

2013 OCAK

İZMİR BAROSU DERGİSİ

YDA BİR YAYIMLANIR



YAYIN KURULU'NDAN

PANEL

Olağanüstü Yargılamanın Yeni Adresi:
Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri / Terör Mahkemeleri

MAKALELER

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında
Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8

Av. Sinem TOP

Ceza Hukuku Bakımından Akıl Hastalığı Durumunda Kusur Yeteneği

Av. Pelin KAYA

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Av. Ali ERDEM

HAKEMLİ MAKALE

Mahkemeye Erişim Hakkı Ve Türk Hukukunun A.İ.H.S. İle Uyum Sorunu
Dr. Ümit KILINÇ

AİHM KARARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire
Ahmet Yıldırım / Türkiye Davası

YARGI KARARLARI

İdari Bölüm
Hukuk Bölümü

YIL: 78



İZMİR BAROSU DERGİSİ

Yıl: 78 • Ocak 2013 • Sayı: 1 • Dört ayda bir yayımlanır • ISSN 1305-757X

SAHİBİ

İzmir Barosu Adına Başkan
Av. Sema PEKDAŞ

YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ

Av. Doğan ALPER

EDİTÖR

Av. Süleyman AKTAŞ

YAYIN KURULU

Av. A. Haşim ÖZTÜRK
Av. Adil AKYILDIZ
Av. Anıl GÜLER
Av. Gonca RONA
Av. Hakan DİMDİK
Av. M. Ertuğrul PERİM
Av. Ozan BALIM
Av. Özkan YÜCEL
Av. Özlem ÖNGÖRÜ KARANLIK
Av. Pınar Bahar DOĞAN
Av. Dr. Z. Özen İNCİ
Stj. Av. Cansu ANILAN

DANIŞMA KURULU

(Soyadı sırasıyla)

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER (Gazikent Üniversitesi Hukuk Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Füsun SOKULLU AKINCI (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Ziya AKINCI (GSÜ Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (İ.Ü. Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Oğuz ATALAY (DEÜ Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Meltem DİKMEN CANİKLİOĞLU (İzmir Ekonomi Üniv. Hukuk Fak. Anayasa Huk.)
Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ (İzmir Ekonomi Üniv. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. B. Bahadır ERDEM (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM (Yaşar Üniv. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Şeref ERTAŞ (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Şükran ERTÜRK (DEÜ Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Meltem KUTLU GÜRSEL (DEÜ Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU (DEÜ Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Mehmet HELVACI (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Yasemin IŞIKTAÇ (İ.Ü. Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (DEÜ Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku)
Prof. Dr. Nevzat KOÇ (İstanbul Medipo Üniv. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Huriye KUBİLAY (İzmir Ekonomi Üniv. Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Prof. Dr. Erdal ONAR (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK (DEÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)

Prof. Dr. Demet ÖZDAMAR (DEÜ Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Prof. Dr. Işıl ÖZKAN (DEÜ Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk ve AB Hukuku)
Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK (İstanbul Kültür Üniv. Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (GSÜ Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Mustafa SAKAL (DEÜ İİBF Maliye Bölümü)
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (DEÜ Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Prof. Dr. Meral SUNGURTEKİN (İzmir Ekonomi Üniv. Huk. Fak. Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Melda SUR (DEÜ Hukuk Fakültesi Devletler Genel- İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (İstanbul Kültür Üniv. Huk. Fak. Ceza ve Ceza Usul Hukuku)
Prof. Dr. Bilge UMAR (Yeditepe Üniv. Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)
Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Marmara Üniv. Hukuk Fak. İdare Hukuku)
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Mustafa ALP (DEÜ Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku)
Doç. Dr. Kerem ALTIPARMAK (AÜ. Siyasal Bilgiler Fakültesi)
Doç. Dr. Hacı CAN (DEÜ Huk. Fak. Avrupa Birliği Hukuku)
Doç. Dr. Emre GÖKYAYLA (Bahçeşehir Üniv. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Doç. Dr. Sevtap METİN (İ.Ü. Huk. Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi)
Doç. Dr. Gökçe TÜRKOĞLU ÖZDEMİR (İzmir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku)
Doç. Dr. Oğuz ŞİMŞEK (DEÜ Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Doç. Dr. Ahmet TÜRK (DEÜ Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Beşir ACABEY (DEÜ Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk)
Yard. Doç. Dr. Muhlis ÖĞÜTÇÜ (DEÜ Hukuk Fakültesi İdare Hukuku)
Yard. Doç. Dr. Yaşar Metin ÖZDEMİR (DEÜ İİBF Hukuk Bilimleri)
Yard. Doç. Dr. Tijen DÜNDAR SEZER (DEÜ Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku)
Av. Serkan CENGİZ (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılaması ve İnsan Hakları Hukuku)
Av. Talih UYAR (Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku)

YÖNETİM YERİ

İZMİR BAROSU

1456 Sokak No: 14

35220 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 400 00 00 - 463 00 14

Faks: 0232 463 66 74

e-posta: yayin@izmirbarosu.org.tr

yayin.kurul@gmail.com

www.izmirbarosu.org.tr

BASIMA HAZIRLIK

Ayna Reklam Yay. Org. San. Tic. Ltd. Şti.

1447 Sokak No: 6 D: 4 Alsancak / İZMİR

Tel: 0232 464 39 32 - 464 25 29

www.aynareklam.com

BASILDIĞI YER

Teknofset

5632 Sokak No: 26 Çamdibi / İZMİR

Tel: 0232 458 58 09 (pbx) Faks: 0232 458 54 04

Basım Tarihi

İZMİR BAROSU DERGİSİ'nde yayımlanan yazılar yazarların kişisel görüşünü yansıtır. Gönderilen yazılar, yayımlansın ya da yayımlanmasın geri verilmez. Yayımlanmayan yazılar için gerekçe gösterme zorunluluğu yoktur.

İçindekiler

YAYIN KURULU'NDAN

7

PANEL

Olağanüstü Yargılamanın Yeni Adresi: Bölge Ağır Ceza
Mahkemeleri / Terör Mahkemeleri

9

MAKALELER

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında
Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8

Av. Sinem TOP

40

Ceza Hukuku Bakımından Akıl Hastalığı Durumunda
Kusur Yeteneği

Av. Pelin KAYA

66

Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Av. Ali ERDEM

93

HAKEMLİ MAKALE

Mahkemeye Erişim Hakkı Ve Türk Hukukunun A.İ.H.S. İle
Uyum Sorunu

Dr. Ümit KILINÇ

126

AİHM KARARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire
Ahmet Yıldırım / Türkiye Davası

156

YARGI KARARLARI

İdari Bölüm

194

Hukuk Bölümü

204

Yazı G nderecekler   in Bilgi Notu

1. Dergimizin "hakemli" olması, sadece hakem denetiminden geçmiş yazılara yer verileceği sonucunu getirmemektedir. Dergimizde "hakemli" ve "hakemsiz" yazılar birlikte yer alabilecektir.
2. Dergimize gönderilecek yazıların başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere g nderilmemi  olması gerekmektedir.
3. Yazıların uzunluğu dergi formatında Times New Roman karakterinde 12 punto (dipnot, kaynakça,  zet 10 punto) yazılarak, A4 boyutunda iki adet bilgisayar çıktısı ile ve dijital gönderilmesi gerekmektedir.
4. Gönderilen yazıların yayımlanmasına karar verildiği takdirde, yazının basılı ve elektronik yayım haklarına  zmir Barosu sahip olacaktır.
5. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumlarını, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve varsa e-posta adreslerini belirtmelidirler.
6. Dergiye gönderilecek / verilecek yazılar, yayın ilkeleri bakımından Yayın Kurulunda  n incelemesi yapıldıktan sonra, yazarı tarafından istenildiği takdirde, hakeme / hakemlere gönderilecek; hakemlerden gelecek raporlar doğrultusunda yazının "hakemli makaleler" bölümünde basılmasına karar verilecektir.
7. Hakem incelemesi istenilen yazılar, en az iki hakem incelemesinden geçirilecek ve iki olumlu rapor üzerine yayımlanacaktır. Bir olumlu bir olumsuz rapor halinde üçüncü bir hakeme ba vurulacaktır.    nc  hakemin g r    doğrultusunda iki olumlu g r    ortaya çıktığında yazı yayımlanacaktır. Hakemler yazıları **"biçimsel ve içerik olarak bilimsel  l   tlere uygunluk"** yönünden denetleyeceklerdir. Hakem raporları yayım arşivinde saklanacaktır. Yazılar hakemlere gönderildiğinde yazarın adı soyadı bildirilmeyecektir. Aynı şekilde yazar da kimlerin hakem denetimi yaptığını bilmeyecektir. Hakemle

yazarın bir konudaki görüşünün farklı olması, yazının hakem denetiminde olumlu sonuç alınmasına engel değildir. Hakemler yazılara ilişkin üç sonuç bildirebileceklerdir. **“yayımlanması uygundur”, “yetersizliklerin giderilmesi için iade edilmelidir”, “yayımlanması uygun değildir”**. Yazının hakem tarafından yetersiz bulunması halinde, hakem raporlarında “yazar nüshası”, yani hakem kimlik bilgilerinin olmadığı nüsha yazara verilecektir. Yazar, raporda sapta- nan eksiklikleri giderdikten sonra, yazı yeniden aynı hakeme verilecektir. Bunun sonucuna göre yazıyla ilgili gerekli işlem yapılacaktır.

