarak şu hüküm vardı: Hukuka aykırı deliller yargılamada ve hükümde kullanılamaz(CMUK, m. 254/2). Bu hükme Türk hukukçusu devrim sıfatını verdi. Neden mi? Değişiklikten önce ülkemizde hukuka aykırı deli yargılamada ve hükümde kullanılırdı. Tavır yalnızca hukuka aykırı delili yaratandan yasalar önünde hesap sormaktı. Bu hesap da ne yazık ki sorulamıyordu.

3842 pozitif hukukumuzda vatandaşlığını kazanınca ne oldu? Devlet, ilkin hukuk devleti olma yolunda önemli bir

adım attı. Sonra kişi özgürlüğü ve güvenliği konusunda bireyi kucakladı. Daha sonra bu ülke ceza yargılamasında hukuka uygun davranır, hukuka aykırı delilden medet ummaz. Hukuka aykırı delili kullanarak sanığı mahkum etmektense, bu delili kullanmayarak sanığı beraat ettirir. Bireyin güvenliği hukuka aykırı yöntemle ortaya konulacak olan bir mahkumiyet kararından çok daha değerlidir, dedi.

Bu yaklaşım batı ülkelerini geride bıraktı. CMUK'nun 254/2. maddesi bir şampiyonun adıydı.

Bu noktada bir tespit yapmak durumundayım: Yasalara yön veren elbette uygulamadır. Uygulama yasaların kanıdır, hayat suyudur. Bunda en küçük bir kuşku yoktur.

Uygulama hukuka aykırı delil konusunda nasıl bir tavır sergiledi? İlk CGK bir kararla, her türlü hukuka aykırı delil yargılamada ve hükümde kullanılamaz, delildeki hukuka aykırılığın azı, çoğu olmaz, dedi. Sonra, CGK çark etti, delildeki hukuka aykırılığı "önem süzgecinden" geçirme anlamına gelen kararıyla geri dönüş yaptı. Özetle, yarattığı o güzel kaleyi kendi top ateşiyle yıktı.

Bunları özellikle genç hukukçular için yazdım. Onlar bu ülkede hukuka aykırı delil konusunda geçmişte neler yaşandığını bilsinler istedim.

Şimdi: Yazının başında yer alan CGK'nın son kararını değerlendirirken, lütfen yukarıdaki satırları hatırlayınız. CGK ne diyor? Bir arama kararı hukuka aykırıysa ve uygulamasında da hukuka aykırılık varsa, bu yolla elde edilen sonuçlar yargılamada ve hükümde kullanılamaz.

Bu, alkışlanacak bir sonuçtur. Bu sonucu yaratanları kucaklıyorum.

Küçücük bir serzeniş de teorisyenlere: Her fırsatta Yüksek Yargıtay'ı, terimi bağışlayınız, yerden yere vuruyorsunuz ya, işte şimdi size o mahkemenin yargıçlarını alkışlama fırsatı.

İşte Yargıtay, işte karar!

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun

21.12.2010 tarih, E. 2010/11-246; K: 2010/266 sayılı kararında(YKD, Mayıs 2011) aşağıdaki değerlendirme yer almaktadır:“ İlkderece yargılama sırasında, sadece mahkemece yapılan ve sanık, müşteki ve tanıkların mahkemeye çağrılması ile sanığın doğum ve sabıka kaydının istenmesine ilişkin olan tensip zaptının düzenlenmesine katıldığı anlaşılan hakimnin aynı dava hakkında verilen hükme yönelik olarak yasa yararına bozma yasa yoluna başvurulması üzerine Yargıtay Özel Dairesi’nce gerçekleştirilen incelemeye ve inceleme sonunda verilmiş bulunan kararlara katılmış bulunması; “tensip kararının”, “hakimin, sanığın suçlu olup olmadığı konusunda düşünce oluşturduğunu gösteren kararlardan” olmaması nedeniyle, 5271 sayılı TCY’nin 23. maddesine aykırılık oluşturmaz. “

Bu kararda pırl pırl bir hukuk yorumu var. Neden mi?

Tüm yargılama hukuklarının sarsılmaz ilkelerinden biri yargıcın tarafsızlığıdır. Uzun söze gerek yok. Yargıç, tarafsız olacaktır, çünkü uyuşmazlığı çözerken adalet terazisini bir yana eğmeyecektir. Yargıç bunu yaptığında, yargılamanın tarafları onun verdiği karara inanacaklar ve benimseyeceklerdir.

Yargılama yasaları bunun önlemlerini alırlar ve normlar koyarlar. CMK’nın 23. maddesi de böyle bir normdur. Maddede ne deniyor? “ Bir karar veya hükme katılan hakim, yüksek görevli mahkemece bu hükme ilişkin olarak verilecek karar veya hükme katılamaz. “ Güzel bir norm, çünkü objektifliği ve tarafsızlığı sağlama amacı güdüyor.

Olayda ne olmuş ? Bir yargıç, ağır ceza mahkemesinde üye iken bir dosyadaki tensip kararına katılmış. Aynı yargıç daha sonra Yargıtay üyesi olmuş, aynı dosya bu yargıcın Yargıtay’da görev yaptığı daireye gelmiş. Soru: Bu yargıç burada bu dosyada görev yapabilir mi ? CGK ne diyor ? Tensip kararı sanığın

Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze

suçlu olup olmadığı konusunda düşünce açıklanan bir karar değildir; bu nedenle, 23. maddeye aykırılık oluşturmaz. “

Bu kararı alkışlıyorum. Neden mi ?Hukuku szlemek, bir normu doğru ve amaca uygun yorumlamak adına. Hukuk metnine yalnızca sözcükleri okuyarak değil, fakat ruhunu da ortaya çıkararak hayat verdiği için.

Yargıtaydan söz ederken her zaman ne diyoruz? Yargıtay hukuk üretmek için kurulmuştur. İşte hukuk üretiyor.

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

Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze

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)

CMK'da bir boş umut: uzlaşma

CMK ile Türk hukukuna uzlaşma kurumu katılarak adliyenin yükünün hafifletilmesi amaçlanmıştı. Bu amaç için bu kurumun seçilmesi, temelde doğru bir tercihti. Ancak, yasanın bu konuda kurduğu sistem incelendiğinde, bir temel hata söz konusudur:

Uzlaşma, ceza yargılamasında bugün özellikle Anglo-Sakson, Anglo-Amerikan sistemini benimseyen ülkelerde faydalanılan bir araçtır. Fakat bizdekinin aksine, faille devlet arasında gerçekleşen bir olaydır. Uzlaşmadaki mantık, suç işlediği iddia edilen kişi bu fiili ile kamu düzenini bozduğu için, onu cezalandırmak hakkını elinde tutan devletin, belirli koşullarla, faille uzlaşması ve onun cezasında indirim yapması, ona bazı avantajlar sağlamasıdır.

Bu niteliği ile uzlaşma, suç failine devletin atıfette bulunmasıdır. Bu atıfet sağlanırken, faile savunma olanağı tanınmaktadır. Bu olanak mutlaka bir müdafinin hukuki yardımı ile kullanılmaktadır. Müdafinin faili aydınlatması sonucu, uyuşma mümkün olduğunda, faille devlet bir noktada buluşmakta, failin cezası tayin edilmektedir. Bu sistem içinde müdafii önemli bir görev üstlenmektedir, çünkü dosyadaki tüm bilgileri, delilleri ve bunların gücünü elekten geçirmekle yükümlü olan müdafidir.

Bu sistemdeki yargılama yalnızca uzlaşma kavramı ve hedefi ile sınırlıdır. Olayla ilgili veriler elde edildikten sonra, mahkeme önünde iddianın temsilcisi olarak savcı, savunmanın temsilcileri olarak suç faili ve müdafii (olmazsa olmaz) hazır bulunmaktadır. Uzlaşmada ilk ve önemli adım, suç failinin suçluluğunu kabul etmesidir. Daha sonra faile verilecek olan cezada indirim öngörülmektedir. Ayrıca cezanın infazında da bazı lehte avantajlar sağlanmaktadır.

Bu senaryo içinde, uzlaşmada son söz uzlaşma duruşmasını yöneten yargıcıdır. Yargıç uzlaşmayı uygun görmeli ve onaylamalıdır. Bu onay, o olaydan dolayı klasik bir ceza davasını

Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze

saf dışı bırakır. Bu yol, ceza davalarının sayısında önemli bir düşme sağlamaktadır.

Bizde ise, yasa koyucu hatalı bir yaklaşımla, suç faili ile mağduru karşılıklı getirerek uzlaşmayı sağlamayı düşünmüştür. Bu yaklaşımın başarı sağlamayacağı açıktır. Gerçekten de CMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, uzlaşma mekanizması çalışmamıştır.

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 : Yasakoyucu 1 Aralık 2009'a kadar TCK dışındaki yasalarda değişiklikler yapabilir. Bu olasılıkta, tabii ki bu değişiklikler uygulanacaktır. Yasakoyucu 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 : Yasakoyucu 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 sisteme 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 : yüzbin 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.

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

Sürelili yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayım yönetmeni, genel yayım yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.

Süresiz yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlerle 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 yayımlar ve süresiz yayımlar için bu Kanunda aranan şartlara uyulmaksızın yapılan yayımlar 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 yapmak 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.

Yasalar adalet için 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 doldurmamış 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 mahkum edildiğinde, mahkemece bu ceza adli para cezasına çevrilebilir. Bu sonuç, TCK'nın 50. maddesinde öngörülmüştür. Mahkemenin 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 köklemiştir.

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, çevirmeden 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 kay-

Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze

naklanacaktır. 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 dzeltmiyor mu? Tabii ki düzeltiyor. Bu da düzeltilecek bir norm olarak görünüyor. Bu yolla bir adaletsizlik ortadan kaldırılmış olacaktır.

Herkes herkesin arkadaşı!

Türk insanına bir haller oldu. Neden mi? Toplum sanki kendini hazırlamış durumda, yanlışları, üzerinde hiç düşünmeden benimsemekte ve yapmakta.

Bu tavır konuşmada da egemen. Son yıllarda dikkatimi çeken bir konu var. Bu ülkede herkes herkesin arkadaşı. Ne güzel, bunun neresi yanlış, dediğinizi duyar gibiyim. Dostluk, arkadaşlık bir toplumda aranan güzel kavramlar değil midir? Elbette öyledir, fakat konumuz bu değil.

Ortalıkta, olur olmaz yerde ve kişiler arasında bir “arkadaş” lafıdır gidiyor. Bu ne kadar doğru?

Size bazı örnekler verirsem, konu daha iyi anlaşılabilir.

Bir uçağa bindiniz, bu Türk şirketine kayıtlı bir uçak. Uçuş hazırlıkları yapılıyor, temel görev kabin içinde düzeni sağlamak maktan geçiyor. Hostesler ve sayıları giderek artan, kabin görevlisi denilen erken görevliler. Sonra her şey hazır. Pilotlar kuleden hareket iznini alıyorlar. Uçak hareket ediyor ve taksidenilen pistte uçuş noktasına doğru ilerliyor. Kalkışa yakın, kaptan anons yapıyor: “ Kabin görevlisi *arkadaşlarımız* kalkış için yerlerinize. “ Bu anonsun Türkçe açıklaması şöyle: Kabin görevlileri yerlerinize oturun, kemerlerinizi bağlayın, kalkıyoruz.

Bu anonsun içeriğinde anlam olarak bir fevkaladelik yok elbette. Uçuşun sorumlularından biri olan kaptan gereken ikazı yapıyor.

Gelgelelim *arkadaş* ne oluyor? Kabin görevlileri kaptanın arkadaşı mıdır? Özel hayatlarında olabilir, fakat resmi görevde olamaz. Ama bunu kime anlatabilirsiniz ki.

Üniversitede profesör öğrenciye ders veriyor. Üç lafın başı *arkadaşlar*. Öğrenci profesörün arkadaşı mıdır? Elbette değildir.

Ben Türk insanının bunu neden yaptığını biliyorum. Bu hitapla yakınlık kurulmak isteniyor. Ama bence tavır doğru değil.

Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze

Yurt dışında durum nasıl? Bir kasap dkknına girdiniz, et istiyorsunuz. Kasap sizin istediğiniz eti hemen yanı başındaki kasabın verebileceğini söylüyor ve ondan söz ederken “*mein Kollege*”(meslektaşım) diyor. Ne kadar doğru, nk ikisinin mesleği aynı, kasaplık. O ortamda bir kasap bir kasaba, *mein Freund* ya da *mein Kamerad* (dostum, arkadaşım) dese, yanı başındaki kasap ona öyle bir şaşkın bakar ki, o sözü sarf eden ettiğine bin pişman olur.

Bu yazdıklarımaya burun kıvrıranları görüyorum, gözümden kaçtığını sakın sanmayın.

Ama sizlere birkaç sözüm var. Size bunlar kk ve önemsiz gelebilir. Fakat yle değildir inanın. Zaten toplumda kkleri ve nemsizleri biriktire biriktire bu günlere gelmedik mi?

İstinaf Kanunyasolu Sempozyumu(7-8 Mart 2003)(Yargıtay)

Bildirinin Konusu : Ceza Yargılamasında İstinaf (Adalet Bakanlığı Tasarılarının Değerlendirilmesi)

Giriş

Ülkemizde adalet hizmetinin görülmesinde ortaya çıkan sorunların aşılması amacıyla yürütülen çalışmaların önemini açıklamak gerektiği kanısında olmadığımızı belirtmem gerekir.

Ayrıca, başka ülkelerde olduğu gibi, bu sorunlar ülkemizde de bilinmektedir. Amaç tektir: sorunları aşmak, adalet hizmetini her yönüyle eksiksiz yürütmektir. Bu konuda belki yöntemde farklılıklar ve önceliklerin belirlenmesinde değişik düşünce ve kanaatler söz konusu olacaktır.

Sempozyumun hareket noktası ve amacı bu açıdan konuya ve sorunların çözümüne ışık tutmaktır.

Bu çerçevede Adalet Bakanlığı bünyesinde, hukuk reformu başlığı altında, değişik komisyonlar oluşturmak suretiyle, yasa ön çalışmaları yapıldığı ve bazı tasarıların hazırlandığı bilinmektedir.

Sempozyumun konusunu oluşturan istinaf kanunoyolu da adalet hizmetindeki aksaklık ve sorunların üstesinden gelmek amacıyla, gerek medeni gerek ceza yargılaması alanında bir çözüm olarak sunulmuştur.

İstinaf kanunoyolu ile ilgili olarak Adalet Bakanlığının iki tasarı çalışması vardır :

- 1. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yetkileri Hakkında Kanun Tasarısı,**
- 2. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Tasarıları.**

Bildirimim girişinde, yapacağım bir sınırlamayı belirtmem uygun olur.

Sempozyumda istinaf kanunyolu tartılacağı için, ilk derece mahkemelerinin kuruluşunu dışta tutacağım. Ayrıca medeni yargılama hukukunda istinaf başka bildirilerin konusu olacağı için, bildirimde ceza yargılamasında istinaf konusunu ele alacağım. Bu konuda da temel olarak Tasarılarla ilgili açıklamalar yapacağım.

İstinaf Kanunyolunun Ceza Yargılamasındaki yeri

Bu konuda geniş açıklamalar yapmayı gereksiz sayıyorum.

Ancak temel birkaç noktayı vurgulamam gerekir :

- İstinaf, kanunyolları sistematüğinde bir ikinci derece kanunyoludur. Bunun anlamı şudur : İstinaf kanunyolunda, birinci derecede verilen karar ve hükümler maddi ve hukuki değerlendirmeye tabi tutulur. Bu demektir ki, bu kanunyolunda hem hukuki hem de maddi değerlendirme yapılır. Maddi değerlendirme, hükmün temelini oluşturan delillerin değerlendirilmesidir.
- İstinaf mahkemesi, ilk hükmü temelden ele alarak ve yargılamayı tekrarlayarak sonuca varır. Bu nedenle, özellikle istinaf duruşması, istisnalar dışında, ilk derece duruşmasından pek de farklı değildir.
- İstinaf mahkemesi ilk derece hükmünü hukuka aykırı bulduğunda, bozma kararı verir ve yargılama ilk hükmü veren mahkemede yeniden ele alınır. İstinaf mahkemesi ilk derece hükmünü hukuka uygun bulduğunda, ilke olarak bu karara karşı temyiz yolu açıktır.
- Temyiz kanunyolunda istinaf kararı hukuka aykırı bulunduğunda, verilecek bozma kararı ile dosya ilk mahkemede yeniden ele alınır. Bu karara karşı yeniden istinaf yolu açıktır.
- Kısaca bu biçimde özetlenebilecek olan istinaf kanunyolu bazı ülkelerde uygulanmaktadır. Bizde olmayan istinaf yolu- yapılan tasarı çalışmaları onu gösteriyor ki - adalet hizmetinin sorunlarına bir çözüm olarak düşünölmektedir.

Oysa istinaf yabancı ülkelerde de giderek etrafında fırtınalar koparılan bir kanunyolu görüntüsü vermektedir. Yukarıda kısaca çizmeye çalıştığım resimde de görüldüğü üzere, istinaf, temyizi tümüyle ortadan kaldıran bir yol olmadığı için, adaletin gecikmesinde önemli bir engel olarak mütalaa edilmektedir.

Ayrıca, Alman ceza yargılaması sisteminde, basit ve orta derecede önemdeki suçlar için istinaf+temyizün üstüste bina edilmesi, ağır cürümlerde istinaf yolunun kapatılmış olması, kuşku ve duraksamalara neden olmaktadır. Bu konuda getirilen temel eleştiri şudur : İstinaf, ceza adaletinin sağlanmasında iyi bir ilaç ise, bunun öncelikle, toplum düzenini temelden sarsan ağır cürümlerde uygulanması gerekmez mi ?

İstinaf konusundaki Adalet Bakanlığı tasarılarının değerlendirilmesi

Bu değerlendirmeyi iki alt başlıkta yapmam gerekir :

1. Bölge Adliye Mahkemelerinin Kurulması

Bu konuda şu noktaların altı çizilmelidir :

- Bu mahkemeler, adının da belirttiği üzere, bölge mahkemeleri olarak düşünülmektedir.
- Anayasanın 142. maddesinden hareketle, bu mahkemeler Adalet Bakanlığı tarafından kurulacaktır. Bu konuda HSYK'nin olumlu görüşü alınacaktır.
- Bu mahkemelerin yargı çevresini belirlemek, değiştirmek veya mahkemeleri kaldırmak yetkisi HSYK'nindir. Kurul bu kararları Adalet Bakanlığının önerisi üzerine verir(Ay,159).
- Mahkeme toplu yargıç ilkesine göre kurulur. Bir başkan ve iki üye ile karar verir.
- Mahkemenin temel görevi, adli yargı ilk derece ceza mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamaktır.

- Bunun dışında, yargı çevresi içerisinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmektir.
- Görev yapacak savcı ve yargıçların meslekte belirli kıdemde olmaları aranmaktadır. Hatta Yargıtay'da görev yapan başkan ve üyeler de, istekleri halinde bu mahkemelere atanabilmektedir.

2. CMUK'da İstinaf Kanunyuolu

Bu konuda önemli noktalar şöyle sıralanabilir :

- İstinaf yargılaması bölge adliye mahkemelerinde yapılacaktır.
- İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf mümkündür. On beş yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezaları içeren hükümlerde otomatik istinaf uygulanır.
- Hükme esas teşkil eden veya başka kanunyuolu öngörülmemiş kararlar için hükümle birlikte istinafa başvurulabilir.
- İstinaf istemi ve süresi, istinaf dilekçesinin etkisi, istinaf isteminin hükmü veren mahkemece reddi, istinaf konusundaki ön inceleme, bölge adliye mahkemesinin inceleme ve koğuşturması, duruşma hazırlığı, duruşma, reformatio in peius yasağı konusunda Tasarının temyiz kanunyuolu ile paralellik gösteren hükümler içerdiği görülmektedir.

Her iki tasarıya eleştirel yaklaşım

1. Mahkemelerin Kuruluş Yasası

Tasarının yasama tekniğine uygun hükümler içerdiği görülmektedir.

Ancak birkaç noktanın vurgulanması gerekir :

- Tasarının 30. maddesinde, en kıdemli C.savcısının, C.Başsavcı vekili olarak görev yapacağının açıklanması,

sisteme uygun değildir, çünkü bu görev HSYK özel olarak atama yapmaktadır. Sistemi değiştirmenin yararı yoktur.

- Tasarının 37. maddesinde, yargı çevresi içinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek yetkisi bölge mahkemesine verilmektedir. Ağır ceza mahkemelerinin yükünü hafifletmek amacı taşımaktadır. Uygun bir değişikliktir.
- Aynı maddede davanın nakli konusundaki değişiklik de uygundur.
- Bölge mahkemelerinde görev yapacak yargıç ve savcıların seçimi ve atanması konusunda Yargıtay'dan yararlanmak da bu mahkemelerin hizmet kalitesini yükseltecek bir etkidir.
- Bu mahkemelerin 2 yıl içinde kurulmasının öngörülmesi de, hazırlıklar ve donatımla birlikte düşünüldüğünde, uygun bir süre olarak mütalaa edilebilir.

2. CMUK'da istinaf kanun yolu

Ülkemizde ceza yargılaması alanında bu kanun yolunun faydasının tartışmasını sona bırakarak, önce CMUK Tasarısındaki hükümler hakkında birkaç nokta üzerinde durmak faydalı olacaktır :

- Uygulamada hiç yeri olmayan, CMUK'nın değişik hükümlerinde yer alan, zabıt katibine beyanla işlem yapmak yolu, terk edilmelidir. Bu istinaf için de böyle olmak gerekir.
- Tasarının 304. maddesinde, asliye ceza mahkemesi/ağır ceza mahkemesi savcılar terimleri, hukuk tekniğine uygun değildir. Bu isimle belirtilen savcılar yoktur. Bu hizmeti gören savcılar vardı. Ancak savcılık ceza yargılamasında "makam " olarak süjelik temeline dayanır. Bu nedenle hizmette bir ayırım, isim olarak olmamak gerekir.
- Tasarının yine 304. maddesinde, müdahale istemi reddedilmiş, (tasarıya göre karara bağlanmamış, aslında böyle bir

sonuç olmamak gerekir), müdahil sıfatını alabilecek kadar suçtan zarar görmüş olanların istinaf dilekçelerinin kabulünün öngörülmüş olması, hukuka uygun değildir. Yargılama hukuklarında temel ilke, önce yargılamada taraf sıfatını kazanmak, sonra haklar kullanmaktır. Bu nedenle, müdahil sıfatının kazanılması ancak mahkemenin bir kararı ile mümkündür. Bu konuda red kararı vermiş olan bir mahkemeyi bir kenara koyarak, bu kişinin istinaf istemini kabul etmek, sisteme aykırı düşer. Unutmamak gerekir ki, müdahale istemi reddedilen kişi yargılamada 3. kişi durumunda kalır ve CMUK'nun öngördüğü itiraz yolundan yararlanır.

- Tasarıda(m.304) savcının istinafının taraflara bildirilmesi ve 308. maddede diğer istinaf istemlerinin karşı tarafa bildirimi, beyanda bulunma olanağının kabul edilmesi, yargılamada silahların eşitliği ilkesine uygun bir normdur.
- Tasarının 307-311. maddeleri üzerinde durmak gerekir. Bu hükümler birlikte ele alındığında, Tasarı şöyle bir sistem kurmaktadır :
- Birinci derece yargılamanın taraflarına istinaf başvuruları bildirilip beyanda bulunmaları sağlandıktan sonra, dosya bölge mahkemesi savcılığına gönderilecektir.
- Burası bu konuda bir tebliğname hazırlayacak ve taraflara bildirecektir ve bölge mahkemesine gönderilecektir.
- Bölge mahkemesi, dosyayı, delilleri ve tebliğnameyi inceleyecek, hükmü hukuka uygun bulduğunda, istinaf istemini reddedecektir. Mahkemenin kararında 320. maddedeki hukuka aykırılıkları tespit ederse, kararı bozacak ve mahkemeye geri gönderecektir. Aksi halde istinaf yargılaması yapılmasına karar verecektir.
- Belirtmem gerekir ki, yasadaki bu sistematik yargılama ve kanunyolu tekniğine aykırıdır. Kanunyolu mahkemeleleri, davanın kabule şayanlığı incelemesini yaparlar. Bu olumlu olursa, kanunyolu yargılaması yapılır. İstinaf kanunyolunda da ilke yargılamayı ikinci kez maddi(delil) ve hukuki yönden

ele almak ve incelemek olduğuna göre, yukarıdaki hükümlere göre, tarafları çağırmadan, dosya üzerinden, istinafın esastan reddi gibi ağır bir kararı vermek, hukuka uygun düşmez. Bu karara karşı temyiz kanun yolu açmak zorunda olduğunuzda göre, istinafın Yargıtay'ın işini azaltmak amacı gerçekleşmez.

Sonuç

Yukarıda sergilemeye çalıştığım teknik hukuk düzeyindeki eleştirilerin yasama boyutunda ele alınması ve tartışılması mümkündür. Ancak kanımca asıl sorun burada değildir.

Ülkemizde ceza adaletinin sorunlarının üstesinden gelinmesi için istinaf kanun yolunun öngörülmesi bir çözüm değildir. Bütün hukuk sistemlerinde istinafa getirilen en büyük eleştiri, yargılamayı geciktirmektir. İstisnalar dışında istinaftan sonra bir de temyiz yolu kabul etmek zorunluluğu, bu kanun yolunun faydasını azaltmaktadır.

Yargılama uyumsuzluk çözmek ve adalet dağıtmak için yapılan bir hizmettir. Ayrıca devletin vazgeçilmez görevleri arasındadır. Bu hizmetin hızlı görülmesi de bir temel taşıdır. Bu konuda dikkatli olmak gerekir. Kanun yolu sistematüğinde iyileştirmeler, doğaldır ki, iyi ve çabuk bir adalet hizmetinin gerekleri arasındadır. Fakat bu konuda ilk derece ile temyiz arasına istinafı bina etmek, başarı şansı olmayan bir çaba olarak gözükmektedir.

Bu kanun yolunu uygulayan ve kurtulma eğiliminin her geçen gün güçlendiğı bir ortamda, bu kanun yolunu ülkemiz sistemine katmayı faydalı bulmadığımı belirtmek isterim.

**TCK'NIN 2 YILI - TEORİ VE PRATİKTE
KARŞILAŞILAN SORUNLAR (16-17 Haziran 2007)
(TCHD) (Galatasaray Üniversitesi)**

Malvarlığına Karşı Suçlar

Giriş

Malvarlığı, insanın, toplumun ve devletin değer verdiği bir kavramdır. Malvarlığı, üzerinde mülkiyet hakkı ya da zilyelik bulunan değerleri ifade eder. Malvarlığına, maddi değeri olan şeyler ile kişinin yarattığı fikri ürünler dahildir.

Bildirinin konusu, TCK'nın yaklaşımında malvarlığına karşı işlenen suçlarla sınırlıdır. Bu suçları aşağıda, bir bildirinin sınırları çerçevesinde ele alacağım. Çalışmamın bir temel niteliğini daha belirtmem uygun olur. Bildiride bilinenler tekrarlanmayacağım, yeni TCK'nın yaklaşımları ile tartışmalı noktaları öne çıkarmaya çalışacağım.

Yeni TCK, malvarlığına karşı suçları 141-169 uncu maddelerinde düzenlemiştir.

I. Hırsızlık(m.141)

1. Tanım

Hırsızlık tanımının temelinde değişiklik yoktur. Suçun maddi unsuru, taşınabilir malı bulunduğu yerden almaktır. Maddeye, başkasına yarar sağlamak amacı eklenmiştir.

Önceden olduğu gibi, ekonomik değer taşıyan enerji de mal sayılmaktadır.

Yargıtay uygulaması : "Elektrik Tarifeleri Yönetmeliğinin 42. maddesi uyarınca, kaçak elektrik kullanma süresi abone olmayanlar için 90 gün kabul edileceği, hesaplamaların bu süre üzerinden yapılacağı, aksini kanıtlanmanın kullanıcıya ait olacağı gözetilmelidir.(Yar. 2CD, 30.04.2007, E.2007/2715, K.2007/5923)(YKD, 6/07).

Yargıtay'ın kararı elektrik hırsızlığı için bir örnek oluşturmaktadır. Ancak, ceza yargılamasına yeri olmayan ispat yükünü içermesi açısından doğru değildir.

Almak fiilinden maksat, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesi, mağdurun suç konusu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hâle gelmesidir. Yargıtay'ın da içtihadıyla açıklığa kavuşturduğu bir noktadır.

2. Nitelikli Hırsızlık (m.142)

İkinci fıkranın (b) bendi üzerinde durulmalıdır. Bu hüküm, elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle işlenen hırsızlığı cezalandırmaktadır. Ülkemizde son dönemde güncellik taşıyan konuya gerekçede açıklık getirilmektedir : “ Hırsızlığın elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel bir beceriyle işlenmesi hâli öngörülmüştür. Yankesicilik veya kişisel çeviklik ile işlenen hırsızlık hâlleri bendin kapsamına girdiği gibi, bir hayvanı alıştırmak suretiyle ve ondan yararlanılarak işlenen fiiller hakkında da bendin uygulanması sağlanmıştır. Bunun gibi, yoldan giden bir kimsenin çantasını kapıp kaçmak suretiyle işlenen hırsızlık da bu bent kapsamında mütalaa edilmiştir. Ancak, bu son hâlde, direncini kırma amacıyla kişiye karşı cebir kullanılmamalıdır. Aksi takdirde, yağma suçu oluşur. “ Bu düşünceler, uygulamaya yön verecek nitelik taşımaktadır.

İkinci fıkranın (e) bendinde yeni bir ağırlatıcı neden öngörülmüştür. Hırsızlık, bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlendiğinde, bu bentteki ağırlatıcı neden gerçekleşir. Bu hüküm yorumlanırken, yasanın 3 üncü kısmının 10 uncu bölümünde yer alan bilişim alanında suçlarla meydana gelebilecek kesişimlere dikkat etmek gerekir. Bilişim suçları, bilişim sistemlerinin temelinden ve niteliklerinden hareketle, bu sistemi engellemek, bozmak, verileri değiştirmek, yok etmek gibi fiilleri cezalandırmaktadır. Sözü edilen (e) bendinde ise, konunun temeli hırsızlık olmak gerekir. Bu nedenle, başkasının taşınır malını almak, düşüncesinden hareketle sonuç çıkarmak uygun olur.

Bu düşüncelerle, örneğin fail bir kişinin bilişim sisteminde kayıtlı bir programı bir CD'ye kaydederek bunu kendi bilgisayarına aktardığında, bu fiilin hırsızlık olarak (e) bendi içinde mütalaa edilmesi uygun olur. Bunun dışında, 244 üncü madde içinde sayılan fiillerle bilişim sistemine karşı işlenen fiiller, bu maddenin kapsamında ele alınmalıdır.

Bu konuda, 244 üncü maddenin ikinci fıkrasında yer alan, var olan verileri bir başka yere göndermek fiili, (e) bendi ile karşılaştırıldığında, hırsızlıkla daha da yakınlaşan bir fiil görüntüsü vermektedir. Ancak, fail verileri bir başka yere göndermiş olsa bile, bu veriler mağdurun sisteminde kayıtlı kalacağından, hırsızlıktaki gibi taşınır malın alınması, bu mal üzerinde zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması sonucunu kanımca yaratmış olmayacaktır. Mağdurun sisteminde kayıtlı veri/verileri mal olarak kabul edersek, bu mal üzerinde mağdurun tasarruf yetkisi ve zilyedliği sürmektedir. Failin hukuka aykırı hareketi, bu veri/verileri bir başka yere aktarmaktır. Bu nedenle bu varsayımda 244 üncü maddenin uygulanmasının uygun olacağı kanaatindeyim.

Yargıtay uygulaması :

Kooperatif evlerinde oturan müşterilerin, apartman önündeki üstü kapalı yanları açık garaja bıraktıkları otolardan hırsızlık yapan sanıkların eylemlerinin her biri müşteriler yönünden bağımsız suç olduğu gözetilmelidir. " (Yar. 6CD, 29.3.2004, E.03/801, K.04/3670)(YKD, 1/2006)

3. Daha az cezayı gerektiren hâller(m.144)

Hırsızlık suçu :

- a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde,
 - b) Bir hukukî ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla, işlendiğinde,
- ceza indirilmiştir.

Yeni yasada, önceki yasanın 308 inci maddesinde yer alan kendiliğinden hak alma suçu(ihkak-ı hak) ayrı bir suç olarak düzenlenmemiştir. Yasa koyucu, bu maddede, 150 nci ve 159 uncu maddede, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil etmek amacı ile işlenen fiiller için özel normlar öngörmüştür.