8. Hakemli inceleme istenmeyen yazılar, Yayın Kurulu incelemesi ile yayımlanacaktır. Yayın Kurulunda her yazı en az iki üye incelemesinden geçirilecek, raportörler görüşlerini Kurul’a sunacak ve Yayın Kurulunca yazının yayımlanıp yayımlanmayacağına karar verilecektir. Gerekğinde yazı okunarak bütün üyelerce oylanmak suretiyle yayımlanıp yayımlanmamasına karar verilecektir. Yazardan Yayın Kurulunca eksik görülen konuların düzeltilmesi istenebilecektir. Yazım yanlışları Yayın Kurulu tarafından düzeltilecek, diğer eksiklikler bakımından yazarlarla bağlantı kurularak düzeltilmesi yazarından istenecektir.
9. Yayımlamayan yazılar, yazara geri gönderilmeyecektir. Ancak yazıların yayımlanıp yayımlanmayacağı ilgisine en kısa sürede bildirilecektir.
10. Yazardan düzeltme isteğinde, düzeltmenin en geç 15 gün içinde yapılarak Yayın Kuruluna ulaştırılması gereklidir.
11. Dergi’ye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetiminin yapılmış olduğu, yazarın dijital ortamdaki biçimiyle yazısının yayımlanmasına “olur” verdiği kabul edilecektir. Yazının baskı düzeltmeleri Yayın Kurulu tarafından yapılacak, yazarına bu düzeltmeler için yazı gönderilmeyecektir.
12. İzmir Barosu Dergisinin yazı dili Türkçe’dir.
13. İzmir Barosu Dergisinde bilimsel yazı ve makalelerin yanı sıra Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi, AİHM kararları ve kesinleşmiş mahkeme kararları, karar incelemeleri, yabancı makale çevirileri, seminer çözümlemeleri İzmir Barosu kurul raporları ve hukuk tartışmaları gibi yazılara Yayın Kurulunun kararı ile yer verilecektir.

Yayın Kurulu'ndan

Değerli Meslektaşlarımız,

Değerli Hukukçular,

Dergimizin, Ocak/2013 sayısı ile yeniden sizlerle birlikteyiz.

Dergimizin bu sayısında panel çözümlemesi ile giriş yaptık: İzmir Barosu tarafından 07.09.2012 tarihinde düzenlenen; Türk Ceza Derneği Başkanı Av. Fikret İLKİZ, Yar-Sav ve Kapatılan Yargı-Sen Kurucu Başkanı Yargıç Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU, Kapatılan Yargı-Sen İstanbul Temsilcisi Yargıç Nuh Hüseyin KÖSE ve Çağdaş Hukukçular Derneği Genel Başkanı Av. Selçuk KOZAĞAÇLI'nın katıldığı, **"Olağanüstü Yargılamanın Yeni Adresi: Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri / Terör Mahkemeleri"** panelinin çözümlemesine yer verilmiştir.

Makaleler bölümünde;

Av. Sinem TOP tarafından hazırlanan **"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı"** başlıklı, Av. Pelin KAYA tarafından hazırlanan **"Ceza Hukuku Bakımından Akıl Hastalığı Durumunda Kusur Yeteneği"** başlıklı Av. Ali ERDEM tarafından hazırlanan **"Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması"** başlıklı yazılar yer almaktadır.

Dergimizin Hakemli Makale bölümünde ise, Dr. Ümit KILINÇ tarafından hazırlanan **"Mahkemeye Erişim Hakkı ve Türk Hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uyum Sorunu"** konulu hakemli makalesini okuyabilirsiniz.

Kararlar bölümünde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Dairesinin "Ahmet Yıldırım/Türkiye Davası" kararı çevirisine ve Yargıtay Hukuk Daireleri Genel Kurul kararları ile yargı kararları yer verdik.

Bu sayımızda da makaleleri, yazıları, çeviri ve gönderdikleri yargı kararları ile katkı sunan yazarlarımıza teşekkür ediyoruz.

Daha önceki sayımızda da belirttiğimiz üzere; dergimizin 2013/Eylül sayısını **“Türk Ticaret Kanunu Özel Sayısı”** olarak yayınlamayı düşünmekteyiz. Bu konuda çalışmaları olan meslektaşlarımızın ve hukukçuların katkısını beklediğimizi bir kez daha belirtmek isteriz.

Ayrıca, İzmir Barosu tarafından Kasım/2013 ayı içerisinde sonuçlandırılması planlanan **“Hukukta Kadın”** konulu Ödüllü Makale Yarışması düzenlenmiştir. Ayrıntıları dergimizin arka kapağında yazılı olan Ödüllü Makale Yarışmasına, hukukun her alanında kadın konusunda çalışmaları olan tüm hukukçuları davet ediyoruz.

Saygılarımızla.

İzmir Barosu Yayın Kurulu

Panel:

Olağanüstü Yargılamanın Yeni Adresi:

Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri /

Terör Mahkemeleri

Olağanüstü Yargılamanın Yeni Adresi: Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri / Terör Mahkemeleri Paneli (7 Eylül 2012)

İzmir Baro Başkanı Av. Sema PEKDAŞ: Değerli meslektaşlarım, öncelikle hepinizi şahsım ve İzmir Barosu saygıyla selamlıyorum. Hoş geldiniz. Olağanüstü yargılamalarının yargı sisteminin bir parçası olarak sürekli uygulamadaki yerini koruduğunu biliriz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çerçevesinde AB uyum yasaları gereğince kapatılan DGM'lerin yerini 5190 sayılı yasayla kurulan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri, 5271 sayılı yeni Ceza Usul Yasası Yürürlüğe girerken kaldırılmıştır. Ancak olağanüstü yargılama usullerinin hiç boşluk bırakmaksızın devamı gerekmektedir ve bu yasayla CMK 250 ve devamı maddelerinde Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemeleri düzenlenmişti. Bu düzenlemeler yapılırken hukuk çevreleri gereği kadar tepki göstermediler. Başta Çağdaş Hukukçular Derneği gibi bir kısım hukuk çevrelerinin bu düzenlemeler yapılırken bu düzenlemelere yaptığı itirazlar ise çok dikkate alınmadı. Ne zaman ki bu mahkemelerin siyasi teklif aracı gibi içtihatı uygulamaları ile yüz yüze gelindi o zaman bu mahkemeler hukuk çevrelerinin ilgisini çekti.

Yönetim Kurulundaki arkadaşlarla İzmir Barosu'ndaki görevimize başlar başlamaz Özel Görevli Ağır Ceza Mahkemelerine karşı mücadeleyi gündemimize aldık. Hem kamuoyunda isimleriyle bilinen davaları takip ettik ve bu mahkemelerin uygulamalarını kamuoyuyla paylaştık, hem de hukuk devletinde yerleri bulunmayan Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerinin kapatılması için çeşitli etkinlikler yaptık. Türkiye Barolar Birliği ve Baroları İzmir'e davet ettik. 17 Nisan 2011 tarihinde Türkiye Barolar Birliği ve 57 baro tarafından imzalanan İzmir deklarasyonu ile bu mahkemelerin kapatılması gerektiği konusundaki görüşün kamuoyuna bildirilmesini sağladık. 5 Mayıs 2012 tarihinde ise baroların katılımıyla İzmir Mitingi'ni düzenledik.

Bu arada haziran ayında 3. yargı paketinin TBMM deki tartışmaları sırasında iktidar partisi üyesi bir grup milletvekili tarafından CMK 250/251 ve 252. maddelerinin kaldırılması ve Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesinde bir değişiklik yapılması suretiyle TMK kapsa-

mina giren dolayısıyla açılan davaların Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine HSYK tarafından yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ve ağır ceza mahkemelerinde görülmesine yönelik yasa teklifi verildi. Verilen bu teklif ne bir hükümet tasarısıydı ne de iktidar partisi milletvekillerinin çoğunluğu tarafından veriliyordu. Kısaca incelenmeyen irdelenmeyen ve tartışılmayan bir önergeyle söz konusu teklif torba yasaya ilave edildi. Mecliste gerekli tartışmalar yapılmaksızın hızla yasalaştı ve 2 gün içinde de cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak yayınlandı. Böylece 6352 sayılı yasa gereği bir tarafta Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemeleri bildik uygulamalarıyla devam edecek diğer taraftan yargı sistemimiz kamuoyunda Terör Mahkemeleri adı verilen Bölge Ağır Ceza Mahkemeleri'yle tanışacak.

6352 sayılı yasanın yasalaşma süreciyle yasa yapma tekniğiyle, içerdği düzenlemeleriyle demokratik ilkelere ve hukuka aykırılığı tartışılmazdır. Dolayısıyla bu gelişmelere ve hukuka aykırılıklara dikkat çekmek gerekecektir. Bu nedenle bugünkü panelimizi düzenledik. ve panelimize katılımcı olarak Türk Ceza Hukuku Derneği Başkanı Avukat Fikret İLKİZ, Çağdaş Hukukçular Derneği Başkanı Avukat Selçuk KOZAĞAÇLI, Yarsav ve Yargı-Sen kurucu başkanı Yargıç Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU ve yine Yarsav Genel Başkan Yardımcılığı yanı sıra Yargı-Sen İstanbul yöneticiliğini yürüten İstanbul yargıcı Nuh Hüseyin KÖSE katılıyorlar. Ve ben de onlara bu davetimizi kabul ettikleri için şimdiden teşekkür ediyorum. Paneli yönetmek üzere Başkan Yardımcımız Av. Ercan DEMİR ile birlikte kürsüye çağırıyorum onları.