Maddenin (b) bendinin de bu kapsamda mütalaa edilmesi uygun olur. Bu bentte, hırsızlık fiilinin, hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacı ile işlenmesi, bir hafifletici neden olarak düzenlenmiştir.

4. Malın değerinin az olması(m.145)

5377 sayılı yasayla değişiklik yapıldıktan sonra, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle:

- a) Failin cezasında indirim yapılabilir,
- b) Suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurulur, ceza vermektense vazgeçilebilir.

Önceki yasanın uygulanmasında olduğu gibi, malın değerinin azlığı içtihatla belirlenecektir.

Maddede, malın değerinin, suçun işlendiği zamanki değer olacağına ilişkin önceki 522 nci maddede yer alan hükme paralel bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bir eksikliktir. Önceki yasa zamanındaki uygulama devam etmelidir.

5377 sayılı yasayla maddede değişiklik yapılmıştır. Değişiklik, madde kapsamında ceza vermektense vazgeçme konusundadır. Yeni hükme göre ceza vermemek yetkisi sınırlandırılmıştır. Yargıç bu yetkiyi ancak suçun işleniş biçimi ve özelliklerini dikkate alarak kullanabilir.

5. Zorunluluk hali(m.147)

Hırsızlık suçunun ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için işlenmesi hâlinde, olayın özelliğine göre, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermektense vazgeçilebilir.

Yeni yasada öngörülen özel zorunluluk halinde, ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için hırsızlık suçu işlenmiş olmalıdır. İşlenen hırsızlığın türü önemli değildir; her hırsızlık bu kapsamda mütalaa edilecektir.

Maddede yargıca geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Bu yetki, hem zaruret halini tayinde hem de verilecek cezayı ya da ceza-dan vazgeçmeyi içermektedir.

II. Yağma

1. Suçun basit hali(m.148)

Yeni yasada, yağmanın, cebir şiddet+hırsızlık temelinde bir suç olduğu ilkesi korunmuştur.

Önceki yasada yer alan yağma(gasp) ve senedin yağması aynı madde içinde düzenlenmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrası, suçun işlenmesinde özel bir cebir halini öngörmektedir. Mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek ve savunamayacak hâle getirilmesi de, yağma suçunda cebir sayılır.

Yeni yasanın hükümlerinin değerlendirilmesinde, şu noktalar dikkate alınmalıdır :

Madde metninde yağma suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Hırsızlık suçunda olduğu gibi, yağma suçunda da, taşınır malın alınmasıyla ilgili olarak zilyedinin rızasının bulunması gerekir. Ancak, hırsızlık suçundan farklı olarak, bu suçun oluşabilmesi için, mağdurun rızasının, cebir veya tehdit kullanılarak ortadan kaldırılması gerekir. Yağma suçu açısından tehdidin, kişiyi, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle yapılması gerekir. Yağma suçu, cebir kullanılarak da işlenebilir. Ancak bu cebrin, neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama boyutuna ulaşmaması gerekir.

Yağma suçunun tamamlanabilmesi için, kullanılan cebir veya tehdidin etkisiyle mağdur malı teslim etmeli veya malın alınmasına karşı koymamalıdır. Bu bakımdan, kullanılan cebir veya tehdidin, kişiyi malı teslim etmeye veya alınmasına ses çıkarmamaya yöneltmeye elverişli olması gerekir. Bu nitelikte olmayan bir cebir veya tehdit, sırf mağdurun normalden fazla ürkek olması nedeniyle, malı teslim etmeye veya alınmasına yöneltmişse, yağma suçundan söz edilemez ve fiilin hırsızlık olarak nitelendirilmesi gerekir.

Malın teslim edilmesi veya alınması, suçun konusunu oluşturan mal üzerinde mağdurun zilyetliğine son verilmesini, mağdurun bu eşya üzerinde zilyetlikten doğan tasarruf haklarını kullanmasının olanaksız hâle gelmesini ifade eder.

Mal, zilyedin tasarruf olanağı ortadan kalktığı anda alınmış olacağından, bu ana kadar yapılan cebir veya tehdit, hırsızlığı yağmaya dönüştürür. Örneğin evin içindeki eşyayı alıp kapıdan çıkarken mal sahibi ile karşılaşan hırsız, ona karşı cebir veya tehdit kullanacak olursa, yağma suçu oluşur.

Mal alındıktan yani hırsızlık suçu tamamlandıktan sonra, bunu geri almak isteyen kişiye karşı cebir veya tehdide başvurulması hâlinde, artık yağma suçundan söz edilemez. Hırsızlık suçuna konu malın geri alınmasını önlemek amacıyla yönelik olarak kullanılan cebir veya tehdit ayrı suçların oluşmasına neden olur. Bu durumda, gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerekir.

Maddenin ikinci fıkrasında senedin yağması düzenlenmiştir. Cebir veya tehdit kullanılarak bir kimsenin, kendisini veya başkasını borç altına sokabilecek bir senedi veya var olan bir senedin hükümsüz kaldığını açıklayan bir belgeyi vermeye, böyle bir senedin alınmasına karşı koymamaya, ilerde böyle bir senet hâline getirilebilecek bir kağıdı imzalamaya veya var olan bir senedi imha etmeye veya imhasına karşı koymamaya mecbur edilmesi de yağma sayılmıştır. Senedin bunu imzalayan için "borç doğurucu" olması gerekir. Bu borç para borcu olabileceği gibi, bir işi yapmaya veya yapmamaya, bir taşın-

mazını hibe etmeye, kira ile oturlan bir binayı boşaltmaya, var olan bir borca kefil olmaya da ilişkin olabilir. Bir alacağı tahsil etmemeye, herhangi bir davayı açmamaya, vasiyetnamesini değiştirmemeye yönelik bir vaadi içeren yazılı beyanlar da “borç doğurucu” senet sayılırlar. Şu hâlde mağdurun ekonomik planda değerlendirmeye elverişli olan bir hakkını kullanmamasına yol açan her türlü belge, borç doğurucu senet tanımına girer.

Maddenin son fıkrasında, mağdurun herhangi bir vasıta ile kendini bilmeyecek ve savunamayacak hâle getirilmesinin, örneğin uyku ilacı ile uyutulmasının, yağmada cebir sayılır.

2. Nitelikli yağma(m.149)

Nitelikli yağma, başlığı altında, yağmanın ağırlatıcı nedenleri, önceki yasaya oranla çoğaltılmıştır.

TBMM genel kurulunda maddeye eklenen 1/e bendi ile, yağma suçunun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi de ağırlatıcı neden sayılmıştır; uygun bir değişikliktir.

Maddenin ikinci fıkrasında, yağma suçunun işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlanmış hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Böyle bir durumda yasanın 87. Maddesinin dikkate alınması gerekecektir. Fail, iki suçun cezası toplanarak cezalandırılacaktır.

Yargıtay uygulaması :

1. “ Sanığın yanında diğer sanıklar olduğu halde, müştekiye polis olduğunu söyleyip silah çekerek, namlusuna mermi sürer gibi yaparak, incelemek için cep telefonunu alması biçimindeki eylemi, silahlı yağma suçunu oluşturur. “ (Yar. 6 CD, 20.03.2006, 04/7368, K.06/2642)(YKD, 3/2007)
2. “ Yağma suçu geceleyin birden çok kişi tarafından ve silahlı işlendiği için, temel ceza 61. maddeye göre belirlenirken, bu hususlar da dikkate alınmak gerekir. “ (Yar. 6CD,

19.12.2005, E.05/11614, K.05/12107)(YKD, 11/2006)

3. “ Sanığın gece vakti müştekinin aracının kapısını zorla açarak teybini aldığı, gelenler olunca kaçmaya çalıştığı, müştekinin tarafından yakalandığı olayda hırsızlık suçu tamamlanmıştır. Yeni TCK’da dolaylı yağma suçu yoktur. “ (Yar. 6 CD, 08.12.2005, E.03/18679, K.05/11620)(YKD,6/2006); aynı yönde : Yar. 6CD, 15.09.2005, E.03/16696, K.05/8025(YKD, 4/2006)

3. Daha az cezayı gerektiren hâl(m.150)

Kişinin bir hukukî ilişkiye dayanan alacağını tahsil amacıyla tehdit veya cebir kullanması hâlinde, tehdit veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Yağma suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilebilir.

Birinci fıkrada, yağma suçunun cebir ve tehdit unsuru yönünden özel bir hüküm getirilmiştir. Bu hüküm, niteliği yönünden bir kendiliğinden hak alma için cebir ve tehdit uygulamaktır. Olayın temelinde bir hukuki ilişkiye dayanan alacağın tahsili yattığı içindir ki, yasa koyucunun öngördüğü ceza hayli hafiflemektedir.

Bu hükmün uygulanması için, hukuki bir ilişkiye dayanan alacağın varlığı sabit olmalıdır. Bir başka deyişle, bu alacak hukuka uygun bir zeminde oluşmuş bulunmalıdır.

Maddenin ikinci fıkrası, önceki yasada olmayan bir hükümdür ve Türk hukuku için bir yeniliktir. Önceki yasa, yağmanın cebir ve tehdit temeline dayanan bir suç olduğunu dikkate aldığından, hırsızlığın aksine, yağmada malın değerinin azlığı nedeniyle bir ceza indirim öngörmemişti. Yeni yasa bu düşüncüyü terk etmiştir ve yasada buna yer vermiştir. Ancak, maddede, malın değerinin, suçun işlendiği zamanki değer olacağına ilişkin önceki 522 nci maddede yer alan hüküm paralelinde bir düzenleme yer almamaktadır. Bu bir eksikliktir. Önceki yasa zamanında hırsızlık suçuna ilişkin uygulama buraya da aktarılmalıdır.

5377 sayılı yasa, maddenin 2. fıkrasında değişiklik yaparak, cezanın bu fıkra kapsamında indirilmesinde, yargıca takdir yetkisi vermiştir. Metnin ilk biçimindeki mutlak yetki kaldırılmıştır.

Yargıtay uygulaması :

1. “ Kanununun 150/2. Fıkrasındaki “ malın değerinin azlığı “ yeni bir kavram olup, 765 sayılı Yasanın 522. Maddesinden farklıdır. Daha çoğunu alma olanağı varken, yalnızca ihtiyaç kadar ve değer olarak da az olan şeyi alma durumunda, olayın özelliği ve sanığın kişiliği dikkate alınarak karar verilmelidir. “ (Yar. 6CD, 19.12.2005, E.05/11614,K.05/12107) (YKD, 11/2006) aynı yönde : Yar. 6CD, 22.09.2005, E.05/10849, K.05/8074(YKD,5/2006)
2. “ Sanığın müştekiye silah doğrultup, 10 milyon TL vereceksin diyerek tehdit etmesi, müştekinin çantasından çıkarıp 20 milyon TL vermesi eyleminin, 149/1-a-d maddesi kapsamın mütalaa edilerek, Yasanın 150/2. Maddesi ile indirim yapılması hukuka uygundur. “ (Yar. 6CD, 06.04.2006, E.05/14968, K.06/3431)(YKD,8/2006)
3. “ Yağma suçuna konu değerın suç tarihindeki ekonomik koşullar ve paranın satın alma gücü gözetildiğinde, 25 milyon liralık değerın, “değerın azlığı “ kavramının üzerinde olduğu düşünölmelidir. “ (Yar. 6 CD, 19.09.005, E.05/10185 ,K.05/7672(YKD,3/2006)

“ Yağma suçuna konu cep telefonunun mahkemece kabul edilen değerinin 230.796.610 TL olması, 150/2. Madde nin uygulanmasına uygun değildir. “(Yar. 6 CD, 09.09.2005, E.05/10068, K.05/7180)(YKD, 2/2006)

III. Mala zarar verme

1. Suçun basit hali(m.151)

Mala zarar verme(nası ızrar) suçu, seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Failin bu seçimlik hareketlerden birden

çoğunu aynı olayda gerçekleştirmesi halinde, tek suçun varlığı kabul edilmek gerekir. Seçimlik hareketli suçların ceza hukuku açısından sonucu budur.

Maddede malı kirletme de mala zarar verme kapsamında yer almaktadır. Gerekçe bu noktaya açıklık getirmiştir.

İkinci fıkrada sahipli hayvana karşı işlenen fiiller cezalandırılmıştır. Bu suçun oluşması, haklı bir nedenin bulunmamasına bağlıdır. Gerekçede, vahşi, yırtıcı, hastalıklı ve başıboş bırakılmış bir hayvanın öldürülmesi hâlleri, haklı nedenin varlığına örnek olarak gösterilmiştir. Bunlara başka nedenlerin eklenebileceği tabiidir.

2. Mala zarar vermenin nitelikli hâlleri(m.152)

Verilen zararın büyük bir kitleyi etkilemesi olanaklı bulunan bu hâllerde, nitelikli zarar vermenin varlığı kabul edilmiştir.

Birinci fıkranın (a) bendinde, mala zarar verme suçunun konusunu, kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşyanın oluşturması, bu suçun nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir. Kamu kurum ve kuruluşlarına ait bina ve tesislerle, buralarda bulunan veya bu bina ve tesislere ait olan eşya, örneğin kanalizasyon boru ve mazgalları, kamu hizmetine veya kamunun yararlanmasına tahsis edilmiş tesis ve eşya, bu bent kapsamında değerlendirilmelidir. Keza, trafik işaret ve levhalarına zarar veren, bir park yerindeki oturma veya oyun gruplarını tahrip eden kişi, bu bent hükmüne göre cezalandırılacaktır. Bu eşyanın mülkiyetinin kamuya ait olması şart değildir. Önemli olan, eşyanın kamu hizmetine veya kamunun yararlanmasına tahsis edilmiş olmasıdır.

Aynı şekilde, söz konusu fıkranın (b) bendinde, mala zarar verme suçunun, yangına, sel ve taşkına, kazaya ve diğer felaketlere karşı korunmaya tahsis edilmiş her türlü eşya veya tesisler hakkında işlenmesi, mala zarar verme suçunun konu bakımından bir nitelikli unsuru olarak tanımlanmıştır.

Fıkranın (c) bendine göre, Devlet ormanı statüsündeki yerler hariç, nerede olursa olsun, her türlü dikili ağaç, fidan veya bağ çubuklarına zarar verilmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Devlet ormanı statüsündeki yerlerde bulunan ağaç ve fidanlara zarar verilmesi, Orman Kanununda ayrı suçlar olarak tanımlandığı için, bu bent kapsamı dışında mütalaa edilmiştir.

Ağaç, fidan ve bağ çubuklarının sadece dikili olması yeterli görülüş, meyve vermeleri koşulu aranmamıştır. Keza, bunların buldukları yere de önem verilmemiştir. Bu itibarla, kişilerin özel mülkünde veya yol kenarlarında, park ve bahçelerde, kamuya ait diğer alanlarda bulunan ağaçların tahrip edilmesi hâlinde, bu bent hükmüne istinaden cezaya hükmedilecektir.

Fıkranın (d) bendine göre; mala zarar verme suçunun, suların veya içme sularının sağlanmasına yarayan tesisler hakkında işlenmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

(e) bendinde, grev veya lokavt hâllerinde işverenlerin veya işçilerin veya işveren veya işçi sendika veya konfederasyonlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşyaya zarar verilmesi, söz konusu suçun bir nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir.

Failin greve katılan işçi veya lokavt ilân eden işveren olması gerekmemektedir: Grevden yana olan ve olmayan işçiler arasında çıkan bir arbedede zarar verme suçu işlenecek olursa yine bu bent uygulanır. Sendika, konfederasyon veya işyeri işgalleri sırasında da bina, makine veya başka mallara zarar verilecek olursa bu bent uygulanacaktır.

Keza, fıkranın (f) bendine göre; mala zarar verme suçunun, siyasî partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında, işlenmesi, suçun temel

şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir.

(g) bendinde, kamu görevlisinin yerine getirdiği görevle ilgili olarak öç almak maksadıyla malvarlığına zarar verme hâli, nitelikli şekil olarak kabul edilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında mala zarar verme suçunun çeşitli suretlerde işlenmesi nitelikli unsur olarak belirlenmiştir. Buna göre; mala zarar verme suçunun yakarak, yakıcı veya patlayıcı madde kullanarak veya toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak suretiyle ya da radyasyona maruz bırakarak, nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanarak işlenmesi hâlinde, yukarıdaki maddeye veya bu maddenin birinci fıkrasına göre verilecek cezanın artırılması gerekmektedir. Bu nitelikli hâllerin kabulünde, mala zarar verme suçunun işleniş şeklinin ortaya çıkardığı tehlikeli durum göz önünde bulundurulmuştur.

Mala zarar verme suçunun bu nitelikli hâlleri dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılması, suçun temel şeklinin aksine, şikâyete bağlı tutulmamıştır.

3. İbadethanelere ve mezarlıklara zarar verme(m.153)

İbadethanelere, bunların eklentilerine, buralardaki eşyaya, mezarlara, bunların üzerindeki yapılara, mezarlıklardaki tesislere, mezarlıkların korunmasına yönelik olarak yapılan yapılara yıkmak, bozmak veya kırmak suretiyle zarar vermek cezalandırılmaktadır.

Bu yerleri ve yapıları kirletmek de suçtur.

Bu fiillerin, ilgili dinî inancı benimseyen toplum kesimini tahkir maksadıyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Failin tahkir saikiyle hareket etmesi, cezanın ağırlatılması için bir neden sayılmıştır. Bu halde, failde mala zarar verme kastı ile birlikte tahkir saiki ve amacı da birlikte aranacaktır.

IV. Hakkı olmayan yere tecavüz(m.154)

Yeni TCK, öncekinin 513 ve 515. maddesindeki suçları 154. Maddede düzenlemektedir.

Madde gerekçesi bu konuda yeterli açıklığı taşımaktadır.

Yargıtay uygulaması :

1. “ Suçun oluşması için, sanığın tarlasından çıkan çöpleri attığı yeri temellük etmek kastının araştırılması gerekir. “(Yar. 3CD, 29.03.2007, E.07/7275, K.07/2766).(YKD, 5/2007)
2. “ Sanıkların köy merasından ot biçme eyleminde, sahiplenme kastı yoktur; hakkı olmayan yere el atma suçu oluşmaz. “(Yar.8 CD, 24.01.2007, E.04/4784, K.07/412)(YKD, 5/2007)
3. “ Sanık tarafından inşa edilen yayla evinin, yalnızca yayla mevsiminde kullanılan ve sökülüp taşınabilen nitelikte olup olmadığı araştırılarak, hakkı olmayan yere tecavüz suçunun oluşup oluşmadığı belirlenmelidir. “ (Yar. 3 CD, 06.11.2006, E.06/2734, K.06/8112)(YKD, 2/2007)

V. Güveni kötüye kullanma(m.155)

Yeni madde, önceki yasanın 508 ve 510 uncu maddelerini aynı hükümde düzenlemiştir. Genel kabul ve yaklaşımda bir değişiklik yoktur.

Birinci fıkra için, bu hükmün ilk şekli hakkında, “belirli bir şekilde kullanmak “ üzere tevdi den söz edilmektedir. Bu suçun oluşmasında her zaman kullanma şart değildir. Saklanmak üzere de tevdi yapılmış olsa, fail maddede sayılan seçimlik hareketlerden birini, birden fazlasını icra etse, suç oluşur. “ biçimindeki eleştirim dikkate alınmış, 5377 sayılı yasa ile 1. fıkra değiştirilmiştir. Bu çerçevede, yeni düzenlemede, “ muhafaza etmek “ ibaresi de metne işlenmiştir.

Yargıtay uygulaması :

1. “ 4603 sayılı yasayla Ziraat Bankası anonim şirket statüsüne geçmiştir. Bu nedenle, bankanın görevlilerinin mevzuata aykırı kredi kullandırma fillerinin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturup oluşturamayacağı araştırılmalıdır. “ (Yar. 4 CD, 21.11.2006, E.05/9986, K.06/16519)(YKD, 5/2007)

2. “ Bir şirketin katılan bankadan kullandığı taşıt kredisi ile aldığı aracı, yediemin olarak sanığa teslim ettiği, kredi borcunun ödenmemesi üzerine, anılan şirket aleyhine rehnin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan icra takibi sırasında sanıktan rehnedilen arabanın tesliminin istenmesine rağmen, süresinde teslim edilmediği iddiasından ibaret olayda, suça konu aracın mülkiyetinin katılan bankaya ait olmaması ve uyuşmazlığın sözleşmeden kaynaklanan hukuki uyuşmazlık niteliğinde bulunması nedeniyle, güveni kötüye kullanma suçunun unsurlarının oluşmadığı gözetilmelidir. “ (Yar. 11CD, 21.11.2005, E.04/5116, K.05/11637)(YKD,3/2006).

VI. Bedelsiz senedi kullanma(m.156)

Maddede, bedelsiz kalmış senet kavramı önemlidir. Bu konuda ilk akla gelen şey, senedin ödenmiş olmasıdır.

Senet terimini, borç doğuran belge olarak anlamak uygun olur. Bu çerçevede, bir çek ya da poliçe de aynı sonucu doğurur. Aksine düşünce hukuka uygun olmaz. Örneğin bu kavramı emre yazılı senet olarak sınırlandırmak doğru değildir. Adi yazılı senet de maddenin koruması altında olan bir belgedir.

Bedelsizlik tartışmasında, kısmen ödeme konusu gündeme gelebilir. Bu durumda, hak sahibi ödenmeyen kısım için hak arama ve cebri icra yollarına başvurabilir. Bu sınır içinde kalan bir fiil suç oluşturmaz. Ancak, ödenmiş olan kısım için de kullanma söz konusu olursa, suç oluşur.

Bu fiilin sabit olması yönünden, yargılamada Yargıtay'ın bir İBK ile yazılı delille ispatı aradığını hatırlatmakta fayda vardır.

VII. Dolandırıcılık

1. Suçun basit hali(m.157)

Önceki TCK ile uyumlu bir düzenleme söz konusudur.

Yargıtay uygulaması :

1. “ Sanığın belli bir isimden söz etmeksizin, Genelkurmay’ da tanıdıklarının olduğunu söyleyerek, askerlikten muaf tutulmayı sağlayacağını söylemesi, 158/2. Maddede nitelikli dolandırıcılık suçunu oluşturmaz. Eylemin basit dolandırıcılık olarak mütalaa edilmesi gerekir. “ (Yar. 11 CD, 19.12.2006, E.06/6755, K.06/10432)(YKD, 3/2007)
2. “ 1990 doğumlu olan oğlunu hastanede muayene ettirmek için, komşusunun 2000 doğumlu oğluna ait yeşil kartla devlet hastanesine başvuran sanığın eyleminde, yetkilileri aldatacak nitelikte hileli hareket yoktur; dolandırıcılık suçunun unsurları oluşmaz. “ (Yar. 11 CD, 05.06.2006, E.05/144, K.06/5115)(YKD, 11/2006)
3. “ Sahte olduğunu bildiği ve keşide yeri de bulunmadığı için özel belge niteliği taşıyan çeki yakınana vermek fiili dolandırıcılığın basit halini oluşturur. “ (Yar. 6CD, 06.04.2006, E.04/8997, K.06/3517)(YKD, 10/2006)
4. “ Sanığın önceden yaptığı plan gereği, sahte plaka, ruhsat ve sürücü belgeleri düzenleyerek, kendisini şirkette çalışan şoför olarak göstermesi, hileli hareketlerle teslim aldığı malı İstanbul’a nakletmek yerine, başka yere götürüp satması, 157. maddedeki basit dolandırıcılık suçunu oluşturur. “ (Yar. 11 CD, 20.02.2006, E.05/12022, K.06/1003) (YKD,7/2006)

2. Nitelikli dolandırıcılık(m.158)

Önceki yasanın 504 üncü maddesinde (8) bent olarak sıralanan nitelikli dolandırıcılık halleri, (11 bende çıkarılmıştır. Önceki yasanın uygulanmasında karşılaşılan bazı örnekler de yasaya dahil edilmiştir.

5377 sayılı yasayla, 1. fıkraya bir cümle eklenmiştir. Buna göre, bu fıkranın (e), (f) ve (j) bentlerinde sayılan hallerde, hapis cezasının alt sınırı 3 yıldan az olamaz; adli para cezasının miktarı da suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.

Bu yeni hükmün uygulanmasında iki noktaya dikkat etmek gerekir. Birincisi, sayılan bentlerin yalnızca birinin bir olayda gerçekleşmesi, bu hükmün uygulanması için yeterlidir.

İkincisi, hükmedilecek olan adli para cezası için şöyle düşünmek uygun olur : Fıkranın (e), (f), (j) bentlerinden birinin gerçekleştiği bir olayda, yargıç hapis cezasından başka ayrıca adli para cezasına da hükmetmek zorundadır. Bu ceza belirlenirken, suçtan elde edilen menfaatin iki katından az bir adli para cezasına hükmetmek mümkün değildir. Bu durumda ikili bir değerlendirme yapılmalıdır. Suçtan elde edilen menfaatin değerinin iki katı, maddede öngörülen beş bin gün adli para cezasının tutarından çok ise, yargıç en az buna hükmetmek zorundadır. Suçtan elde edilen menfaatin değerinin iki katı, beş bin gün adli para cezasının tutarından az ise, bu durumda yargıç, temel adli para cezasını belirlerken, menfaatin iki katı olan tutarı, adli para cezasının tutarı ile çarparak, adli para cezasının belirleyecektir. Böyle bir halde, faile verilecek olan adli para cezası, elde edilen menfaatin iki katından çok olabilir, fakat beş bin gün adli para cezasından çok olamaz.

Konuyla bağlantısı nedeniyle, bir nokta üzerinde daha durmak uygun olur. Yasa koyucunun, elde edilen menfaate göre para cezasını belirlediği bir sistemde, dolandırıcılık suçunun iştirak halinde işlendiği durumlarda, suça iştirak eden her failin elde ettiği menfaatin ayrı ayrı hesaplanması ve cezanın da buna göre belirlenmesi gerekir. Bu yaklaşım, cezaların şahsiliği ilkesinin bir sonucudur. Aksi takdirde, her şerikin elde edilen menfaatin tümünden sorumlu tutulması, cezanın bireyselleştirilmesi ilkesine de ters düşer.

Bu açıklamaların ışığı altında, bir hususu daha ele almak uygun olur. Maddede öngörülen, adli para cezasının miktarının suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacağı,

biçimindeki hüküm, yukarıdaki sakıncalarının yanı sıra, yeni TCK'nın öngördüğü gün para cezası sistemine de aykırıdır. Ayrıca yeni TCK'nın 5. Maddesi, önceki TCK'nın 10. Maddesinin aksine, TCK'nın öngördüğü genel hükümlerin özel yasalarda da geçerli olacağı ilkesini, kendi iç düzeninde yıkmaktadır.

Konuyla bağlantısı nedeniyle, çok kısa olarak belirtmem gerekir ki, Yeni TCK/5-önceki TCK/10 ilişkisi, ceza hukukunun temel ilkelerine ters bir normdur ve kabul edilemez. Bu normun aykırılığı kendini o kadar açık göstermiştir ki, bu konudaki düzenlemelerin yapılması şimdilik(!) 31.12.2008 tarihine kadar uzatılmıştır.

Önceki yasada nüfuz ticareti(m. 278) olarak düzenlenen hüküm, maddenin 2 nci fıkrasına aktarılmış ve nitelikli dolandırıcılık sayılmıştır. Bu fiilin temelinde yatan hileli hareketler, yasa koyucuyu bu sonuca götürmüş bulunmaktadır.

Yargıtay uygulaması :

1. “ 5263 sayılı yasa ile 3294 sayılı yaysa göre il ve ilçelerde kurulan sosyal dayanışma ve yardımları vakıfları, kamu kurumu niteliği taşımamaktadırlar. Bu nedenle bunlara karşı işlenen dolandırıcılık eylemlerinde, nitelikli dolandırıcılık söz konusu olmaz. “(Yar. 11 CD, 17.10.2006, E.06/4014, K.06/8212)(YKD, 4/2007)
2. “ Dolandırıcılık suçu çek kullanılmak suretiyle işlendiğinde, 5237 sayılı TCK'nın 158/1-f maddesinde öngörülen nitelikli dolandırıcılık suçu oluşur. “(Yar. 11 CD, 31.01.2007, E.06/8420, K.07/433)(YKD, 4/2007)
3. “ Sanıkların sahte olarak oluşturulmuş kredi kartlarını kullanmaları, dolandırıcılık suçunu oluşturmaz; eylemin 245/3. Madde kapsamında ele alınması gerekir. “ (Yar. 11 CD, 30.10.2006, E.06/5208, K.06/8493) (YKD, 3/2007)
4. “ Sanığın satışını yapıp devrettiği taşınmaza ilişkin hukuki değeri bulunmayan çaplı tasarruf belgesi fotokopisinin tapu sicil müdürlüğünden onaylı suretinin müşteki Kurum'a ve-

rip, doğrudan gelir desteği alma eylemi nitelikli dolandırıcılıktır; 158/1-e madde kapsamında değerlendirilmek gerekir. “ (Yar. 6 CD, 19.04.2006, E.04/7720, K.06/3974)(YKD, 1/2007)

5. “ Sanığın 158/1-e maddesi gereğince cezalandırılmasına karar verilirken, 61. Madde uyarınca meydana gelen zarar miktarı da dikkate alınmalıdır. “ (Yar. 11 CD, 20.06.2006, E.06/1594, K.06/5787)(YKD, 12/2006)
6. Daha az cezayı gerektiren hâl(m.159)

Dolandırıcılık suçu çerçevesinde, bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla dolandırıcılık, bir hafifletici neden olarak kabul edilmiştir. Yasa koyucunun aynı yaklaşımı 144 ve 150 nci maddelerde sergilediği görülmektedir.

Aslında bu hüküm ve diğer örneklerde, kendiliğinden hak almanın türleri söz konusudur. Ancak yeni yasada bağımsız bir kendiliğinden hak alma suçuna yer verilmemiş, sözü edilen türden düzenlemeler tercih edilmiştir.

7. Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf(m.160)

Maddede çekirdek noktayı, malik gibi tasarruf etmek oluşturmaktadır. Mülkiyet hakkı, kullanma, faydalanma ve üzerinde tasarruf etme, tüketme, mülkiyeti 3. kişiye devretme yetkilerini verdiği göre, somut olaylarda bu noktalar öne çıkacaktır.

Önceki yasanın öngördüğü ağırlatıcı neden olan, failin eşyanın malikinin kim olduğunu bilmesi varsayımı, yeni yasaya alınmamıştır.

8. Hileli iflas(m.161)

Maddede açık olarak belirtilmemekle birlikte, bu suçun faili tacir olan ya da hukukumuzda tacir sayılan kişiler olmalıdır. Suçun temeli iflas kavramına dayandığını göre, bu düşüncede haklılık payı büyüktür. Tacir olmayanlar bu suça ancak ortak olabilir.

Gerekçede açıklanan, “Ancak, bir tüzel kişinin tacir olması durumunda, tüzelkişiliğin organ veya temsilcisi olan, tüzelkişi adına tasarrufta bulunan gerçek kişiler de suç faili olabileceklerdir. “ sonucu, hukuka uygun bir sonuçtur.

9. Taksirli iflâs(m.162)

Bu suça ilişkin madde metninde her ne kadar gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesinden söz edilmekte ise de, suçun oluşması yönünden taksirin tüm unsurları aranacaktır. Bilinçli taksir de bu kapsamda mütalaa edilmek gerekecektir. Yasa koyucu, bu maddede bilinçli taksirden söz etmemektedir ve bunu cezanın artırılması için bir neden olarak belirtmemektedir. Bu bir eksiklik değildir. Bu kavramı yargıç yasanın 22/3 üncü maddesi kapsamında değerlendirecektir, çünkü 22/3 bilinçli taksir konusunda genel bir hükümdür ve her taksirle işlenen suçta uygulanabilir.

10. Karşılıksız yararlanma(m.163)

Yasa koyucu, karşılıksız yararlanma, adı altında bir suça yer vermiş olmasına karşılık, önceki yasanın 521 a maddesinde yer alan karşılıksız yararlanma hallerini yeni yasaya almamıştır. Oysa, sosyal gerçeklik planında, 521 a maddede öngörülen fiiller, karşılıksız yararlanma yönünden daha tipik fiillerdir.

Öte yandan, yeni hükümde öngörülen fiillerin ağırlık dereceleri ile 421 a maddedeki fiillerin ağırlıkları karşılaştırıldığında, aralarında fark yoktur. Bu nedenle, yasa koyucunun, karşılıksız yararlanma hallerinin bazılarını dışta bırakması, uygun bir çözüm değildir.