Av. Ercan DEMİR: Değerli konuklarımız, meslektaşlarımız hepimize ben de hoş geldiniz diyorum. Başkanımız İzmir Barosunun Özel Görevli Mahkemelerle ilgili yürüttüğü politikayı, mücadeleyi özetledi bunun üstüne çok söz söylemek istemiyorum. Ancak 2 yıllık yönetim sürecinde başkanımızın söylediği gibi Özel Görevli Mahkemelerin kaldırılmasına ilişkin politikayı temel çalışma alanımız olarak belirledik. Özel Görevli Mahkemeler zaten kamuoyuna yansıyan isimleriyle bilinen davalarıyla Türkiye toplumunda yeterince teşhir olmuş durumdaydılar. Sonuç olarak bu mahkemelerin kaldırılmasına yönelik olarak diğer barolarla yürüttüğümüz mücadelenin sonucunda Özel Görevli Mahkemeler, bizim sayemizde demiyoruz ama kapatıldı. Şimdi kapatıldı ama Terörle Mücadele Kanununun 10. maddesine eklenen bir düzenlemeyle bu sefer adları değiştirerek Bölge Ağır Ceza Mahkemesi ya da

Terör Mahkemesi olarak yeniden gündeme geldi. Hal böyle olunca keşke kaldırılmasalardı diyoruz. Çünkü eski adıyla zaten yeterince teşhir olmuş durumdalardı ama şimdi yeni bir makyajla farklı bir isimle fakat aynı görev ve yetkilerle aynı yargılama usulleriyle tekrar olağanüstü yargılamanın bir merkezi olarak bu mahkemeler kuruldu. Ceza Muhakemesi Kanununun 250., 251 ve 252. maddelerinin düzenlemesiyle kurulmuş olan Özel Görevli Mahkemeler kurulduğu dönemde başkanımızın da söylediği gibi yeterince bir karşı duruşla karşılanmamıştı. Biz inanıyoruz ki bugün bu etkinliğimizin temel mantığı budur. Şimdi kurulmuş olan Terör Mahkemelerine karşı çok geç kalmadan ve en başından mutlak surette yüksek bir tepkinin ve mücadelenin örgütlenmesiyle bunun yürütülmesi gerektiğine inanıyoruz. Başta hukuk örgütleri ve barolar olmak üzere önümüzdeki dönemde terör mahkemelerine karşı yeni bir olağanüstü olay merciinin uygulamalarına karşı ortak bir mücadele yürütmek gerektiğine inanıyoruz. Ben sırasıyla sözü uzatmadan konuklarımıza vermek istiyorum. İlk sözü Türk Ceza Hukuku Derneği Başkanı Avukat Fikret İLKİZ'e veriyorum.

Av. Fikret İLKİZ: Herkese merhaba, İzmir'de olmaktan ve İzmir Barosu ile birlikte olmaktan çok mutlu olduğumu bir kere daha ifade etmek isterim. Özellikle bu salonda bazı toplantılarda bize ev sahipliği yaptıkları zaman yine aynı teşekkürleri İzmir Barosuna sunmuştum. Sevgili Ercan DEMİR'in de söylediği gibi Özel Yetkili Mahkemelerin, özel yetkili savcılıkların kaldırılması konusunda 2011'deki deklarasyon çok etkili olmadı ama etkili oldu bunu biraz böyle kabul etmek gerekir.

Şimdi arkadaşlar bu mahkemeler niçin kurulur? Bu bir sorudur. Bu soru 1976 yılında yani 36 yıl önce soruldu. Biraz da benden sonraki konuşma yapacak olan sevgili meslektaşlarım ve arkadaşlarım hukuki anlamda çok açıklıkla ve netlikle bir tartışma yaratacakları için başka bir şey yapmayı düşündüm. Çünkü adı Terör Mahkemeleri. Şimdi Terör Mahkemeleri olarak baktığınızda birkaç hatırlatmayla başlamak istiyorum. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin insan hakları ve terörle mücadele hakkında ilkeleri vardır. 11 Temmuz 2002 tarihli 804 sayılı Bakanlar yani Dışişleri Bakanlığı delegeleri toplantısında kabul edilmiş olan bir ilke. Bu ilkeleri tüm ülkeler anlamında da 2004 yılından beri uygulayın deniyor. Terör tanımı konusundaki terör tanımının net yapılamamasının verdiği kararlarda bazı tartışmaları bir kenara bırakarak söylüyorum. Özellikle terörle mücadelede devletlerin en önemli gö-

revlerinden birisi her kişinin yaşam hakkının mutlak surette korunması gerekli olduğunu bu ilkeler hatırlatıyor. Bunu hatırlatırken de örneğin diyor ki; devletlerin herkesi terörizmden koruma yükümlülüğü başlığı altına eğer herhangi bir şekilde terörle mücadele ediyorsanız devletlerin terörle mücadele amacıyla aldıkları tüm tedbirlerin hukuki bir dayanağı olmalıdır.

Örneğin ilkelerden birisi bu. Ya da bu ilkelerden birisine baktığınız zaman Türkiye'nin çok tartıştığı konuların arasında yer alan tutuklamayla ilgili olmak üzere ve terörle ilgiliyse eğer, şunu söylüyor. Terör eylemi sebebiyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kişi her koşulda insan onurunu gözetken bir muameleye tabi tutulmalıdır. Yani bizim Anayasamızda yer almayan ya da insanların yıllardan beri insan onuru konusunda tartışmalarının yapıldığı ve uluslararası sözleşmelerde yer alan insan onuru kavramının ne olduğunu belki de Terör Mahkemeleri nedeniyle tartışıyoruz. Çünkü benim yaşadığım ülkedeki insanların hukuk içerisindeki onurları paramparça edilmiş bir vaziyettedir. Bunu niçin söylediği en azından bu söylem içerisinde neden insan onurunun ayaklar altına alındığının belki benim anlayabilmem için geçmişe şöyle kısacık bakmam lazım:

Geçmişe kısacık baktığım zaman gittiğim en yakın tarih 2 Temmuz 2012. Ya da 6352 sayılı kanun dedikleri kanunun yani Ceza Muhakemesi Kanunu değiştiren yani Terörle Mücadele Kanununda değişiklik yapan ya da insanları beklentiye sevk eden bir başka değişle ceza evindeyken tahliye beklemeye başlayan bu kanunun kabulü nedeniyle tutuklama halinin ortadan kaldırılmasını bekleyen insanların onurlarının olduğu unutulmuş bir hukuki düzenden bahsediyoruz. Şimdi bu hukuki düzenden bahsetmeye başladığım andan itibaren aslında biz savunmanın yani biz avukatların unuttukları ve vazgeçtikleri ya da terör mahkemeleri adı altında bizim karşılaştığımız mahkemelerde vazgeçtiğimiz ve bugün unuttuğumuz bazı kavramları hatırlatmak istiyorum. Çünkü soru 36 yıl önce soruldu. 36 yıl önce sorulduğu zaman bu sorunun bir yanıtı vardı. Yanıt verildi. Ve bu yanıt verilirken aslında biz avukatlar olarak bir mücadelenin içinden geliyorduk, bir mücadeleyi başlatmıştık. Hatta ve hatta işçi sınıfı mücadelesi anlamındaki o dönemin en önemli sloganlarından birisi olan "DGM'yi ezdik sıra MESS'te!" sloganlarının bizim açımızdan ve işçi sınıfının, sendikaların yargılandığı davalar bakımından karşımıza delil olarak getirildi.

Biliyorsunuz 5 Temmuz 2012 tarihli resmi gazetede yayınlanmış olan 6352 sayılı kanunla insanlar hakkındaki tutuklama kararlarının sanki kaldırılacakmış gibi ya da sanki daha sonra verilecek olan tutuklama kararlarının gerekçeler temel insan hak ve özgürlüklerinin korunması yönünde olacakmış gibi beklenti ve o beklenti içerisindeki hukuk arayışı hiçbir zaman için adaleti yaratmadı.

Cumhurbaşkanına göre örneğin o tarihlerde İzmir ile ilgili olmak üzere devam eden ceza davasından bahsedildi. Bu ceza davası Özel Görevli Mahkemede devam ediyordu ve Cumhurbaşkanı şunu söylüyordu; yargıdaki uygulamalar büyük sorun. İzmir Belediyesi'ne örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ticareti, ekonomik çıkar amaçlı suç örgütü bir de terör suçu deyip Özel Yetkili Mahkemeye sokuyorlar. Sonuç olarak bir belediye başkanına incelenmeden, suçun vasfı belirtilmeden buraya sokuyorlar. Esasında bundan da bir şey çıkmayacaktır. Yani sözün devamında, hâlbuki cebir yok, şiddet yok ve 30 Haziran tarihli gazetelerde ve basında yer alıyor. Yani rahatsız olan kim? Cumhurbaşkanı rahatsız, kim toplum rahatsız. Siz şimdi kalkıp cumhurbaşkanına bu sözler nedeniyle yargıyı etkiliyorsunuz demenin bir gereği olduğunu düşünüyor musunuz? O tarihte kendisi de düşünmüyordu. Konuştu. Kendisi düşünmediği gibi 59. hükümetin başbakanı sıfatıyla direk 60. hükümetin başbakanı birbirinden farklı konuşuyorlar.

Bu şekilde Özel Yetkili Savcılık Ve Mahkemelerle ilgili olmak üzere başka rahatsız olan var mıydı? Vardı: Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 1. Daire Başkanı vardı. O da tıpkı cumhurbaşkanı gibi konuştu. Ve Sayın HSYK 1. Dairesi Başkanı, Özel Yetkili Mahkemeler kaldırılmalı, yetkileri sınırlandırılmalı dedi. Kaldırılma ve yetki sınırlandırılması konusunda Gazi Üniversitesindeki bir profesör ile birlikte görüşlerini açıkladığı zaman, Türkiye'deki Özel Yetkili Mahkemeler konusunda sıkıntı yarattığını ifade etti. Sayın Okur, Ceza Muhakemesi Kanunun 2004 yılında kabulüyle 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiği tarihten sonra geçenleri düşündüğümüz zaman, halkta artık Özel Yetkili Mahkemelere ve özellikle de İstanbul Özel Yetkili Mahkemelerine giden mutlaka tutuklanır düşüncesi doğdu dedi. Devamında bu rahatsızlığı bununla bitirmedi tutukluluğun uzun sürdüğü inancının da çok yaygın olduğunu söyledi.

Sonra da kurulmuş olan mahkemelere yargıç atamalarını yaparak bizim karışımıza bugünkü başlıkta olduğu gibi Terör Mahkemeleri de-

dikleri mahkemeler çıktı. Peki, ötekiler ne olacaktı? Sağımda oturan arkadaşım bütün mahkeme salonlarında anlatıyor. Tasfiye halinde bir mahkeme olmaz eğer bir kanunla tasfiyeye soktuğunuz eldeki davalar bitene kadar devam edecektir diyorsanız bu anayasaya aykırıdır diyor. Bunu biliyorlar bunu çok güzel biliyorlar. Sonra görevlerinin devam ettiği inancıyla hareket ediyorlar ama kanuna baktığınız zaman da kanunda yani 6352 de gerçekten tasfiye halinde olan Özel Görevli Mahkemelerle özel yetkili savcılıklar bakımından geçici madde ile geçici olarak korunuyorlar.

Bütün bu cümleleri yan yana getirdiğimiz zaman hem eskiyi hatırlamak açısından hem de olup bitenlere bir çare bulmak açısından hukukun dışına çıkmak gerekiyor. Hukukla pek çok şeyi izah edebilirsiniz ama hukukla adaleti, yoksa adaletle hukuku açıklarsanız, üzerinde biraz düşünmek lazım. Franz Kafka'nın davası çok ünlendi. 25 Temmuz 2011'de kaybettiğimiz Prof. Dr. Bakır Çağlar bize bir gün hukukun gündelik hayata yansımaları anlattı. Siz hukuk denilince normal yaşamınızda bunu nasıl hissediyorsunuz? Bize dedi ki ben size kısa bir Kafka öyküsü anlatayım. Ve o kısa Kafka öyküsünde de şu olsun öykünün adı çok kısa Hukuk Önünde. Kafka Hukuk Önünde başlıklı kısa öyküsünde şöyle söylüyor, hukuk sarayı olarak adlandırılan bir barınak varmış. Bizde şimdi adliye saraylarıdır. Dünyanın hiçbir yerinde yok. Eğer adliye ve saray diyorsanız adalet için yakışan yer Çırağan Sarayı'dır. Ama onun dışında mahkemelerdir. Ve bu barınağa bir gün bir adam gelir, barınağın önünde durur ve kapı açıktır. Ama girişinde bir gardiyan vardır içeri girilmesini yasaklamaktadır. Gardiyan içeri giremezsin der bekler. Adam bütün yalvarmalarına rağmen içeri giremez ve yalvarmaları sonuçsuz kalır. Yıllar geçer artık yaşlanır adam ölmek üzeredir görme duygusunu artık yitirmiştir. Günün birinde kapıda ölgün bir çift görür ya da görür gibi olur ve gardiyana sorar. Soru şu; eğer herkes hukuk peşinde ise nasıl olur da bunca yıl benim dışımda hiç kimse içeri girmeyi talep etmez? Gardiyanın cevabı; çünkü buraya senin dışında kimse giremezdi. Bu giriş kapısı senin için yapılmıştı. Şimdi sen öleceksin ben de kapıyı kapatıp gideceğim.

Hukuk devletinde gündelik hayatın estetiğinden çok kısa bir özeti Sayın Çağlar bize anlattıktan sonra ben her şeyin hukukla çözülmeyeceği konusundaki inancımda bir adım daha attım. Ve ben bir adım daha attığım zaman adaleti ararken belki hukukun adaletini değil ama edebi-

yatın adaletini hayata geçirmeyi acaba düstur olarak kabul edebilir miyiz sorusunu sordum. Bu soruyu sormaya başladığım andan itibaren de özel yargılama tedbirleri olsun ya da terörle mücadele olsun ya da terör mahkemeleri konusunda olsun 36 yıl öncesinden bizim karşımıza pek çok devlet mahkemesi örnekleri çıkmıştır. Örneklerden bir tanesi şuydu, bir gazeteci bir gün Özal'a yapılmış olan suikast nedeniyle suikastçının ifadesini elde etmişti. O ifade gazetede 1. sayfadan yayınlandı. Başlığı da işte suikastçının ifadesi başlığıyla idi. O tarihte geçerli olan bu tarihte kaldırılmış olan Basın Kanununun 36. maddesine muhalefetti. Yani siz soruşturma sırasında birisinin ifadesini elde ediyorsunuz ve gazetecilik olarak yayınlıyorsunuz. Bunu yayınladığınız andan itibaren gazetecilik görevini yerine getirmiş sayılırsınız. Ama o tarihteki Devlet Güvenlik Mahkemesinin savcısı hiç de öyle düşünmüyor. Derhal gözaltı kararını uyguladı. Gözaltı kararını uyguladıktan hemen sonra gazetede arama yapmaya kalktı. Gazetenin Ankara temsilcisi dedi ki, sana gazeteyi arattırmam. Peki ama biz arama yapmak zorundayız, sadece gazetecinin çekmecesine bakabilirsin dedi. Ve gazetecinin çekmecesinde ne bulunduysa o bizim karşımıza delil olarak geldi.

Ama biz Basın Kanununa muhalefet olarak algıladığımız konuyu meğerse bilmiyor muyuz. Eğer bir ifade yayınlanırsa bu ifadenin yayınlanmasıyla ilgili karşımıza çıkan konu casusluk suçuymuş. Bir başka deyişle devletin gizli bilgilerini elde etmekmiş. Bir ifadeyi elde ediyorsunuz. Bunu iddianamesine aynen yazdı. Siz dedi gazeteci olarak hareket etmiyorsunuz. Siz bu ifadeyi aldığınız andan itibaren suikastçı ile birlikte hareket eden bir gazetecisiniz. Yurt içinde ve dışında bulunan T.C. Devletinın düşman ve hasımlarının Türkiye'yi siyasi ekonomik açılardan zayıf düşürmek ve yıkmak gayreti içinde oldukları açıktır.

18 Haziran 1983 tarihinde başbakan Turgut Özal'a yapılan suikast olayıyla T.C. Devletinın hasımları tarafından icra edildiği bir gerçektir. Çünkü başbakan Turgut Özal'ın öldürülmesi halinde Anavatan Partisi'nde kendisinin yerini tutacak ve partiye liderlik edecek biri bulunmamaktadır. Bunun sonucu Anavatan Partisi içinde bulunan fraksiyonlar muhafazakârlar, liberaller ve milliyetçiler parçalanıp bölünüp hükümetin iktidardan düşmesini sağlayacak ve iktidar partisinin parçalanması halinde yeniden hükümet kurabilecek bir çoğunluğun bulunmaması karşısında T.C. devleti uzun süre hükümeteşiz kalacak ve bununla birlikte ağırlaşmakta olan ekonomik sorunla T.C. devletini bir

rejim bunalımına sürükleyecektir. Dolayısıyla başbakan Turgut Özal'a suikast girişiminde bulunan kişi ve ardındakiler bütün bunları hesaplayıp yola çıktıkları aşikârdır diyor.

Derdimiz şuydu; o tarihte Devlet Güvenlik Mahkemesi olarak "siz görevsizsiniz" dedik. Zor bela Devlet Güvenlik Mahkemesi görevsizlik kararı verdi. Koşa koşa İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesine geldik. "Siz buna bakamazsınız buna baksa baksa Asliye Ceza Mahkemesi bakar, bu olsa olsa Basın Kanununa muhalefettir" dedik. 2 Asliye Cezanın karşısına çıktık. "Müvekkilimin Basın Kanununa muhalefetten mahkûm edilmesini istiyorum" dedim. Hakim, "Niye öyle söylüyorsunuz? Avukatsınız. Böyle savunma mı olur" dedi. "Devlet güvenliğinden kurtulmak için yapabilecek bir savunmamız yok efendim" dedim. Bu o tarihteki bir savcının devlet güvenlik uygulaması ile ilgili uygulamasıdır.

Bu gazeteci gözaltına alındığı zaman Türkiye'deki gazetecilerin tümü bir araya geldi. Bir deklarasyon yayınladılar altını imzaladılar. Kendini devlet sanan bu savcılardan Türkiye kurtulmadıkça hukuk güvenliği sağlanamaz dediler. Ve doğrudan doğruya Devlet Güvenlik Mahkemesi savcılarını hedef alarak deklarasyon yayınladılar.

Vazgeçtiğimiz unuttuğumuz kavramlardan birisi bugün gazeteciler birbirleri hakkında yazılmış olan iddianamelerin üzerine kendileri haber diye iddianame yazarak meslektaşlarının mahkûm olmasını istiyorlar. Ve duruşmalarda ve davalarda dava dosyasında bulunmamasına rağmen haricen yazılmış olan gazete yazıları nedeniyle gazeteciler sorgulanarak o haberi siz mi yazdınız deniyor. Ya da gazeteciler yaşamlarıyla yazdıklarıyla, arkadaşlıklarıyla sorgulanıyorlar. Bir başka deyişle sizin hayatlarınız benim hayatım sorgulanıyor.

Bir gün İstanbul Barosu Başkanı Turgut KAZAN, 2 avukat arkadaşımız o davada sanık olduklarından dolayı ziyaretlerine gidiyor. Ziyaretlerine gittikleri sırada İstanbul Barosu Başkanı sıfatı ile hemen cezaevi önünde bir açıklama yapıyor. Yapmış olduğu açıklamada şunu söylüyor. İşkenceyi gördüm diyor. İşkenceyi gördüm deyince baro başkanı hakkında yasalar üstü savcı o tarihte soruşturma açıyor. Yetmiyor sonra o davanın sanıklarının iddianamesine İstanbul Barosu Başkanının bu sözlerini aynen alarak bu yaptığınız ayıptır diyerek yazarak ve bunu yazdıktan sonra eğer herhangi bir şekilde talepleriniz reddedildiyse hu-

kuken itiraz yolunuz vardır diyorlar. Ve arkasından da şu cümlelerle, koskoca İstanbul Barosu Başkanı elbette yasadışı Devrimci Sol örgütü üyesi değildir. Ancak yasadışı örgütlerle mücadelede görev alan kişileri teşhir etmek, hedef göstermek ve devlet kurumları aleyhinde kamuoyu oluşturmakla Devrimci Sol'a yardımcı olmuştur diye iddianamesine yazıyor. Hürriyet gazetesi bir haber yapmış aynı iddianamede yer alıyor. Bu iddianamede yazılı olana baktığınız zaman Devlet Güvenlik Mahkemesi savcısının yazdığı Milliyet gazetesinin bir haberi ile 1991 tarihli nüshada yayınlanan haberde yine aynı şekilde Milliyet gazetesinin durumunu değerlendirdiği zaman Devrimci Sol amaçlarına hizmet etmiş olmaktadır diyor. Uzatmayayım bunun gibi pek çok örnekte var.