Maddenin gerekçesinde, ikinci fıkrayla ilgili olarak, şu sözlerle yer verilmiştir : “Kamu veya özel kuruluşlarca kurulmuş bulunan telli ve telsiz telefon hatları ile sistemlerinden veya elektromanyetik dalgalar yolu ile şifreli veya şifresiz yayın yapan televizyon yayınlarından sahiplerinin veya zilyetlerinin rızası olmadan yararlanılması durumunda da bu suç oluşur. Bu durumlarda bir mal söz konusu olmadığı için hırsızlık suç-

nun oluştuğundan söz edilemez. “ Bu düşüncelere katıldığımı belirtmek isterim.

11. Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi(m.164)

Yeni yasanın getirdiği bir hükümdür. Maddenin yorumunda şu noktaların altı çizilmek gerekir :

Şirketlerin yanı sıra ayrıca kooperatiften söz edilmesi yadırgatıcıdır, çünkü hukuki niteliği açısından kooperatif de bir şirkettir(KOOK,m.1). Bu sonuç KOOK'nın 98 nci maddesi ile de doğrulanmaktadır.

Maddede suçun faili olabilecek olanlar sayılmıştır. Bu niteliği ile bir özgü suç(mahsus suç) söz konusudur.

Maddenin cezalandırdığı temel hareket, kişileri zarara uğratabilecek nitelik taşıyan gerçeğe aykırı önemli bilgiler vermek ya da verdirtmektir.

Bu fiiller, kamuya yapılan beyanlarla işlenebileceği gibi, genel kurula sunulan rapor ve önerilerle de olabilir.

Maddede genel kurul ile ilgili sınırlama yapılması bir eksikliklidir. Aynı sonuçlar, örneğin bir yönetim kurulu toplantısına ya da ortakların aydınlatılması amacı taşıyan toplantıya sunulmuş olabilir. Diğer unsurların tamamlanması ile, bu durumda da suçun oluşması gerekirdi. Belirtmem gerekir ki, bu nokta, maddede yer alan, “ kamuya yapılan beyan “ ile eşdeğer değildir. Şirketin, örneğin bir kooperatifin ortaklarının katıldığı bir kapalı danışma ve değerlendirme toplantısı, kamuya açık bir toplantı değildir.

Maddede, “gerçeğe aykırı önemli bilgiler “ ibaresi, suçun oluşması yönünden önemlidir. Somut olayda, uyuşmazlığı çözecek olan yargıç, ilkin bilgilerin gerçeğe aykırılığını saptayacak, sonra bunların önemli olup olmadığına karar verecektir. Bu iki husus birlikte gerçekleştiğinde, suçun maddi unsuru tamamlanmış olur.

12. Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi(m.165)

Suç işlemek, hukuk toplumunda kişiler için bir kazanç kaynağı olamaz. Bu nedenle, suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen menfaatlerin piyasada tedavüle konulmasının ve suç işlemenin bir menfaat temini açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu mülahazalardır ki, bir suçun işlenmesi suretiyle veya bir suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilmiş olan bir şeyin satın alınması ve kabul edilmesi suç olarak tanımlanmıştır.

Suçun konusunu, ancak ekonomik değeri olan şeyler oluşturabilir. Bu ekonomik değerlerin, daha önce işlenmiş bir suçtan elde edilmiş olması gerekir. Bu suçun, mutlaka malvarlığına karşı bir suç olması gerekmez. Bu suçtan dolayı daha önce bir mahkûmiyet kararı verilmiş olması gerekmez. Daha önce işlenmiş olan suçtan dolayı failinin kusurlu sayılması veya cezalandırılması gerekmez. Söz konusu suçun cezalandırılabilir olması da gerekli değildir. Bu suç zamanaşımına uğramış da olabilir. Önce işlenmiş olan suç, soruşturması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç olabilir. Hatta, bu suçtan dolayı şikâyet yoluna başvurulmamış veya şikâyetten vazgeçilmiş olabilir. Bu suç yabancı bir ülkede dahi işlenmiş olabilir.

Bir suçtan doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen her türlü ekonomik değer, bu suçun konusunu oluşturabilir.

Bu suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Buna göre; daha önce işlenmiş olan suçtan elde edilen eşyanın kabul edilmesi veya satın alınması, söz konusu suçu oluşturmaktadır. Kabul olgusunun satın alma dışında başka bir hukukî işlemle, örneğin bağış yoluyla gerçekleşmesi gerekmektedir. Zira, suçtan elde edilen eşyanın satın alınması diğer bir seçimlik hareketi oluşturmaktadır. Bu kabul olgusu, örneğin suçtan elde edilen taşınır veya taşınmaz eşyanın kiraya kabul edilmesi veya suçtan hasıl olan paranın *ödünç* olarak kabul edilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Diğer seçimlik hareket, suçtan elde edilen eşyanın satın alınmasıdır.

Bu nedenle, söz konusu suç, bir çok failli suç türü olan karşılaşma suçudur. Bir tarafta, suçtan hasıl olan eşyayı bağışlayan, kiraya veren veya ödünç olarak veren ya da satan kişi; diğer tarafta ise, bağış, kiralanan veya ödünç olarak kabul eden ya da satın alan kişi bulunmaktadır.

Eşyayı satan kişi bunun elde edildiği suçu işleyen kişi ise, ayrıca ödünç olarak verme bağışlama ya da satma fiili dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Çok failli suçlarda işlenen suç dolayısıyla faillerden birinin cezalandırılabilip cezalandırılmaması, diğer fail(ler)in cezalandırılması üzerinde bir etki doğurmaz. Kişinin asıl suçun işlenişine iştirak etmiş olması, bu suç açısından sadece bir şahsî cezasızlık sebebi oluşturmaktadır.

Bu suç, doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Bu nedenle, madde metninde “bilerek” ifadesi kullanılmamıştır.

13. Bilgi vermeme(m.166)

Suç eşyası ile ilgili olarak getirilen bir suç duyurusu(ihbar) yükümlüdür.

Fail, bir suçta konu olan eşyayı, hukuka uygun bir biçimde elde ettikten sonra, eşyanın suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğini öğrendiğinde, ihbar yükümü altındadır. Bu ihbarı CMK'nın hükümleri çerçevesinde yetkili makamlara yapacaktır(geniş bilgi için, Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12.bası, 2007).

Yeni TCK'nın, suç genel teorisinin ilkelerine uymayan yaklaşımlarından biridir. Soruşturma ya da yargılamaya konu bir olayda, kişinin eşyanın suç eşyası olduğunu bilmesinin sabit olması gerekir. Bu konuda şüphelinin/sanığın “ bilmemeyi” ispatlaması istenemez. Kişiye böyle bir ispat yükü yüklenemez, çünkü ispat yükü kavramı ceza yargılamasında kabul edilmez(bkz. Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, 2007).

Kişinin, yetkili makamları bilmemekten ötürü düştüğü yanlışlığı, suçun oluşması sonucunu doğurmaz.

14. Şahsi cezasızlık sebebi veya cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep(m.167)

Önceki yasanın 524 üncü maddesi paralelinde hazırlanmış bir hükümdür. Önceki yasa zamanındaki uygulama sürmelidir.

15. Etkin pişmanlık(m.168)

Madde, 5377 sayılı yasayla yeniden düzenlenmiştir.

Maddede açıklanan suçlarla ilgili olarak, suç sonrası pişmanlık(faal nedamet) hali maddede düzenlenmektedir. Failin pişmanlığı ceza indirimi ile karşılanmıştır.

Yeni hüküm, bu madde kapsamında indirimden yararlanmayı, yargılamanın bulunduğu aşama açısından farklı müta-laa etmiştir. Fail, koğuşturma(CMK), (doğrusu :son soruşturma) başlamadan önce, madde çerçevesinde etkin pişmanlık gösterdiğinde, cezasında 2/3 kadar indirim yapılabilir. Pişmanlık, hükümden önce(CMK,223) gerçekleştiğinde ise, 1/2 ye kadar indirim öngörülmüştür.

Yağma suçu ile ilgili olarak, bu madde çerçevesinde etkin pişmanlıktan yararlanma da, koğuşturmadan önce-hükümden önce ayırımı dikkate alınarak yeniden kaleme alınmıştır. Fakat indirim oranları farklıdır.

İkinci fıkranın uygulanması için, kısmen geri verme ya da zararı giderme aranacaktır. Bu durumda da cezada indirim yapılabilir. Fakat bunun için mağdurun rızası aranır. Mağdurun birden çok olması halinde, tüm mağdurların rıza göstermeleri şarttır. Aksi halde bu hüküm uygulanmaz.

Yargıç, kısmen geri verme ve zararı gidermenin gerçekleşip gerçekleşmediğini serbestçe takdir edecektir.

16. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması(m.169)

Madde metninde, hırsızlık, güveni kötüye kullanma ve dolandırıcılık suçlarının işlenmesi suretiyle yararına haksız men-

faat sağlanan tüzel kişiler hakkında da bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle yasanın 60. Maddesi de kapsama alınmalıdır.

Yasanın 60. Maddesi şöyledir :

“ Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri

Madde 60- (1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet hâlinde, iznin iptaline karar verilir.

- (2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.
- (3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.
- (4) Bu madde hükümleri kanunun ayrıca belirttiği hâllerde uygulanır.

Bu konuda şu açıklamalar yapılmalıdır :

Maddenin düzenlediği konu dikkate alındığında, kaleme alınmasında hata yapıldığı dikkati çekmektedir.

Bu açıdan, maddenin son fıkrasının aslında ilk fıkra olarak düzenlenmesi gerekirdi, çünkü bu hüküm prensibe ilişkindir. O prensip şudur : Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması, yasanın açıkça belirttiği suçlarda mümkündür. Bu sonuç, konunun en önemli noktasıdır.

Bunun dışında, birinci fıkranın son derece dolambaçlı anlatımıyla söylenmek istenen şudur: Bir özel hukuk tüzel kişisi, bir kamu kurumunun verdiği izinle faaliyette bulunacaktır. Tüzel kişinin organ ya da temsilcilerinin iştiraki ile iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması ile kastlı bir suç işlenecektir. Bu suçtan ötürü tüzel kişi bünyesinde görev yapan gerçek kişiler

hakkında mahkumiyet kararı verildiğinde, mahkeme iznin iptaline de karar verecektir. Maddenin ifadesi mutlaklıtır. Sayılan hususlar gerçekleştiğinde, iznin iptaline karar vermek mecburidir. Bu konuda takdir yetkisi yoktur.

Konuyla ilgili olarak gerekçede şu örnekler yer almaktadır. Uyuşturucu madde ticaretinden elde edilen gelirlere meşruiyet görüntüsü kazandırmak için bir döviz bürosunun kullanılması hâlinde, bu döviz bürosunu işleten özel hukuk tüzel kişisinin, döviz bürosu işletmek için aldığı izin iptal edilecektir. Yine, ilaç üretmek için izin alınmış olan bir laboratuarda uyuşturucu madde üretimi yapılması durumunda da, aynı sonuç doğacaktır.

Maddenin ikinci fıkrası müsadere ile ilgilidir. Müsadere özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanabilecektir. Ancak, bunun için bir şartın gerçekleşmesi gerekir. O şart, işlenen suçun tüzel kişinin yararına bir suç olmasıdır. Yarar kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu çerçevede parasal ya da konusu mal olan yarar halinde, müsadere uygulanacaktır. Bu hükmün uygulanması da mutlaklıtır; yargıcın takdiri söz konusu değildir.

Üçüncü fıkrada bir istisna yer almaktadır. Buna göre, somut olayda işlenen fiille ortaya çıkan sonuçlar değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sonunda, güvenlik tedbirinin ya da müsadere uygulaması halinde, fiilden daha ağır sonuçlar ortaya çıkabildiğinde, yargıç güvenlik tedbirine ya da müsadereye hükmetmeyebilecektir. Bu norm, niteliği ve sonuçları açısından yargıca geniş takdir yetkisi veren bir normdur. Gerekçede, çok sayıda kişi işsiz kalabileceği veya iyi niyetli üçüncü kişiler bakımından telafisi güç kayıpların meydana gelebileceği haller örnek olarak gösterilmektedir.

Son söz: Yeni TCK'nın yaklaşımı tümüyle değerlendirildiğinde, önceki TCK'ya oranla, önemli değişiklikler getirmediği bir gerçektir. Yeni TCK'nın mala karşı suçlar konusunda bazı düzeltmeler yaptığını söylerken, önceki TCK'nın geçirdiği yasal gelişme içinde erişilen noktalardan geriye gidişlerin de söz konusu olduğunu belirtmek uygun olur.

Yanlış seçim : İstinaf Kanun yolu

Giriş

Ülkemizde adalet hizmetinin görölmesinde ortaya çıkan sorunların aşılması amacıyla yürütölen çalışmaların önemini uzun boylu açıklamaya gerek yoktur.

Başka ölkelerde olduğu gibi, bu sorunlar ölkemizde de bilinmektedir. Amaç tektir : Sorunları aşmak, adalet hizmetini her yönüyle eksiksiz yürütmektir. Bu konuda belki yöntemde farklılıklar ve önceliklerin belirlenmesinde değişik düşünce ve kanaatler söz konusu olacaktır.

İstinaf konusunda yapılmış bulunan takvime göre istinaf yargılamasının yapılacağı bölge adliye mahkemeleri 20 Temmuz 2016 tarihinde göreve başlayacaklardır.

Sözün özü, konu her yönüyle günceldir. Bu nedenle geçmişte yazdığım bir yazıya yer vererek bellekleri tazelemenin zamanıdır.

İstinafın ceza yargılamasındaki yeri

Birkaç temel noktayı vurgulamak uygun olur :

- İstinaf, kanun yolları sistematiğinde bir ikinci derece kanun yoludur. Bunun anlamı şudur : İstinaf kanun yolunda, birinci derecede verilen karar ve hükümler maddi ve hukuki değerlendirmeye tabi tutulur. Bu demektir ki, bu kanun yolunda hem hukuki hem de maddi değerlendirme yapılır. Maddi değerlendirme, hükmün temelini oluşturan delillerin değerlendirilmesidir.
- İstinaf mahkemesi, ilk hükmü temelden ele alarak ve yargılamayı tekrarlayarak sonuca varır. Bu nedenle, özellikle istinaf duruşması, istisnalar dışında, ilk derece duruşmasından pek de farklı değildir.
- İstinaf mahkemesi ilk derece hükmünü hukuka aykırı bulunduğunda, bozma kararı verir ve yargılama ilk hükmü ve-

ren mahkemede yeniden ele alınır. İstinaf mahkemesi ilk derece hükmünü hukuka uygun bulduğunda, ilke olarak bu karara karşı temyiz yolu açıktır.

- Temyiz kanun yolunda istinaf kararı hukuka aykırı bulunduğu, verilecek bozma kararı ile dosya ilk mahkemede yeniden ele alınır. Bu karara karşı yeniden istinaf yolu açıktır.

Kısaca bu biçimde özetlenebilecek olan istinaf kanun yolu bazı ülkelerde uygulanmaktadır. Bizde istinaf yolu, AB'ye giriş sürecindeki yasama çalışmaları çerçevesinde adalet hizmetinin sorunlarına bir çözüm olarak düşünülmüştür.

Oysa istinaf yabancı ülkelerde de giderek etrafında fırtınalar koparılan bir kanun yoludur. Yukarıda kısaca çizmeye çalıştığım resimde de görüldüğü üzere, istinaf, temyizi tümüyle ortadan kaldıran bir yol olmadığı için, adaletin gecikmesinde önemli bir engel olarak mütalaa edilmektedir.

Ayrıca, Alman ceza yargılaması sisteminde, basit ve orta derecede önemdeki suçlar için istinaf+temyiz üst üste bina edilmesi, ağır cürümlerde istinaf yolunun kapatılmış olması, kuşku ve duraksamalara neden olmaktadır. Bu konuda getirilen temel eleştiri şudur : İstinaf, ceza adaletinin sağlanmasında iyi bir ilaç ise, bunun öncelikle, toplum düzenini temelden sarsan ağır cürümlerde uygulanması gerekmez mi ?

İstinaf kanun yolu hukukumuzda yeniden katılırken, neler yapılmıştır ?