36 yıl önce İstanbul Barosu delegeleri adına 8-9-10 Ocak 1976 tarihinde karar taslağını, şimdi vazgeçtiğimiz bir şeyi ya da unuttuğumuz mücadele yöntemleri hakkında bir örnek olsun diye veriyorum. Ama bu örnek kendi içerisinde bugünkü konuştuğumuz Terör Mahkemeleri konusundaki en önemli örneklerden birisidir. İstanbul Barosu delegasyonu tarafından hazırlanmış olan karar tasarısını Av. Orhan Apaydın sunuyor. Ve şu konuşmayı yapıyor:

“Bildiri ve demeç ötesinde diğer anayasal hakların da kullanılması ve bu konuda diğer demokratik kuruluşlarla direnme niteliğinde bir işbirliği yapılması zorunludur. Arkadaşlar, yargı gereği tabii hâkim ilkesi, mahkemelerin kanunla kurulması ve hâkimlerin bağımsızlığı. Bunlar çağdaş hukukun yalnız ülkemizde değil bütün dünyada hâkim ilkeleridir. Anayasamızda ifadesini bulmuştur. Buna rağmen Türkiye’de yargı gereği parça parça edilmiştir.

12 Mart döneminden sonra Sıkıyönetim Mahkemeleri, Askeri Mahkemeler Adliye Mahkemeleri aynı kurumlarda vazife görmek zorunda bırakılmışlardır. Bugün aynı nitelikte bir suç anayasaya eklenen geçici bir madde Askeri Mahkemelerde adı Sıkıyönetim Mahkemesi sıkıyönetim bittiği halde dünyada emsaline ben rastlamadım belki arkadaşlar örneklerini verirler sıkıyönetim rejimine ait bir kuruluş sıkıyönetim yok mahkemesi var. Orada görülüyor, orada davalar devam ediyor. Onun yanında bir de devamlı Sıkıyönetim Mahkemesi nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemeleri kurulmuştur bu memlekette. Anayasaya eklenen bir madde ile de anayasanın hâkimlerin bağımsızlığı ilkesinin yanında ve özellikle mahkemeler kanunla kurulur ilkesini koyan maddenin altında Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulması düzenlenmiş ve eklenmiş-

tir. Bu mahkemelerin anayasaya ve hukuk ilkelerine aykırılığı açıktır. Kaldı ki o tarihte Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. İptal edilmiş olmasına rağmen kuruluş kanunu yeni bir kuruluş kanunu getireceğinden bahsetmektedir.

Şimdi arkadaşlar bu yeni mahkemeler esasında olağanüstü nitelikteki mahkemelerdir ve bunlar niçin kurulur? Bir takım inanç sahiplerinin normal usul hükümlerinden yararlanmaları önlenmek istenir. Onlar hakkında istisnai hükümlerin uygulanması istenir; bu tasarlanır. Olağanüstü mahkemeler bunun için kurulur. Düşününüz orada avukat olarak görev yapıyorsunuz. Bu mahkemelerde aleniyet ortadan kaldırılmıştır. Ancak belirli kimseleri sanık yakını olacak onun sayısı da mahduttur. Bütün bunların karşısında avukat olarak bulunmakla sadece hukuka aykırılığın insan haklarının çiğnenmesinin sorumluluğunu paylaşmak durumundadır arkadaşlar. Sanıkların avukatı vardır müdafaa hakkı yerine getirilmiştir ve bu tarihi sorumluluğun içinde yer alıyoruz hem de seyirci olarak kalıyoruz. Herhangi bir talebiniz var mı? Buyurun söyleyin diyorlar fakat en uygun usul hükümlerine uygun kanuna uygun müdafaaya tahayyül eden taleplerimizin hiç birisi kabul edilmiyor.

*Bu durum karşısında birkaç örnek zaten siz yaşamışsınızdır ama söyleyeyim 16-17 yaşındaki çocuklar bu mahkemelerde yargılanıyor. Tutuklu olarak yargılanıyor. Ve bütün yaşamları söndürülüyor. Bu durum karşısında muhterem arkadaşlar şunu söyleyeyim, **avukatlar bu mahkemelerde görev almamalıdırlar. Avukatlık şerefının korunması avukatlık onurunun korunması bakımından olduğu kadar insan haklarının korunması yönünden bu açıdan da avukatların devlet Güvenlik Mahkemelerinde Türkiye’deki bütün avukatların görev almamalarını duruşmalara girmemeleri yönünde genel kurul kararı verilmesini öneriyorum**” demiştir İstanbul Barosu delegelerinden o tarihte Orhan Apaydın.*

İstanbul Barosu delegelerinin hazırladığı karar tasarısıdır. Uzun yıllardan beri barolar karar almaktan, genel kurul kararı almaktan vazgeçtiler. Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu 1976 yılında bu konuyla ilgili olmak üzere 2 tane karar aldı: “DGM’lerin tabii hakim, yargı organının bağımsızlığı ilkelerine olağanüstü mahkemelerin ve yargı merciinin kurulamaması içindeki anayasal yasaya aykırı olarak kabul edilen genel kurul kuruluş kanunu iptal edilmekle birlikte mahkeme niteliğini kaybeden kuruluşların adalet yaşamından çıkarılması zorun-

luluğuna inanmaktadır. DGM çalışmalarına son verilmesi için bildiri yayınlanması ve demeçler verilmesini yetersiz bulan genel kurulumuz yeni bir yasa çıkararak bu kuruluşların yasallaştırılması önermesi amacıyla gerekli etkin tedbirlerin alınmasını çalışmalar yapılması için yönetim kurulunu görevlendirmiştir” demiştir.

Yıl 1976’dır. Genel kurul bütün tutuklu ve hükümlülerin özellikle siyasi tutuklu ve hükümlülerin yaşama haklarını hiçe sayan infaz anlayışını şiddetle kınamakta ve yönetim kuruluna da bu uygulamalara son verilmesi için çağrıda bulunmaktadır. İnsan onurundan bahsetmiştik. Biz savunma olarak genel kurullarda karar almaktan vazgeçtik. Biz genel kurullarda Türkiye’de yaşayan bütün insanların kaderi için karar almak zorundayız. Demeç vermek yetmez. Bildiri yayınlamak yetmez. Eylemli olarak başkaldırmalıyız. Bu sözler bana ait değil daha doğrusu şimdi söyleyeceğim sözler bana ait değil. **“Biz eskiden muhteşemdik. Çünkü başkaldırmayı biliyorduk”.** Hepinize saygılar sunarım.

Av. Ercan DEMİR: Teşekkür ederiz Fikret abiye. Sözü Yargı-Sen kurucu başkanı yargıç Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU’na bırakıyorum.

Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU: Teşekkür ediyorum başkanım. Bütün katılımcıları en içten dileklerle saygılarımla selamlıyorum. Hukuk hayatımıza başka bir isimle katılan Terör Mahkemeleri konusunda kamuoyu duyarlılığı yaratmak ve bu mahkemelere daha faaliyete geçer geçmez hayır demek anlamında böyle bir etkinliği düzenleyen İzmir Barosuna ve bütün katılımcılara da teşekkürlerimi sunuyorum. Bugün Terör Mahkemeleri adıyla tekrar hukuk yaşantısına sokulan bu mahkemelerin dününe bakmak gerekiyor. Sayın İlkiz, bu konudaki fotoğrafı çok güzel bir şekilde ortaya koydu ama o konuşmada şu da ortaya çıktı. O tarihteki mücadele gücümüzü kaybetmişiz. O tarihteki mücadele gücünü kaybedince bugün bu sorunları yaşamak da, bu boyutlarda karşımıza çıkması da doğal olarak kaçınılmaz hale geliyor. Aynı anlayışla sadece söylemle değil söylediklerimizin somut adımlarını da atmak gerekiyor. Ve bugün eksik olan tarafımız bu, bugün yapmamız gereken taraf da kesin olarak bu.

Türkiye terörle yeni mi karşı karşıya kaldı? Türkiye’de terörle mücadele gündemine yeni mi girdi, Türkiye terörle yeni mi tanıştı? Terörle mücadelede asıl olan yargı, mahkeme eliyle mücadele midir? Terörü yaratan ortam ve o kaynağı ortadan kaldırmak mıdır? Bütün bunların

yanıtlanması, üzerine gidilmesi ayrı bir panel konusudur. Ama şuna bakmak gerekiyor. Türkiye'nin terörle mücadele hikâyesinde sürecinde Türkiye hukuk devleti kimliğini 1961 Anayasasıyla anayasal güvenceye taşıdığı anda aynı konular aynı sorunlar vardı. Ama özgürlükler bol denmiyor. Benzer sorunlar yargıda yerel mahkemelerde yargılama konusu ediliyor. Bu yargılamalar sonrasında Türkiye'de bu konularla ilgili sorunlar çözülüyor. Ama ne zaman Türkiye'de özgürlükler bol geliyor veya özgürlüklere hukuka başka bir açıdan bakıldığında, yeni bir dönem başlatılıyor. Her nedense terörle mücadeleyi başka bir boyut ve kimlikle görme anlayışı ile 12 Mart sonrasında Türkiye DGM'lerle tanıştırılıyor. O güne kadar da Türkiye'de benzer sorunlar var. Ama bu sorunlara hukuk açısından bakılıyor. Hukukun üstünlüğü, insan hakları açısından bakılıyor, adalet anlayışı ile bakılıyor ve bu çerçeveden değerlendirildiği için tek adres ve tek çözüm mercii yerel mahkemeler olarak görülüyor. Başka bir adres görülüyor.

Neden 12 Mart bu süreci farklılaştırıyor. Çünkü Türkiye'de hukuk devleti olarak bir kırılmanın yaşandığı farklı bir sürece giriliyor. Bu süreçte birlikte bir Devlet Güvenlik Mahkemesi yargıcının yazdığı bir kitaptır. Fransa'dan esinlenerek alınan DGM'ler ki ta Fransa'da kurulduğu tarihte bütün Fransız akademisyenleri **hukuki sapıklık** olarak nitelendirdiği mahkemeler. 12 Mart'ta Türkiye'de söz konusu olan DGM'ler o dönemde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal ediliyor. Böyle bir sorun yaşanmaması için bu sefer aynı mahkemeler 12 Eylül'de anayasaya konularak 1984'te faaliyete geçirilen yasayla DGM'ler faaliyete giriyor. Yaşanan süreçte 2004 yılında DGM'lerle ilgili Anayasamızdaki düzenleme kaldırılıyor. Ve DGM yasası da kaldırılıyor.