1. Bölge adliye mahkemeleri kurulmuştur.

- Bu mahkemeler, adının da belirttiği üzere, bölge mahkemeleri olarak düşünülmektedir.
- Anayasanın 142. maddesinden hareketle, bu mahkemeler Adalet Bakanlığı tarafından kurulacaktır. Bu konuda HSYK'nin olumlu görüşü alınacaktır.
- Bu mahkemelerin yargı çevresini belirlemek, değiştirmek veya mahkemeleri kaldırmak yetkisi HSYK'nindir.

Kurul bu kararları Adalet Bakanlığının önerisi üzerine verir(Ay,159).

- Mahkeme toplu yargıç ilkesine göre kurulur. Bir başkan ve iki üye ile karar verir.
- Mahkemenin temel görevi, adli yargı ilk derece ceza mahkemelerince verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılacak başvuruları inceleyip karara bağlamaktır.
- Bunun dışında, yargı çevresi içerisinde bulunan ilk derece mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmektir.
- Görev yapacak savcı ve yargıçların meslekte belirli kıdemde olmaları aranmaktadır. Hatta Yargıtay'da görev yapan başkan ve üyeler de, istekleri halinde bu mahkemelere atanabilmektedir.

2. İstinaf CMK'da düzenlenmiştir.

- İstinaf yargılaması bölge adliye mahkemelerinde yapılmaktadır.
- İlk derece mahkemelerinden verilen hükümlere karşı istinaf mümkündür. Onbeş yıl ve daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezalar ile ölüm cezaları içeren hükümlerde otomatik istinaf uygulanır.
- Hükme esas teşkil eden veya başka kanun yolu öngörülmemiş kararlar için hükümlerle birlikte istinafa başvurulabilir.
- CMK'nın, istinaf istemi ve süresi, istinaf dilekçesinin etkisi, istinaf isteminin hükmü veren mahkemece reddi, istinaf konusundaki ön inceleme, bölge adliye mahkemesinin inceleme ve koğuşturması, duruşma hazırlığı, duruşma, reformatio in peius yasağı(aleyhte ağırlaştırma) konusunda temyiz kanun yolu ile paralellik gösteren hükümler içerdiği görülmektedir.

Son söz :

Yukarıda çizdiğim resmin teknik hukuk yaklaşımı içinde ele alınması mümkündür. Bu konularda şu çalışmalarımı öneririm : Ceza Yargılaması Hukuku, 11. bası, 2005 ve CMK ve Yorumu, 2005.

Bu başlık altında şu noktalar öne çıkar :

İstinaf yolu bugün için kağıt üstünde kalmıştır; hayata geçirilememiştir. Bu bir doğal sonuçtur, çünkü bu mahkemelerin faydasına inanmaksızın yasama adımları atılmıştır.

İstinaf hangi kadrolarla başarılacaktır ? Birinci derece mahkemelerinin istenen düzeyde personelle donatılmadığı bir ortamda, istinafta kim görev yapacaktır ? Yoksa Yargıtay kadrolarından “ aşağıya “ kaydırma mı yapılacaktır? Bu gerçekçi olur mu ?

Bölge adliye mahkemeleri çağa uygun bir donanıyla çalışacak fiziki olanaklara kavuşabilecek midir ? Hizmet görülen adliyeler örneği göz ardı edilebilir mi ?

İstinaf bölge düzeyinde kurulan mahkemelerle uygulanacağına göre, bu mahkemeler arasındaki içtihat birliği nasıl sağlanacaktır ? Yargıtay modelindeki İçtihadı Birleştirme yolundan kimse medet ummamalıdır. Yasada, istinaf için öngörülmuş bir model yoktur.

Kötü bir örnek : idare mahkemeleri ve bölge idare mahkemeleri. Bu mahkemeler soruna çare oldu mu, Danıştay'ın yükünü azalttı mı ? Hayır.

Ülkemizde ceza adaletinin sorunlarının üstesinden gelinmesi için istinaf kanun yolunun öngörülmesi bir çözüm değildir. Bütün hukuk sistemlerinde istinafa getirilen en büyük eleştiri, yargılamayı geciktirmektir. İstisnalar dışında istinaftan sonra bir de temyiz yolu kabul etmek zorunluluğu, bu kanun yolunun faydasını ortadan kaldırmaktadır.

Yargılama, uyuşmazlık çözmek ve adalet dağıtmak için yapılan bir hizmettir. Ayrıca devletin vazgeçilmez görevleri arasındadır. Bu hizmetin hızlı görülmesi de bir temel taşıdır. Bu konuda dikkatli olmak gerekir. Kanunyolu sistematığında iyileştirmeler, doğaldır ki, iyi ve çabuk bir adalet hizmetinin gerekleri arasındadır. Fakat bu konuda ilk derece ile temyiz arasına istinafı bina etmek, başarı şansı olmayan bir çabadır.

Bu kanun yolunu uygulayan ülkelerde kurtulma eğiliminin her geçen gün güçlendiği bir gerçektir.

Ülkemizde amaca uygun bir adalet hizmetinin çözümleri elbette vardır. Bu konuda ilk yapılacak şey, suç olanla olmayana ayırmaktır. Adliyenin yükünü azaltmaktır. Ancak üzümlere ifade etmek zorundayım ki, yürürlüğe sokulan Kabahatler Yasası, sorunu daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir.

Bir ülkede kabahatlerle ağır ceza mahkemesi dahi uğraşıyorsa, başarı şansı olamaz.

Rapor

Adalet Bakanlığı

Kanunlar Genel Müdürlüğüne

Konu : Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı

Giriş

Tasarı, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanmış ve görüş alınmak üzere çeşitli kurum ve kuruluşlara gönderilmiştir.

Genel gerekçede açıklandığı üzere, Tasarının amacı hukuk uyuşmazlıklarını adliye dışında çözmektir. Bu yöntem, dava ekonomisi olarak adlandırılan, uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözülmesi ile, adliyeye intikal eden iş sayısını azaltmaktır.

Değişik ülkelerde bu yol ve yöntemi düzenleyen yasalar vardır. Ülkemizde de uyuşmazlıkların sayısının büyük boyutlara ulaştığı gerçeği karşısında, alternatif bir yol olarak arabuluculuk devreye sokulmak istenmektedir. Tasarının amacı budur.

Belirtmem gerekir ki, Türk insanının bu yasadan yararlanmak yoluyla, hukuk uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözmeye alışması, arabuluculuk yasaasının istenen düzeyde çalışması, hukuk mahkemelerinin rahat bir nefes almasına yardımcı olabilecektir.

Konuya Anayasa açısından bakış

Bu bağlamda, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerin arabulucularla çözümü Anayasamızla bağdaşır mı ?

Bu konuda Anayasanın 142. maddesi yol göstericidir. Madde, mahkemelerin kuruluşu, başlığı altında, " Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyiş ve yargılama usulleri ka-

nunla düzenlenir. “ hükmünü içermektedir. Bu hüküm, yargı yetkisini kullanacak olan mahkemelerin kuruluşunu ve işle-
mesini yasalara bırakmaktadır.

Anayasanın bu yaklaşımı, modern yasama tekniğine uy-
gundur. Günümüzde yasalar “çerçeve yasa” modelinde yapıl-
maktadır. Bir konuyla ilgili yasa temel ilkeleri belirler, diğer
hükümler tüzük ve yönetmeliklere bırakılır. Konu anayasa
açısından ele alındığında, ayrıntılı düzenlemelerin yasalarla
yapılması doğal bir sonuçtur.

Anayasanın 142. maddesi, niteliği açısından genel bir norm-
dur. Yargı yetkisini mahkemelerin kullanması doğaldır. Bu-
nun esas ve usulleri de yasalarla sağlanacaktır.

Bu noktada sorulacak olan soru şudur : Anayasanın 142.
maddesi, üzerinde tasarruf edilebilecek olan haklardan doğan
uyuşmazlıkların arabulucu ile çözümünü engelleyen bir hü-
küm müdür ?

Soruya, arabulucu yardımıyla uyuşmazlık çözmenin Ana-
yasaya aykırı olmayacağını söyleyerek cevap vermek uygun
olur. Bu konuda temel düşünce şudur : Arabulucu yargı yet-
kisini kullanmayacaktır. Arabulucu, ilkin uyuşmazlığın taraf-
larını aydınlatacak, sonra onların mahkemeye gitmeden an-
laşmaları için kendilerine yardımcı olacaktır. Arabulucunun
önerisini ve çözümünü tarafların kabul etmek gibi bir yükümü
olamaz. Bu temel nokta, arabulucudan faydalanma yoluyla
uyuşmazlıkları ortadan kaldırma yöntemini, yargı yetkisinin
kullanılmasından ayırır. Yargı yetkisi mutlaklık taşır ve yargı-
cın hükmü tarafları bağlar. O kadar ki, bir hüküm kanun yol-
ları tüketildikten sonra, kesin hüküm kuvveti kazanır ve bir
daha mahkeme önüne getirilemez.

Yukarıda açıklamaya çalıştığım hususlar yasada açıkça yer
bulmalı, arabulucuların nitelikleri, kimlikleri ve yetki alanları
doğru biçimde çizilmelidir.

Tasarının yapısı

Bu konuda Tasarının sistematüğını takip ederek bir değerdendirme yapmak uygun olur.

Birinci bölümün yeri uygundur.

Tasarıda, 2. Bölümün yerine 5. Bölüm gelmelidir. Bu bölümün başlığı, “arabuluculuk şartları ve sicili” olmalıdır. Bu yolla, yasanın baş tarafında, kimlerin arabulucu olabileceklerinin düzenlenmesi, yasama tekniğine uygun düşer. Ayrıca, Tasarının 3. Bölümünde yer alan hükümler, 2. Bölümün içinde yer almalıdır.

Tasarının 2.. bölümü, 3. Bölüme kaydırılmalıdır. Bu yolla, arabuluculukla ilgili ilkeler de sistematüğe uygun bir yer almış olur.

“Arabuluculuk faaliyeti” Tasarının 4. Bölümü olarak düzenlenmelidir.

Tasarının 6. Bölümü, 5. Bölüm olarak Tasarıda yer almalıdır.

Tasarının 7 nci, 8 inci ve 9 uncu bölümleri, 6, 7 ve 8 inci bölümler olarak sıralandığında, Tasarının sistematüğü yasama tekniğine uygun hale gelecektir.

Tasarının hükümlerinin incelenmesi

Tasarının 1. Maddesinde yer alan, “işler” teriminin yerine, “konular” teriminin konulmasını teklif ederim.

Tasarının 2. Maddesinde yer alan tanımlar bölümü, ülkemizde son yıllarda görülen bir yöntemdir. Kavramların daha iyi anlaşılmasını sağlamak yönünden faydalıdır. Bu konuda bir ilke şu olmak gerekir : Tanımlar eksiksiz verilmelidir. Bazı kavramların tanımlarını vermek, bazılarını vermemek, yasanın eleştirilmesine neden olur. Son dönemde gerek TCK’da gerek CMK’da bu sonuç doğmuştur.

Tasarının 3. Maddesinin başlığının, “başvurmada serbestlik ve eşitlik” olarak değiştirilmesini teklif ederim. “İradilik”

terimi amacı tam olarak yansıtmamaktadır. İradilik, iradeye dayanmak anlamını taşır. Oysa, madde içeriği okunduğunda, amacın, arabulucuya başvurmakta serbestliğin düzenlendiği anlaşılmaktadır.

Tasarının 4. Maddesi uygundur.

Tasarının 5. Maddesi, arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümüne güveni artırıcı bir içeriğe sahiptir. Ayrıca, madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, kötü niyetli girişimleri önlemek amacı taşımaktadır. Yasada mutlaka yer alması gereken bir hükümdür.

Tasarının 6-11. Maddeleri yasama tekniğine uygundur.

Tasarının 12. Maddesinde yer alan, “Mahkeme de tarafı arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir.” biçimindeki hüküm, tasarıdan mutlaka çıkarılmalıdır. Bu hüküm, yargı erkinin gücünün yanlış anlaşılmasına neden olabilecektir. Mahkeme ve yargıç, önüne getirilen uyuşmazlığı çözmekle yükümlüdür. Bu yetkisini arabulucuya devretmek gibi bir anlama gelen bir hüküm, kanımca böyle bir yasada yer alamaz.

12. maddenin 3. Fıkrasındaki 30 günlük süre, kanımca uzundur. Bu sürenin, karşı tarafla arabuluculuk görüşmesine başlamak/başlamamak değerlendirmesi için öngörülmüş bir süre olduğuna göre, buna daha kısa bir sürede cevap verilebilir.

Tasarının 13. ve 14. Maddesi uygundur.

Tasarının 15. Maddesinin 2. Fıkrası Tasarıdan çıkarılmalıdır. Bunun nendi şudur : Arabulucu ile uyuşmazlık çözmek, mahkemenin dışında bir tercih olmak zorundadır.

Tasarının 16., 17. Ve 18. Maddesi uygundur.

Tasarının 19. Maddesinin ilkin başlığı değiştirilmek gerekir. Başlığın, “arbuluculuk şartları” olarak düzenlenmesini teklif ederim. Bunun dışında, arabulucu olabilmek için Tasarıda aranan şartlar eksiktir. Tasarıda arabulucu olabilmek için

eğitim düzeyi belirtilmemiştir. Ayrıca, arabulucunun hangi alanda eğitim almış olacağı da Tasarıda yoktur. Bunun 4 yıllık bir fakülte eğitimi olması uygun olur. Bu konuda hukuk eğitimi aranmasını, daha somut yaklaşımda, arabuluculuğun avukatlık kavramıyla bağlanmasını teklif ederim. Belirtmem gerekir ki, Tasarıda açıklanan, yazılı ve uygulamalı sınavı başarmak, amaca uygun bir çözüm değildir. Başarmaktan önce, sınava kabulün objektif kriterlerle belirlenmesi gerekir. Bu konuda uygun çözüm, avukatlara bu alanda meslek içi eğitim verilmesi ve elde edilecek bir sertifikanın yeterli sayılmasıdır.

Tasarının 20. Maddesi uygundur.

Tasarının 21. Maddesinde yer alan hükümlerin Tasarıdaki yeri, 19. Madde olmak gerekirdi. Arabuluculuk şartları 19. Maddede düzenlenmelidir. Oysa Tasarının 21. Maddesi, arabulucunun hukuk eğitimi almış olmasını öngörmektedir. Tasarının 19 ve 21. Maddeleri bu açıdan yeniden yazılmak gerekir. Bu hususta yukarıdaki açıklamaların dikkate alınmasını öneririm.

Tasarının 22-26. Maddesi uygundur.

Tasarının 27.32. maddeleri uygundur.

Tasarının 33. Maddesi uygundur.

Tasarının 34-37. Maddeleri uygundur.

Sonuç :

Yukarıdaki düşünce, kanaat ve tekliflerimi içeren raporumu saygı ile sunarım.

01.10.2007

Arabuluculuk Kanun Tasarısı Metni (*)

Birinci Bölüm

Kapsam ve Tanımlar

Uygulanma alanı

MADDE 1- (1)Bu Kanun, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri işlerden kaynaklanan hukuk uyuşmazlıklarında uygulanır.

Tanımlar

MADDE 2- (1) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Arabuluculuk: Dava açılmasından önce yahut davanın görülmesi sırasında, sistematik teknikler uygulayarak, tarafları görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzman eğitimi almış, tarafsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen faaliyeti,

b) Arabulucu: Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi,

c) Bakanlık : Adalet Bakanlığını,

ç) Daire Başkanlığı : Arabuluculuk Daire Başkanlığını,

d) Genel Müdürlük : Hukuk İşleri Genel Müdürlüğünü,

e) Kurul : Arabuluculuk Kurulunu,

f) Sicil : Arabulucular sicilini,

ifade eder.

İkinci Bölüm

Arabuluculuğa İlişkin Temel İlkeler

İradî olma ve eşitlik

MADDE 3- (1) Taraflar, arabulucuya başvurmak, süreci devam ettirmek, sonuçlandırmak veya bu süreçten vazgeçmek konusunda serbesttirler.

(2) Taraflar gerek arabulucuya başvururken gerekse tüm süreç boyunca eşit haklara sahiptir.

Gizlilik

MADDE 4- (1) Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeleri gizli tutmakla yükümlüdür.

(2) Taraflar, arabuluculuk faaliyetinin gizli kalması konusunda anlaşmışlarsa, bu konudaki gizliliğe de uymak zorundadırlar.

Arabuluculuk faaliyetiyle ilgili beyan veya belgelerin kullanılmayacağı hâller

MADDE 5- (1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuk faaliyetine katılanlar da dahil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak yargı yoluna başvurduğunda, aşağıdaki beyan veya belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz:

a) Taraflarca yapılan arabuluculuk daveti veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği.

b) Uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için tarafça ileri sürülen görüşler ve teklifler.

c) Arabuluculuk faaliyeti esnasında, tarafça ileri sürülen öneriler veya herhangi bir vakıa veya iddianın kabulü.

ç) Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler.

(2) Birinci fıkra hükmü, beyan veya belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır.

(3) Birinci fıkrada belirtilen bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, birinci fıkrada öngörülenin aksine, delil olarak sunulmuş olsa dahi, hükme esas alınamaz. Ancak, söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk tutanağının uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir.

(4) Bu maddenin yukarıdaki fıkraları, hukuk davalarında ve tahkimde, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır.

(5) Birinci fıkrada belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davalarında ve tahkimde ileri sürülen caiz deliller, sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.

Üçüncü Bölüm

Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri

Unvanın kullanılması

MADDE 6 - (1) Sicile kayıtlı olan arabulucular, arabulucu unvanını ve bu unvanın sağladığı yetkileri kullanma hakkına sahiptir.

(2) Arabulucu, arabuluculuk faaliyeti sırasında bu unvanını belirtmek zorundadır.

Ücret ve masraf isteme hakkı

MADDE 7- (1) Arabulucu yapmış olduğu faaliyet karşılığı ücret ve masraf isteme hakkına sahiptir. Arabulucu, ücret ve masraf için avans da talep edebilir.

(2) Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece arabulucunun ücreti, faaliyetin sona erdiği tarihte yürürlükte bulunan Arabulucu Asgarî Ücret Tarifesine göre belirlenir. Aksi kararlaştırılmadıkça ücret ve masraf taraflarca eşit olarak karşılanır.

(3) Arabulucu, arabuluculuk sürecine ilişkin olarak belirli kişiler için arabuluculuk yapma veya belirli kişileri tavsiye etmenin karşılığı olarak ücret alamaz. Bu yasağa aykırı işlemler batıldır.

Taraflarla görüşme ve iletişim kurma

MADDE 8- (1) Arabulucu, tarafların her biri ile ayrı ayrı veya her ikisiyle aynı anda görüşebilir veya iletişim kurabilir.

Görevin özenle ve tarafsız biçimde yerine getirilmesi yükümlülüğü

MADDE 9- (1) Arabulucu görevini özenle, tarafsız bir biçimde ve şahsen yerine getirir.

(2) Arabulucu olarak görevlendirilen kimse, tarafsızlığından şüphe edilmesini gerektirecek önemli hâl ve şartların varlığı hâlinde bu hususta tarafları bilgilendirmekle yükümlüdür. Ancak bu açıklamaya rağmen taraflar, arabulucudan birlikte talep ederlerse, arabulucu bu görevi üstlenebilir yahut üstlenmiş olduğu görevi sürdürebilir.

(3) Arabulucu, taraflar arasında eşitliği gözetmekle yükümlüdür.

Tarafları aydınlatma yükümlülüğü

MADDE 10- (1) Arabulucu, faaliyetin başında, tarafları arabuluculuğun esasları, süreci ve sonuçları hakkında gerektiği gibi aydınlatmakla yükümlüdür.

Aidat ödeme yükümlülüğü

Madde 11- (1) Arabuluculardan sicile kayıtlarında giriş aidatı ve her yıl için yıllık aidat alınır.

(2) Giriş ve yıllık aidatlar, 06/08/1997 tarihli ve 4301 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumunun Kuruluş ve İdaresine İlişkin Kanun ile kurulan Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu hesabında toplanır ve burada nemalandırılır.

(3) Giriş ve yıllık aidatlar ile nemaları görev alanında harcanmak üzere Daire Başkanlığına tahsis olunur.

Dördüncü Bölüm

Arabuluculuk Faaliyeti

Arabuluculuk faaliyetinin başlaması

MADDE 12- (1) Taraflar dava açılmadan önce veya davanın görülmesi sırasında arabulucuya başvurma konusunda anlaşabilirler. Mahkeme de tarafları arabulucuya başvurmak konusunda aydınlatıp, teşvik edebilir.

(2) Mevcut uyuşmazlıklar için arabuluculuk faaliyeti, taraflardan birisinin arabuluculuk teklifini diğer tarafın kabul etmesi ile başlar.

(3) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflardan birisinin arabulucuya başvuru teklifine otuz gün içinde olumlu cevap verilmez ise bu teklif reddedilmiş sayılır.

Arabulucunun seçilmesi

MADDE 13- (1) Başkaca bir usul öngörülmemişse, arabulucu veya arabulucular taraflarca seçilir.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça bir kişi arabulucu olarak seçilir.

Arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesi

MADDE 14- (1) Arabulucu seçildikten sonra, tarafları en kısa sürede ilk toplantıya davet eder.

(2) Taraflar, arabuluculuk usulünü serbestçe kararlaştırabilirler.

(3) Taraflarca kararlaştırılmamışsa arabulucu; uyuşmazlığın niteliğini, tarafların isteklerini ve uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözümlenmesi için gereken usul ve esasları göz önüne alarak arabuluculuk faaliyetini yürütür.

Arabulucuya başvurunun sürelere etkisi

MADDE 15- (1) Dava açılmadan önce arabulucuya başvuru hâlinde, arabulucunun tarafları ilk toplantıya davet etmesi ve taraflarla arabulucu arasında faaliyetin sürdürülmesi konusunda anlaşmaya varılıp bu durumun bir tutanakla belgelenildiği tarih itibariyle zamanaşımı ve arabuluculuk sürecinin konusu olan hak ve taleplerin ileri sürülmesine ilişkin diğer süreler durur.

(2) Mahkemenin tarafları arabuluculuğa davetinin taraflarca kabul edilmesi veya tarafların arabulucuya başvurma konusunda anlaşmaya vardıklarını beyan etmesi üzerine, arabulucuya başvuru için, mahkemece süre verildiği andan itibaren birinci fıkrada belirtilen süreler durur.

Arabuluculuk faaliyetinin sonuçlanması

MADDE 16- (1) Aşağıda belirtilen hâllerde arabuluculuk faaliyetinin sona erdiği kabul edilir:

a) Arabuluculuk tutanağının imzalanması.

b) Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi.

c) Taraflardan birinin karşı tarafa veya arabulucuya, arabuluculuk faaliyetinden çekildiğini bildirmesi.

ç) Tarafların anlaşarak arabuluculuk faaliyetini sona erdirmesi.

(2) Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların uzlaştıkları, uzlaşmadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı, arabulucu tarafından düzenlenen ve arabulucu, taraflar veya vekillerince imzalanan bir tutanak ile belgelenir.

(3) Arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına taraflar karar verir. Arabulucu, bu metin ve ortaya çıkaracağı sonuçlar konusunda, taraflara gerekli açıklamaları yapar.

(4) Arabuluculuk faaliyetinin sona ermesi hâlinde, arabulucu, bu faaliyete ilişkin kendisine yapılan bildirimini, tevdi edilen ve elinde bulunan belgeleri, ikinci fıkraya göre düzenlenen tutanağı beş yıl süre ile saklamak zorundadır.

Uzlaşma

MADDE 17- (1) Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan uzlaşmanın kapsamı ve şekli taraflarca belirlenir.

(2) Arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların uzlaşmaya varmaları hâlinde, bir uzlaşma belgesi düzenlenir ve bu belge arabulucu, taraflar veya vekilleri tarafından imzalanmakla, ilâm niteliğinde belge sayılır. Bu belgenin düzenlenmesi ve onaylanması, damga vergisinden ve harçtan muaftır.

(3) Arabulucu, tarafların anlaşması hâlinde, arabuluculuk sürecinin sonunda varılan anlaşmanın uygulanmasında görev alabilir.

Beşinci Bölüm

Arabulucular Sicili

Arabulucular sicilinin tutulması

MADDE 18- (1) Daire Başkanlığı, özel hukuk uyuşmazlıklarında arabuluculuk yapma yetkisini kazanmış kişilerin sicilini tutar. Bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgiler, Daire Başkanlığı tarafından elektronik ortamda da duyurulur.

(2) Arabulucular sicilinin tutulmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte düzenlenir.

Arabulucular siciline kayıt şartları

MADDE 19- (1) Sicile kayıt, ilgilinin Daire Başkanlığına yazılı olarak başvurması üzerine yapılır.

(2) Arabuluculuk siciline kaydedilebilmek için;

a) Türk vatandaşı olmak,

b) Otuz yaşını tamamlamak ve tam ehliyetli olmak,

c) Taksirli suçlar dışında herhangi bir sabıkası bulunmamak,

ç) Arabuluculuk eğitimini tamamlamak ve Bakanlıkça yapılan yazılı ve uygulamalı sınavda başarılı olmak,

gerekir.

(3) Arabulucu, sicile kayıt tarihinden itibaren faaliyetine başlayabilir.

Arabulucular sicilinden silinme

MADDE 20- (1) Daire Başkanlığı, arabuluculuk için aranan koşulları taşımadığı hâlde sicile kaydedilen veya daha sonra bu koşulları kaybeden arabulucunun kaydını siler.

(2) Daire Başkanlığı, bu Kanunun öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmediğini tespit ettiği arabulucuyu yazılı olarak uyarır; bu uyarıya uyulmaması hâlinde arabulucunun savunmasını aldıktan sonra, gerekirse adının sicilden silinmesini Kurul'dan talep eder.

(3) Arabulucu, arabulucular sicilinden kaydının silinmesini her zaman isteyebilir.

Altıncı Bölüm

Eğitim ve Eğitim Kuruluşları

Arabuluculuk eğitimi

MADDE 21- (1) Arabuluculuk eğitimi, dört yıllık lisans eğitiminin tamamlanmasından sonra alınan, arabuluculuk faaliyetinin yürütülmesiyle ilgili temel bilgiler, iletişim teknikleri, müzakere ve uyuşmazlık çözüm yöntemleri ve davranış psikolojisi ile yönetmelikte gösterilecek olan diğer teorik ve pratik bilgileri içeren ve asgari yüzelli saatlik eğitimi ifade eder.

(2) Hukuk lisans diplomasına sahip olmayan kimselerin arabuluculuk eğitimini tamamlamış sayılmaları için, yüz saatlik temel hukuk eğitimini de almış olmaları gerekir.

Eğitim kuruluşlarına izin verilmesi

MADDE 22- (1) Arabuluculuk eğitimi verecek olan kuruluşlar Daire Başkanlığı'ndan izin almak zorundadır. Daire Başkanlığı tarafından izin verilen eğitim kuruluşlarının listesi elektronik ortamda yayımlanır.

(2) İzin için yazılı olarak başvurulur. Bu başvuruda eğitim programı, eğiticilerin sayısı ve uzmanlıkları ile eğitim kuruluşu veya eğitim programının finansman kaynakları hakkında gerekçeli bilgi verilir.

(3) Başvuruda sunulan belgelere dayalı olarak, eğitimin amacına ulaşacağı ve eğitim kuruluşlarında eğitim faaliyetinin devamlılığının sağlanacağı tespit edilirse, ilgili eğitim kuruluşuna en çok üç yıl için geçerli olmak üzere izin verilir.

İzin süresinin uzatılması

MADDE 23- (1) Sicile kayıtlı olan bir eğitim kuruluşu kayıt süresinin bitiminden en erken bir yıl ve en geç üç ay önce, sicildeki kaydının geçerlilik süresinin uzatılmasını yazılı olarak talep edebilir. Eğitim kuruluşunun 25 inci maddeye göre sunduğu raporlardan, arabuluculuk eğitiminin başarılı şekilde devam ettiğinin anlaşıldığı ve 26 ncı maddede belirtilen sebeplerin bulunmadığı hâllerde, verilmiş bulunan iznin geçerlilik süresi her defasında üç yıl uzatılabilir. Eğitim kuruluşu, süresi içinde yaptığı başvuru hakkında karar verilinceye kadar listede kayıtlı kalır.

Arabuluculuk yetki belgesi

MADDE 24- (1) Eğitim kuruluşları, eğitimlerini başarıyla tamamlayan kişilere arabuluculuk eğitimini tamamladıklarına dair bir belge verir.

Daire Başkanlığına bilgi verme yükümlülüğü

MADDE 25- (1) Eğitim kuruluşları, Ocak ayında bir önceki yıl içinde gerçekleştirdikleri eğitim faaliyetinin kapsamı, içeriği ve başarısı konusunda Daire Başkanlığına bir rapor sunar.

Eğitim kuruluşuna verilen iznin iptali

MADDE 26- (1) Aşağıdaki hâllerde, eğitim kuruluşuna verilmiş olan izin, Daire Başkanlığı'nın talebi üzerine Kurul tarafından iptal edilir:

- a) İzin verilebilmesi için aranan şartlardan birinin ortadan kalkmış veya mevcut olmadığının tespit edilmiş olması,
- b) Eğitimin yeterli şekilde verilememesi,
- c) Arabuluculuk yetki belgelerinin düzenlenmesinde sahtecilik veya önemli hatalar yapılması,
- ç) 25 inci maddedeki rapor verme yükümlülüğünün yapılan ihtara rağmen yerine getirilmemesi,
- d) Eğitim faaliyetinin devamlılığının sağlanmadığının tespit edilmesi.

Yedinci Bölüm

Kuruluş ve Görevler

Kuruluş

MADDE 27- (1) Bu Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Genel Müdürlük bünyesinde Arabuluculuk Daire Başkanlığı kurulur.

(2) Arabuluculuk hizmetlerine ilişkin olarak bu Kanunda belirtilen görevleri yerine getirmek üzere, Bakanlık bünyesinde Arabuluculuk Kurulu oluşturulur.

Teşkilât

MADDE 28- (1) Arabuluculuk hizmetleri, Bakanlık merkez teşkilâtında Daire Başkanlığı tarafından yürütülür.

Daire Başkanlığı

MADDE 29- (1) Daire Başkanlığı, bir daire başkanı, yeteri kadar tetkik hâkimi, denetim görevlisi ve diğer uzman personelden oluşur.

Daire Başkanlığının görevleri

MADDE 30- (1) Daire Başkanlığının görevleri şunlardır:

a) Arabuluculuk hizmetlerinin düzenli ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak.

b) Arabuluculukla ilgili yayın yapmak, bu konudaki bilimsel çalışmalarını teşvik etmek ve desteklemek.

c) Kurulun çalışması ile ilgili her türlü karar ve işlemi yürütmek ve görevleri ile ilgili bakanlık, diğer kamu kurum ve kuruluşları, üniversiteler, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan vakıf ve dernekler ile uygun görülen gönüllü gerçek ve tüzel kişilerle işbirliği yapmak.

ç) Arabuluculuk kurumunun tanıtımını yapmak, bu konuda kamuoyunu bilgilendirmek, ulusal ve uluslararası kongre, sempozyum ve seminer gibi bilimsel organizasyonları düzenlemek veya desteklemek.

d) Ülke genelinde arabuluculuk uygulamalarını izlemek, ilgili istatistikleri tutmak ve yayımlamak.

e) Arabuluculuk eğitimi verecek kuruluşlar tarafından bu amaçla yapılan başvuru ile sicildeki kaydın geçerlilik süresinin uzatılması talebini karara bağlamak, arabuluculuk eğitimi verecek eğitim kuruluşlarını listelemek ve elektronik ortamda yayımlamak.

f) Arabulucu sicilini tutmak, sicile kayıt taleplerini karara bağlamak, 20 nci maddenin bir ve üçüncü fıkraları kapsamında arabulucunun sicilden silinmesine karar vermek ve bu sicilde yer alan kişilere ilişkin bilgileri elektronik ortamda duyurmak.

g) Denetim görevlileri aracılığıyla arabulucuların denetimini yapmak.

ğ) Arabulucular tarafından arabuluculuk hizmetlerinin sonucunda düzenlenen belgelerinin kayıtlarını tutmak ve birer örneklerini saklamak.

h) Görev alanına giren kanun ve düzenleyici işlemler hakkında inceleme ve araştırma yaparak Genel Müdürlüğe öneride bulunmak.

ı) Yıllık faaliyet raporunu ve izleyen yıl faaliyet planını hazırlayarak Kurulun bilgisine sunmak.

i) Yıllık Arabuluculuk Asgari Ücret Tarifesini hazırlamak.

j) Arabulucuların ödeyecekleri kayıt ve yıllık aidatları tahsil etmek.