Buradaki asıl **Anayasa koyucunun iradesi DGM'lerin anayasada düzenlenmesine gerek olmadığı değil bu gibi mahkemelerin söz konusu olamayacağına yönelik**. Ancak bu iradeye rağmen 2004 yılında siyasi irade sadece ismi olmayan 5190 sayılı yasaya baktığımızda kapatılan DGM'lere ilişkin yasaya bakıyoruz 5190 sayılı yasada kurulan mahkemelere isim verilmemiş. 2004 yılında aynı mahkemeler aynı görevle aynı içerikle tekrar yürürlüğe konuluyor. Ama sorulunca DGM'leri kaldırdık deniliyor. Oysa değişen bir şey var. DGM'lere atanan yargıçlar hep gelen gideni aratır usulü bir ölçüde güvencede olsunlar etki altında kalmasınlar diye 4 yıl için görevde kalma koşuluyla atanıyorlardı. 4 yıl onları kimse görevden alamıyorlardı. O süre bu

mahkemelerde 3 yıla indirilmiş. Ertesi yıl Ceza Muhakemeleri Yasası çıktığında bu sefer bu yasa da yürürlükten kaldırılıyor. Ceza Muhakemeleri Yasası 250-252. maddeler arasında Özel Görevli Mahkemeler adıyla bilinen mahkemelerin kurulduğunu görüyoruz. Bu mahkemeler 2012 yılında kaldırıldı. 2012 yılında da adına 3. yargı reform paketi denilen yasayla Terör Mahkemeleri kuruldu.

Şimdi bu 4 yasaya baktığımız zaman DGM, 5190, Özel Görevli Mahkeme ve Terör Mahkemeleri.. Şöyle bir boyutla karşılaşıyoruz. Şimdi DGM’ler gerçekten Bölge Mahkemeleri, yasada tek tek iller sayılıyor. 5190 sayılı yasada birden çok ili kapsayacak diyor. Ceza Muhakemesi Yasasında da birden çok ili kapsayacak diyor. Yeni çıkan Terör Mahkemelerine baktığımız zaman birden çok ili kapsayabilecek diyor. Yani artık Bölge Mahkemesi kimliğinde bile olmayabilecek. Siyasi irade her ilde bile kurabilme yolunda bir adım daha atıyor.

2. boyut şimdi Türkiye’nin yaşadığı süreçte şunu çok net olarak gördük, bu mahkemeler tabela olarak mahkeme boyutuna geldi. Özellikle Özel Görevli Mahkemelerin yaşadığı süreç bunu gösteriyor. Yasada Adalet Bakanlığı teklifi üzerine Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilecek diyor ise, HSYK Adalet Bakanlığının tekliflerini karşılamak zorunda ve onun emri altında olan bir HSYK mıdır? HSYK ben bunları mahkeme niteliğinde görmüyorum bu görevlendirmeleri yapmıyorum diyemiyorsa o HSYK neden vardır? Anayasada diyor ki HSYK mahkemelerin bağımsızlığı esaslarına göre çalışır. Mahkemelerin bağımsızlığı esaslarına göre çalışan bir HSYK Adalet Bakanlığının bu teklifleriyle kendisini neden bağlı hissediyor?

Türkiye’nin yaşadığı tecrübeler bunları sadece tabela niteliğindeki mahkeme olduğunu gösterdi. Çünkü Türkiye’de terör sorunu her geçen gün artarak tırmanıyor. Eğer terörle bu yöntem doğru bir mücadele yöntemi olsaydı DGM’lerle yürütülen kaç yıllık o faaliyetten sonra neden terör sorunu çözülmedi? Demek ki **özel bir düzenleme ile insan hakları bertaraf edilerek veya görmezden gelinerek yapılan düzenlemeler ile terörle mücadele etmek söz konusu değildir. Öncelikle terörist olarak da nitelendirseniz ne olarak görürseniz insan olarak görüp insan hakları çerçevesinde konuya yaklaşmak gerekiyor. Yargılamaları bu çerçevede yürütmek gerekiyor. Mahkemeleri olağanüstü kimliğe sokmamak bu yapıya kavuşturmamak gerekiyor.**

Bunun için de HSYK'nın bu adımı atması gerekiyor. Baktığımız zaman terörle mücadele ile ilgili olarak yeni Terör Yasasında şunları görüyoruz. Evet, CMK 250-252 kaldırıldı. Tarihin bir tarafına konuldu. Eskiden şöyle yapılmıştı, CMK 250-252 de 3 grup suç sayılmıştı. Üç grup suç için Özel Görevli Mahkemeleri kurdum denmişti. 1 yıl sonra da Terör Yasasındaki şu suçlara da o mahkemeler bakacak denmişti. Şimdi kulak tersinden tutuluyor, Terör Mahkemelerindeki suçlar için Terör Mahkemelerini kuruyorum. Kaldırdığım Özel Görevli Mahkemelerin baktığı o suçları da getirip Terörle Mücadele Yasasının içerisine sokuyorum. Onlara da bu mahkemeler bakacak diyorum. Görev konusunda değişen tek bir cümle var mı? Yok. Bakıyorsunuz yargılama usulleri konusunda Ceza Mahkemesi Kanunu 250'de sayılan o üç grup suç hangi usul hükümlere tabi ise burada da onlar birebir korunuyor. Değişen hiçbir şey yok.

Terörle Mücadele Yasasının 3,4. maddesinde sayılan o suçlar hangi ayrıntı hükümlere tabi ise burada da onlar birebir korunuyor. Değişen hiçbir şey yok. Değişen 3 konu var. Eskiden Terörle Mücadele Yasası kapsamına giren konularda 15-18 yaş arası çocuklar Terör Mahkemelerinde yargılanıyor idi. Şimdi çocuklar boyutu bu kapsamdan çıkartıldı. Burada içten bir irade olsa ne yapması gerekir? Tamam, bu kapsamdan çıktı bunu olumlamak lazım. Ama bunun içten olmadığı şu örneklerle çok net ortada. İkinci boyutta getirilen düzenlemede daha önceki yasa da hem Terörle Mücadele Yasasında hem de Özel Görevli Mahkemelerle ilgili CMK 250'de Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ı, yargılanacak sıfattaki kişiler bu mahkemelerin kapsamının dışında idi. Şimdi öyle bir ayak oyunu yapmışlar ki defalarca oturup tek tek karşılaştırıp o şifreleri ancak çözüyorsunuz. Özel Görevli Mahkemelerin eskiden CMK 250'de görevine giren konularda Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'da yargılanacak olan sıfattaki kişilerin bu mahkemeler yine yargılayamayacak. Ama Terörle Mücadele Kanunu 3 ve 4. madde anlamında Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın yargılayacağı sıfattaki kişiler anayasa-ya aykırı da olsa cumhurbaşkanı, başbakan, yüksek yargıçlar, bakanlar, valiler her kimse müsteşarlar Terör Mahkemelerinde sanık konumuna girebilecek.

Bu, Sıkıyönetim Mahkemelerinin boyutunu aşan Türkiye'nin bu güne kadar yaşamadığı bambaşka bir şey. Buradaki mücadele terörle mücadele değil. Burada yargıyı bir dipçik gibi kullanmaktan başka bir

şey değil. Yargı yoluyla bir terör yaratmak bunun başka bir anlamı yok. O halde yargı varlık koşullarını hatırlamalı. Sayın İlkiz'in dediği gibi başkaldırmamız gerekiyorsa başkaldıracağız. Ne yapmamız gerekiyorsa o adımları atacağız. Ama bu sürece teslim olmayacağız. Hukuk dışı yasaları illa uygulamamız gerekmiyor. Biz hukukun üstünlüğü için varız. Hukukun üstünlüğü ne diyorsa ki adalettir onun ötesi değildir. Adaletin nedeni ne ise yargı varlık nedenini hatırlayarak varlık nedenine uygun hareket etmek zorundadır.

Bir de 3. fark olarak söylemiştim. Yeni yasada özgürlükler yargıcı, yasaya bakıyorsunuz böyle bir terim yok. Daha önce Özel Görevli Mahkemelerde, Özel Görevli Mahkeme heyeti yoksa yargıçtan alınan karar şimdi kamuoyuna özellikle belli basına bu isim taktırdı. Basın o ismi taktıktan sonra HSYK atama kararnamesi şöyle çıktı. Kamuoyunca özgürlük hâkimi olarak adlandırılan kadrolara ben şu kişileri atıyorum. Yasada böyle bir adlandırma yok. Bu adlandırmayı kim neden yaptı? Neden özgürlük yargıcı adlandırmasıyla sunuluyor? Bunlar DGM'lerdeki yedek yargıçlar, ama DGM'de bile bunlar 4 yıl için atanıyordu. DGM'de bile bunların güvencesi vardı. Ve kamuoyunda özgürlük yargıcı dediğiniz kişiler bunlar niçin kuruldu? Bunların hepsi atandığı gün uzman oluyor. Hangi eğitimden geçmişler? Ne gibi uzmanlıkları var? Hiç böyle bir şey söz konusu değil.

Olayın bir başka boyutu terör mahkemelerini de mumla arayacağız. Neden? Şimdi Birleşmiş Milletler terörün finansmanı sözleşmesini onaylanması uygun bulunduğu için 2002 de terörle mücadelede mal varlığının korunması komisyonu kuruluyor. 2011 de meclise sunulan tasarıyla. Herhangi bir suç oluşturmaya da, hiçbir adli boyut olmadan Birleşmiş Milletlerin terör finansmanı sözleşmesindeki kavramların içeriği tanımlanmadığı için o sözleşmenin söylediği şeyler yapılmadığı için tamamen iktidara bağlı, 7 tane bürokrattan oluşturulan, iktidara karşı hiçbir güvencesi olmayan ve yargı yetkisi tanınan bu kurumlar her türlü muhalif aklınıza ne gelirse herkesin mal varlığı dondurulabilecek. Birleşmiş Milletlerin söylediği bu değil. Daha yargısal süreç başlamadan bütün özgürlükleriniz elinizden alınır. Başladığı anda da zaten ortada özgürlük diye bir şey kalmıyor.

Ceza yargılaması ceza muhakemesinin anlamı özgürlükleri yok etmek değil özgürlükler hukukudur. Ama Türkiye'de ceza yargılaması özgürlüklerin yok edildiği bir alan haline gelmiştir. Bunu bu alan haline

getirmemek için bu konuda üzerimize düşen mücadeleyi bedeli ne olursa olsun yapacağız. Hepinize içten saygılarımı sunuyorum.

Av. Ercan DEMİR: Şimdi ben 6352 sayılı yasanın yürürlüğe girme aşaması bu yasadaki bir takım düzenlemelerle birkaç şeyden söz etmek istiyorum. Şimdi başbakan bu yasaların kaldırılmasında iradelerinin bulunduğunu açıkladıktan sonra beklenti yarattı. Ne şekilde düzenleme yapılacağını ne şekilde kaldırılacağını hiç kimse bilmiyordu. Dolayısıyla toplumdaki beklenti Özel Görevli Mahkemelerin kaldırılacağı ve dolayısıyla özel görevli mahkemelerde yapılan yargılamalarla ilgili pozitif bir düzenleme yapılarak bu mahkemelerde yargılananlar bakımından olumlu bir sonuç çıkacağı yönünde bir beklentiydi. Şimdi bu 3. yargı paketi TBMM’de görüşülmeye başlandığında 3. yargı paketi olarak tanımlanan bu düzenlemeden kabul edilen bölümünde Özel Görevli Mahkemelerin kaldırılmasına ilişkin düzenleme yoktu. Bu yasa görüşülürken bazı milletvekillerin teklifiyle o yasaya bazı eklemeler yapılarak CMK 250, 251 ve 252’nin kaldırılacağı öğrenildi. Tasarının teklifin görüşüleceği gün TBMM’deki ana muhalefet partisi üyesi olabilir veya iktidar partisi üyesi olabilir milletvekillerini örneğin ben telefonla aradım. Şundan dolayı aradım o gün görülmekte olan bir davamız vardı. 1-2 gün içerisinde görülecek olan bir duruşmamız vardı. İzmir Büyükşehir davası ve acaba ne olacak diyoruz yani. 5 Temmuz’da duruşma var ve neyle karşılaşacağımızı öğrenmeye çalışıyoruz. Parlamentoda bu yasayı tartışacak değerlendirecek olan iktidar partisi dâhil olmak üzere milletvekillerinin hiçbirisinin neyin teklif edileceğinden haberi yok. O dönemi siz de izlemiştinizdir. Örneğin Adalet Bakanının bu bölümle ilgili düzenlemeyi bizzat kendisinin çıktı aldığını, herhangi birinin bu çıktıyı elde etmesine izin vermediğini ve görevlinin başında durduğunu öğrendik. Ve milletvekillerinin bu düzenlemeyi mecliste okunurken ancak öğrenebildiklerini gördük. Mecliste kabul edildiği gün biz bu yasaya metne ulaşamadık mecliste geçen metnin ne olduğunu bilmiyorduk. Acele çıkarılmış bir yasa olarak önümüze geldi.

Burada çok ilginç bir durum yaşadık, tabi çok aceleyle çıkarılmış bir yasa olduğu için diyor ki yasada Terör Mahkemelerinde yeni görevlendirilecek savcılar görevlendirilinceye kadar mevcut özel savcılar görevlerine devam ederler diyor. Fakat hakimler için bir düzenleme getirilmemiş. Dolayısıyla mesela İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesine nöbetçi üye görevine devam ediyor. Kanun o düzenlemeyi getirdiği için göre-

ve devam eden savcı tutuklama talebiyle bir grup sanığı 10 Ağır Ceza Mahkemesi hâkimine sevk etti. Hangi gün? Yasanın yürürlüğe girdiği 5 Temmuz'un gece yarısı. Öyle bir yasa çıkarmışlar ki hangi hâkimin buna karar vereceğini buraya koymamışlar. Ve örneğin 2-3 gün boşluk doğdu bu tedbirlerle ilgili bakacak hâkim bulunamadı. HSYK'yı aradılar. HSYK alelacele mevcutlara yetki verdi. Bu şekilde birileri görevlendirilinceye kadar bir geçiş dönemi yaşadılar. Dolayısıyla çıkarılan yasanın çıkarılış biçiminin mantığı böylesine ağır bir gözden kaçma ve eksiklikle gündeme gelmekte.

Yasanın ayrıntılarıyla ilgili de birkaç nokta var. Arkadaşlarımız deşindiler ama şöyle enteresan bir durum var, diyor ki mevcut davalara bakmakta olan Özel Görevli Mahkemeler bu davaya bakmaya devam ederler. Görevsizlik kararı veremezler diyor. O zaman şöyle bir durumla karşı karşıya kalıyoruz. Örneğin Özel Görevli 8. Ağır Ceza Mahkemesinin elinde 20 tane dava dosyası var. Şimdi bu 20 dava dosyasına bakmaya devam edecek. Bunlar bitince o görevi de bitecek. Bu davaların bir kısmını bir kısmı bitmedi yıllarca sürdü şimdi bu mahkemeler özel yetkili mi, genel mahkeme mi? Nereye kadar özel görevli? Nereye kadar genel mahkeme? Bu düzenleme kendi başına abuk bir durum. Bunun anayasa ayakları olduğu kuşkusuz ama ikinci bir nokta daha var. Diyor ki bu kanunda sayılan bazı suç tipleri bakımından göreviyle ilgili olarak işlenmişse bu suçlar için izin alınmaz diyor. İstisna olarak ne koymuş Mit Kanunu vs koymuş. İşte son düzenleme ile bunu yaptılar. Şimdi o suç tipleri bakımından izin prosedürü göreviyle ilgili gerçekleşirse izin prosedürü uygulanmaz diyor. Peki o suç tipi dışında kalan suç tipleri yani TCK 220 artı 235 bakımından yani çıkar amaçlı suç örgütü kurmak ve ihaleye fesat karıştırmak bakımından değerlendirdiğimizde. Çıkar amaçlı suç örgütü oluşturmak 220 ve ihaleye fesat karıştırmak eylemlerini gerçekleştiren diyelim ki bu yasanın yürürlüğe girmesinden sonra diyelim ki Kayseri Belediyesine bir soruşturma açılacaksa İç İşleri Bakanlığından izin alınması gerekiyor. Fakat mevcut devam edenler bakımından İç İşleri Bakanlığından izin almaya gerek yoktur diyor. Yani demek istiyor ki sürmekte olan soruşturma ve dava süreci ile ilgili bir grup yönünden izin prosedürü aranmaz fakat başka bir grup yönünden izin prosedürü aranır diyor. Şimdi 250-251 ve 252 deki tüm düzenlemeler aynı şekliyle buraya aktarılıyor. Fark eden pratikte gördüğümüz sadece şu var, fark eden görevlendirilen hâkim ve savcılar. Yani hangi hâkim ve savcıların bakacağıyla ilgili bir fark söz konusu. Şimdi bu

bölümden sonra sözü kapatılan YargıSen'in İstanbul temsilcisi hâkim Nuh Hüseyin KÖSE'ye veriyorum.

Nuh Hüseyin KÖSE: Merhabalar öncelikle. Konunun teknik kısımlarını Ömer Faruk Bey de Fikret İlkiz Bey de ayrıntılı şekilde açıkladılar. Ben çok teknik çalışma yapmadım. Bu konu aslında tarihsel süreci de ele alındığında aslı kurucu iktidar, hukuk, yargı ilişkisi üzerinde ele alınması gerektiğini düşünüyorum. Zira binyıllardır devletlerin başındaki kurucu kişiler yanlarında hep bir kırbaç gibi önceleri bir fetva makamı, sonra yine bir fetva makamına benzer mahkemeleri oldurdular.

Örneğin Mezopotamya'da yaşayan Hammurabi koyduğu kanunların güneş tanrısı şamaş tarafından kendisine verildiğini söyleyerek iktidar kurmuştur. Dolayısıyla hırsızlık yapanı öldürdüğünde Hammurabi suçlusu kendisi değil tanrıydı. Yine 'kızıl başların katli vaciptir' diye 400 yıl önce padişah adına hüküm veren ve yüzbinlerce Anadolu insanının ölümüne sebep olan da bu yetkiyi gökten alıyordu. İspanyol Engizisyonu da yüzbinlerce Yahudi ve Müslümanı sürgüne gönderip öldürürken Papanın atadığı mahkeme yargıçları bu yetkilerinin yine gökten aldıklarını iddia ediyorlardı ama Kastilya kraliçesi I. Elizabeth'in aslında yargıçlarıydılar. Fransız Devriminden sonra yaklaşık 16000 insanın ölümüne karar veren halk meclisleriyle birlikte artık öldürme kararlarını alanlar değişiyordu artık gökten değil halk meclislerinden alıyorlardı. İlerleyen zamanlarda dünyanın değişik yerlerinde mahkemelerin hepsinin ortak özelliği iktidarların kırbağı olmalarıydı.

Ülkemizdeki süreç anlatıldı. 1980 den itibaren Devlet Güvenlik Mahkemeleri ismiyle bu mahkemeler tam anlamıyla kuruldu. İşte sonraki süreçte isim değiştirdiler şimdi ise çatal durumdalar özel yetkili olarak kalanları var bir de işte adına Terörle Mücadele Mahkemeleri denilen yeni mahkemeler kuruldu. Korkan yargıçtan yargıç olur mu? Onun vereceği karar ne kadar adil olur? Bu mahkemelerdeki görevli arkadaşlarımızın da genel konjonktürden etkilendiklerini ve kararlarını özgürce vermediklerini düşünüyorum.