Kurul

MADDE 31- (1) Kurul aşağıdaki üyelerden oluşur:

a) Bakanlık Müsteşarı.

b) Hukuk İşleri Genel Müdürü.

c) Daire Başkanı.

ç) Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından hukuk mahkemelerinde görev yapmakta olan birinci sınıfa ayrılmış hâkimler arasından seçilecek bir hâkim.

d) Türkiye Barolar Birliği temsilcisi.

e) Türkiye Noterler Birliği temsilcisi.

f) Yüksek Öğretim Kurulu tarafından seçilen özel hukuk alanından üç profesör.

g) Adalet Bakanı tarafından seçilecek iki arabulucu.

(2) Başkan ihtiyaca göre Kurul toplantılarına uzman kişileri çağırabilir.

(3) Kurul başkanı Müsteşardır. Müsteşarın bulunmadığı toplantılarda Başkanlık görevi müsteşar yardımcısından biri tarafından yerine getirilir

(4) Kurul Ocak ve Temmuz aylarında olmak üzere yılda en az iki kez toplanır. Başkan, gerekli gördüğü hallerde Kurulu toplantıya çağırabilir.

(5) Kurul üye tam sayısının salt çoğunluğu ile karar alır.

(6) Kurulun Bakanlık dışından görevlendirilen üyelerinin görev süresi üç yıldır. Görev süresi dolan üyeler yeniden görevlendirilebilir.

(7) Kurul üyelerinin ulaşım, konaklama ve diğer zorunlu giderleri Bakanlıkça karşılanır.

(8) Kurulun çalışma usul ve esasları Daire Başkanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Kurulun görevleri

MADDE 32- (1) Kurulun görevleri şunlardır:

a) Arabuluculuk hizmetlerine ilişkin temel ilkeler ile arabuluculuk meslek kurallarını belirlemek.

b) Arabuluculuk eğitimine ve bu eğitimin sonunda yapılacak olan sınava ilişkin temel ilke ve standartları tespit etmek.

c) Arabulucuların denetimine ilişkin kuralları belirlemek.

ç) Bu Kanuna göre çıkarılması gereken ve Daire Başkanlığı tarafından hazırlanan yönetmelik taslaklarına, gerekirse değişiklik yaparak, son şeklini vermek.

d) Eğitim kuruluşlarının eğitim izinlerini iptal etmek.

e) 20 nci maddenin ikinci fıkrası kapsamında arabulucunun sicilinden silinmesine karar vermek,

f) Arabulucuların ödeyecekleri sicile kayıt ve yıllık kesenekleri tespit etmek.

g) Arabuluculuk Asgarî Ücret Tarifesini gerekiyorsa değişiklik yapmak suretiyle onaylamak.

ğ) Daire Başkanlığı tarafından yürütülecek faaliyetlerin etkinliğini artırmak üzere tavsiyelerde bulunmak.

h) Daire Başkanlığının yıllık faaliyet raporu ve plânı hakkında görüş bildirmek.

ı) Daire Başkanlığının faaliyet planında yer alan konularla ilgili kurum ve kuruluşların uygulamaya sağlayabileceği katkıları belirlemek.

Sekizinci Bölüm

Ceza Hükümleri

Gizliliğin ihlâli

MADDE 33- (1)4 üncü maddedeki yükümlülüğe aykırı hareket ederek bir kişinin hukuken korunan menfaatinin zarar görmesine neden olan kişi altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır.

Dokuzuncu Bölüm

Son ve Geçici Hükümler

Kadrolar

MADDE 34- (1)Ekli (1) ve (2) sayılı listelerde yer alan kadrolara ihdas edilerek 190 sayılı Genel Kadro ve Usulu Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye bağlı ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerin Adalet Bakanlığına ait bölümlerine eklenmiştir.

Yönetmelikler

MADDE 35- (1)Arabuluculuk eğitimi verecek eğitim kurumlarının nitelikleri ve denetlenmesi ile eğitimin içeriği ve standartları, arabuluculuk sicilinin düzenlenmesi ve arabu-

lucularda aranacak koşullar, arabulucuların denetlenmesi ve izlenmesi ile bu Kanunun uygulanmasını gösterir diğer hususlar, Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenir.

Geçici Madde 1- (1) Bu Kanunun Resmi Gazete’de yayımlandığı tarihten itibaren dört ay içinde kuruluş ve teşkilatlanma tamamlanır.

(2) Kanunun 31 inci maddesinde öngörülen kurum ve kuruluşlar Kurulda görev yapacak temsilcileri Kanunun Resmi Gazete’de yayımı tarihinden itibaren iki ay içinde Genel Müdürlüğe bildirir.

(3) Birinci fıkrada belirtilen kuruluş ve teşkilatlanmanın tamamlanmasından itibaren üç ay içinde Kurul toplanır.

Geçici Madde 2- (1) Bu Kanunda öngörülen yönetmelikler, Kurulun ilk toplantısından itibaren üç ay içinde çıkartılır.

Yürürlük

MADDE 36-(1) Bu Kanunun;

a) 27 ve 31 inci maddeleri ile geçici maddeleri Kanunun Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte,

b) Diğer hükümler ise yayımı tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

MADDE 37- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Genel Gerekeçe

Uzlaşma suretiyle uyuşmazlıkların çözümü son yıllarda pek çok ülkenin kanun koyucularını meşgul etmektedir. Bunun nedeni, bu ülkelerde yargı yükünün ve yargı giderlerinin giderek artması, bunun sonucunda yargının yavaş işleyişi ve bunların getirdiği olumsuzlukların çözümüne yönelik arayışlardı

Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze

(*) Kanun Tasarısının metnine kitapta yer vermemin nedeni, Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü için kaleme aldığım raporun daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla.

CMK'da İstinaf-Temyiz Sistematiği-Değerlendirmeler-Öneriler

Giriş

Türk hukuk sistemi nefesini tutmuş 20 Temmuz 2016 tarihini bekliyor, çünkü bölge adliye mahkemeleri göreve başlayacaklardır.

Bunun bir başka açıklaması şudur: İstinaf kanun yolu adalet sistemimizdeki yerini alacaktır.

İstinaf konusunda geçmişte çok yazı yazdım; bilimsel çalışmalara katıldım. Bu çalışmalara bildiriler sundum. Bu kısa yazıya elinizdeki kitabın sonunda yer vermek istedim. Amacım şudur: İstinaf kanun yolunun bir fotoğrafını çekmek istedim.

Bu kavramın ve uygulamasının ülkemize ne getireceğini hep birlikte göreceğiz.

İstinaf kavramı bize o denli yabancı ki, istinaf etmek diye bir terimi dilimiz bile yadırgıyor. Umarım kısa sürede bu terim dilimize yerleşir.

1. CMK'da İstinaf

- Hapis cezasından çevrilen APC'lere karşı istinafa başvuru yapılabilir.
- Üç bin TL'ye kadar APC mahkumiyet hükümlerine karşı istinaf yolu kapalıdır.
- Üst sınırı 500 günü geçmeyen APC'yi gerektiren suçlardan ötürü verilen beraat kararlarına karşı istinaf yolu kapalıdır.
- Yasalarda kesin oldukları belirtilen hükümlere karşı istinaf yolu kapalıdır.
- 15 yıl ve daha fazla hapis cezasına ilişkin hükümler için istinaf yolu resen uygulanır.

2. CMK'da Temyiz

- İlk derece mahkemelerinden verilen 5 yıl veya daha az hapis cezaları hakkında yapılan istinaf başvurusunu esastan reddeden kararlar temyiz edilemez.
- Miktarı ne olursa olsun, APC'lere karşı yapılan istinaf başvurusunu esastan reddeden kararlar temyiz edilemez.
- İlk derece mahkemelerinden verilen 5 yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan istinaf kararları temyiz edilemez.
- İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve yasada üst sınırı 2 yıla kadar(2 yıl dahil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı APC'lere ilişkin her türlü istinaf kararları temyiz edilemez.
- APC'yi gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü istinaf kararı temyiz edilemez.
- Yalnızca eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunu esastan reddeden kararlar temyiz edilemez.
- 10 yıl veya daha az hapis cezasını veya APC'yi gerektiren suçlardan ötürü verilen beraat kararları hakkında istinaf başvurusunu esastan reddeden kararlar temyiz edilemez.
- Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesi tarafından verilen her türlü karar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar temyiz edilemez.
- Yukarıda belirtilen sınırlar içinde kalmak koşuluyla, aynı hükümde cezalardan veya kararlardan birden çoğunu içeren bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez.

Değerlendirmeler

1. CMK'da istinaf yolu kabul edilmekle temyiz yargılamasına tabi olacak olayların sayısının azaltılması amacı ön plana çıkmaktadır.
2. Bu çerçevede en çarpıcı sonuç, 15 yıl ve daha çok hapis cezası içeren hükümler resen istinafa tabi kılınırken, bu konularda istinaf sonucu verilen hükümler için resen temyiz yolunun kapatılmış olmasıdır. Bunun öz anlatımı şudur: Bir davanın tarafları bölge adliye mahkemelerinin bu kapsamdaki kararlarını temyiz etmediklerinde, kararlar kesinleşecektir.
3. Hapis cezalarından çevrilen APC'lere karşı istinaf yolu açıktır. Bu konuda bir sınırlama yoktur. Oysa bir ceza miktarı sınırlaması öngörülebilirdi. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, TCK sisteminde hapis cezasından para cezasına çevirme hallerinde, çevrilen para cezasının esas olması ilkesi yasada öngörüldüğüne göre, sözünü ettiğim miktar sınırlamasının mantıki temeli oluşturulmuş olurdu.

CMK'nın bu konudaki düzenlemesinde istinaf yolunda dosya sayılarının kabarması söz konusu olacaktır.

4. İlk derece mahkemelerinden verilen 5 yıl veya daha az hapis cezaları hakkında yapılan istinaf başvurusunu esastan reddeden kararların temyiz edilememesi, Yargıtayın iş yükünü azaltma amacına yöneliktir.
5. Miktarı ne olursa olsun, APC'lere karşı yapılan istinaf başvurusunu esastan reddeden kararlara karşı temyiz yolunun kapatılması da yukarıdaki amaca yönelik bir başka örnektir.
6. İlk derece mahkemelerinden verilen 5 yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan istinaf kararları için temyiz yolunun kapatılmış olması, (4) numaradaki amacı pekiştirme niteliği taşımaktadır.
7. "İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve yasada üst sınırı 2 yıla kadar(2 yıl dahil) hapis cezasını gerektiren suç-

lar ve bunlara bağlı APC'lere ilişkin her türlü istinaf kararları temyiz edilemez." olarak öngörülen hükme yasada yer vermek gereksizdir. Daha önce (4) ve (6) numarada üzerinde durduğum düzenlemelerin kapsamında yer alan bu düzenleme, konuya katkı sağlayacak nitelikte değildir, çünkü daha önce öngörülen sınırlar içinde yer almaktadır.

8. 10 yıl veya daha az hapis cezasını veya APC'yi gerektiren suçlardan ötürü verilen beraat kararları hakkında istinaf başvurusunu esastan reddeden kararların temyiz edilememesi, beraat kararlarını ön plana çıkaran bir düzenlemedir. Yakın bir incelemede şöyle düşünmek uygun olur: İlk derece mahkemesi bu kapsamdaki bir suçlamada beraat kararı vermiştir. Bu karara karşı istinaf yoluna gidilmiş, istinaf başvurusu hakkında yapılan yargılama sonucu, istinaf istemi esastan reddedilmiştir.

Yasa koyucu bu pekişmiş beraat kararını yeterli görmekte, temyiz yoluna kapatmaktadır.

9. Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesi tarafından verilen her türlü karar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararların temyiz edilememesi, bu kapsamdaki kararları verecek olan bölge adliye mahkemelerinin maddi gerçeği ortaya koymuş olacakları kanaatinin bir sonucudur.

Öneriler

1. Bu noktaya kadar üzerinde durduğum değerlendirmeleri topluca ele aldığımızda, belirtmem gerekir ki, yasa koyucu Türk hukuk sisteminde istinaf yargılamasına yer vererek, bölge adliye mahkemelerini bu konuda görevlendirmiştir. Bu yaklaşımın temeli bu mahkemelerin yapacakları istinaf yargılamalarında başarı göstererek, ceza yargılamasının temelini oluşturan maddi gerçeği ortaya çıkarma sonucunu yaratacakları umuduna dayanmaktadır.

Oysa bölge mahkemeleri olarak(ülke düzeyinde 7 bölgede) öngörülen mahkemelerin istinaf yargılaması yapacaklarının dikkatten uzak tutulmaması gerekir. İstinaf yargılaması hukuki niteliği bakımından bir olayı hem maddi(deliller ve olgular) hem de hukuki yönden ele alarak irdeleyen bir yargılama türüdür. Bu nedenle, birinci yargılamada geçecek zamanı, bu çerçevede delillerin ve olguların “eskimleri” göz önünde bulundurulduğunda, bu mahkemelerin başarı şansının düşük olacağı kanısındayım. Bu konu üzerinde durulurken, istinaf yargılaması yapacak olan mahkemelerin bölge düzeyinde kuruldukları, bunun başlı başına yargılamada sonuca ulaşmayı geciktireceği de dikkate alındığında, istinaf yargılamasının önünde büyük handikaplar bulunduğunu kabul etmek gerçekçi olur.

2. Bu noktada, Türk ceza yargılaması sistemine istinaf yolunu getirmek yerine ne yapılabilirdi, sorusunu sormak ve cevap aramak uygun olacaktır.

Bu konu irdelenirken hareket noktamız şu olmalıdır: Yargıtayın iş yükünün ağırlığından ötürü ileri sürülen şikayetler, kanun yolu sistematığında arayışlara sevk etmektedir. İstinaf yolu bu bağlamda kurtarıcı olarak mütalaa edilmektedir.

Yukarıda çizmeye çalıştığım resim istinaf-temyiz bağlamını net olarak ortaya koymanın çok kolay olmadığını göstermektedir. Durum böyle olunca, acaba bugün için batı ülkelerinde de istinaf yolundan şikayet seslerinin giderek arttığı bir ortamda, bu eski enstrumana başvurmaksızın çözüm üretilebilir mi?

3. Bu konuda şu düşünceleri paylaşmak isterim:

- İstinaf yolundan geri dönülerek işe başlanabilir. İlk belirtilmesi gerek nokta şudur: Ülkemizde istinaf yolunda görevlendirilecek olan çok geniş ölçüde yargıç, C.savcısı ve adliye personeli yoktur. Bu nedenle aktarma yoluyla bu kişileri sağlama yoluna gidilmektedir. Bölge adliye mahkemelerinde ağır ceza mahkemesi başkanları, üyeleri, kıdemli ve tecrübeli C.savcılarının görevlendirildikleri bir ortamda, boşalan görev yerleri nasıl doldurulacaktır? Birinci yargıla-

ma kadrolarını “zayıflatarak” başarı şansını düşürmemek uygun olacaktır.

- Yargıtayda yeni bir yapılandırma ile temyiz yolunun daha verimli duruma getirilmesi sağlanabilir.
- Bunun için dairelerdeki heyetlerin 5 değil, fakat 3 kişiyle karar vermesi öngörülebilir. İstinaf yolunda bölge adliye mahkemelerinin 3 kişiyle karar vermesi öngörüldüğüne göre, bunun Yargıtay için de bir çözüm olabileceği söylenebilir. Bu sayede Yargıtayın daire sayısı çoğaltılabilir; dosyaların bekleme süreleri kısaltılabilir.
- Davanın taraflarının(C.savcısı, sanık, müdahil, müdafî, müdahil vekili) temyiz yargılamasının kapsamını açık olarak belirtme görevi yasada düzenlenebilir. Birinci yargılama sonunda verilen hükümlerdeki hukuka aykırılıkların ortaya konulması sağlandığında, temyiz yargılaması hızlanacaktır. Bu yöntem, ceza yargılaması alanında bir davanın tüm taraflarının “derslerini iyi çalışmalarını” yükümünü doğurur.

Bugün için temyiz dilekçe ve layihalarında yer verilen, “tüm hukuka aykırılıkların göz önünde bulundurulmasını talep ederim.” formülleri terk edildiğinde, temyiz yargılamasını hızlandırmak ve kısa sürede gerçeği ortaya çıkarmak mümkün olacaktır.

Son söz: 9. Kitapta buluşmak dileğiyle...

Bir Cezacıyla Geçmişten Günümüze