Mahkemelerin isimleri de ilginç Terörle Mücadele Mahkemesi olarak isimlendirildi. Belki bu isim özel olarak seçildi ikna edici bir isimlendirmeydi. Verdikleri karar özel yargılama usulleri tutuklama gibi tartışmalı kararlarını gerekçelendirmek gerekiyordu. Bu mahkemeler çok ciddi iş yapıyorlar çünkü terörle mücadele ediyorlar. Bu

mahkemelerin baktıkları davalara şöyle bir göz atınca işin öyle olmadığı görüyorsunuz. Örneğin Türk Ceza Yasasının 79. maddesinin göçmen kaçakçılığı da bu mahkemelerin kapsamına giriyor. Belgede sahtecilik, bayrak yırtmak, askerleri itaatsizliğe teşvik bu yasa kapsamında.

Şimdi neden Özel Yetkili Mahkemelerin yerine Terör Mahkemeleri kuruldu? Aslında en çok tartışılması gereken konu bu. İlginç bir ayrıntı yakaladık, Radikal gazetesinde bir haber. Başbakan Sayın Tayyip Erdoğan başkanlığındaki Bakanlar Kurulu toplantısında değerlendirilen konu önceki gece MGK’da sanıyorum bu parti Merkez Karar Yürütme Toplantısı, gündeme geldi. Toplantıda 3. yargı paketinin meclisin tatile girdiği 1 Temmuz tarihinden önce çıkarılması kararlaştırıldı. Bu kapsamda Erdoğan ÖYM’nin kaldırılmasına ilişkin düzenlenmenin de bu paketin içine konulması talimatı verdi. *Biraz önce sayın İlkiz’in hatırlattığı bir kuram vardı mahkemelerin kanunla kurulması bizim ülkemizde mahkemeler kanunla değil bir sözle kurulabiliyor.*

İlginçtir belki uluslararası dış politikalarla ilişkilendirilebilecek bir konu vardı. Bir MİT krizi vardı. HSYK atamalarını yaptı biz atanan isimleri biliyoruz çoğu meslektaşlarımız arkadaşlarımız. Özellikle adalet.org sitesini takip edenleriniz varsa orada okuyabilirsiniz. Bizi sendika yapmakla eleştiren, bizi siyaset yapmakla suçlayan bu arkadaşlarımızın neler söylediklerini ondan sonra kendi rüştlerini ispat ettikten sonra bu terör mahkemelerine atandıklarını göreceksiniz. 12 Eylül’den sonra kurulan Devlet Güvenlik Mahkemelerinde gerçekten iktidarların istemediği demokrat hukukçu yargıçlar olsaydı o mahkemeler 17 yaşındaki bir çocuğun idamına karar vermeyecekti. Bugünkü asli kurucu olma iddiasındaki iktidarın getirdiği yargıçlar kendilerine tehdit olarak gördükleri insanları 4 yılı aşkın süredir tutuklu yargılıyorlar. Ve maalesef hala bir karar çıkmadı. Gün geçtikçe soruşturmaların kapsamı devam ediyor. Bu nedenle de adil görüntülerini yitiriyorlar.

Ben Türkiye’de yargıç kavramını çok kısa konuşmak istiyorum. Bu ülkede 23 yaşında yargıç olunuyor. 40 yılı aşkın süredir kim Adalet Bakanıysa iktidarda kim varsa bu ülkenin yargıçlarını onlar belirliyorlar. Nasıl belirlediklerini görüyoruz. Her zaman tartışma konusudur yargıç olmak isteyen hukuk fakültesi mezunu gencecik insanlar adalet için yola çıkarlar ama ilk darbeyi yargıç olmak istedikleri zaman yerler. Çünkü onlara deniyor ki gidip iktidar partisinin ilçe başkanının elini

sıkacaksın. Onların listesine gireceksin. O yetmez milletvekiline gideceksin o da yetmez bakana ulaşacaksın. O da yetmez nefesi kuvvetliye mi gidiyorsun artık bilemiyorum. Şimdi 2 gün önce bir sınav iptali oldu genç arkadaşlarımız takip ediyorlardır. Avukatlıktan yargıçlığa geçiş sınavı yaptı ÖSYM. Sınav sonuçları açıklandığında ilginç bir başarı öyküsü çıktı ortaya. Karı koca sınava girenler başarılıydı. Ve ilginç bir şekilde karı kocalar hep aynı puanı aldılar. İlginç şekilde bunların siyasi bağlantıları da vardı. Bu arkadaşlarımızın özel bir başarısı da şuydu o sınavdan 3 ay önce yapılan sınavda 60 puanın altında almışlar. 3 ay içinde nasıl bir hazırlık yaptılarsa 90 puanın üzerine çıkmışlar. Bu sınavlardan dolayı adalet.org sitesinde ilginç bir eleştiri vardı. Sonra anlaşıldı ki sorular çalınmış. Hatta ÖSYM açıklama yaptı soruları hazırlattığımız şirketten soruşturduk bir şey bulamadık. O zaman anlaşıldı ki yargıçlık sınavı sorularını hazırlayan değerlendiren özel bir şirket var.

Bu şekilde oluşturduğunuz kadrolarla HSYK'yı seçiyorsunuz. Bu HSYK üyeleri de Terör Mahkemelerinin üyelerini atıyorlar. Madem böyle bir sorun var bu ülkede bu mahkemeler iktidarların kırbağı gibi davranıyorlar hukuksuzluklara imza atıyorlar neden eskisi kadar sesimiz çıkmıyor? Neden rahmetli Orhan Apaydın'ın yaptığını yapamıyoruz? Neden birlik olamıyoruz meselesi. 1980'den sonra o zamanki askerlerin isteğiyle demokratik kitle örgütleri, dernekler, sendikalar olabildiğince bastırıldı. Bu derneklere bu baskı uygulanırken, ev toplantısı yapanlar görmezden gelindi. Sonra ev toplantısı yapanlar bir araya geldiler. O askerlerin tepesine bindiler.

İktidarların denetiminde özel rejime tabi mahkemeler gerçekten bağımsız yargıçlara sahip uluslararası hukuka uygun yargılamalar yapan insanların mutluluğu için var olan genel mahkemeler olmasını ümit ediyor, teşekkür ediyorum.

Av. Ercan DEMİR: Çok teşekkür ediyoruz. Çağdaş Hukukçular Derneği Başkanı Avukat Selçuk KOZAĞAÇLI.

Av. Selçuk KOZAĞAÇLI: Şimdi benim Devlet Güvenlik Mahkemeleri, Özel Yetkili Mahkemeler, olağanüstü yargı yerleri ve onların yargı kolları özel savcılıklar özel polis şubeleri ileri geri konuşmam çok heyecan verici bulunmayabilir. Benim örgütüm 1974 senesinden bu yana bu canavarla mücadele ediyor. Teşhir ediliyoruz, yargılanıyoruz ben 5 kez yargıldım bu Özel Yetkili Mahkemelerde. Birçok avukat bu mahkemeler önünde hırpalandı. Kolluk tarafından darp edildi.

O yüzden ben size başka bir hazırlık yaptım. Ben bir mektup aldım. Bana mektup gönderen kişiler kapalı zarf içinde göndermedikleri için ve basına da vermiş oldukları için ben de onlara cevap gönderdim o yüzden bir özel yazışmayı dikiz ediyor olmayacaksınız. Orgeneral Bilgin Balan ve arkadaşları mektup göndermişler ve imzalamışlar. Tutuklu bir kısım general albay ve rütbeli subay 2,5 sayfalık değişik bir mektup. Mektup tema itibariyle şunu söylüyor, Özel Yetkili Mahkemelerin uygulamalarından haberdar mısınız, bu mahkemeler çok kötü. Bizim dosyamızdan haberdar mısınız? Dosyamız bir komplo havasında, deliller değerlendirilmiyor, mahkeme bize karşı önyargılı. Adalet istiyoruz ama galiba bulamayacağız o yüzden bizim davamıza takip ve destekte bulunur musunuz? Temalı bir mektup.

O anki koşullarda bu kadar önemli değil ama çokça hapisanelerden mektuplar alıyoruz. Olağan koşullarda daha formel bir yanıt gönderiyorduk. Fakat çok tahrik edici bir cümle vardı mektubun içinde. Mektup sahibi tutsaklar şöyle bir cümle geçiriyor, bu ülkede Zola'lar yetişmiyor. Bir Zola alıntısıyla bitiyor paragraf. Cumhuriyetin şerefi adaletidir. Ama o ülkede maalesef Zola'lar yetişmiyor. Bu cümle beni gerçekten tahrik etti. Süslü büyük bir cümle aslında antik bir cümle. Bir cevap yazdım ve bir polemik doğdu buradan. Cevabın da temel temasını söyleyeyim ondan sonra Özel Yetkili Mahkemelerle bu diyalog ilginizi çekebilir.

Cevabın temasını üç aşağı beş yukarı şöyle kurdum sayılır. Sizler ordu da yer işgal etmiş kişilersiniz. Bugüne kadar adalet üzerine etkili bir düşünce aşılayanınız kamuoyunda konuşanınız olmadı. Veya büyük silahlı güçler özellikle 1990-1998 arası Diyarbakır Hava Jet Komutanlığı, Jandarma Asayiş Kolordu Komutanlığı yapmış -bu yıllar yaklaşık 15.000 TC vatandaşının şaibeli bir biçimde katledildiği yıllardır- Silahlı Kuvvetlerin başında olanlarsınız. Dolayısıyla olağan sivil hayatınızda çok fazla hukukun üstünlüğü adalet vurgusuyla yaşamamış kişiler olduğunuzu zannediyorum. O yüzden acaba bugün bu meseleyi adalet ihtiyacı üzerinden konuşsak da siyasal gerçeklik üzerinden konuşsak daha iyi olmaz mı? Diye bir öneride bulundum.

Bu önerinin özü şudur: Siyasal mahkeme bir varlıktır, bir ihtiyaç için doğmuştur. Siyasal mahkeme bir olağanüstü durum değildir. Walter Benjamin'in Ezilenler ve Yoksullar hakkında söylediği gerçekten çok değerli bir sözde olduğu gibi, *“olağanüstü hal ezilenler ve yok-*

sullar için olağan haldir.” Gerçekten olağanüstü hal yaratacak olan biziz. Kendisinden daha frapan bir kişi de Süleyman Demirel’de çok güzel bir tespit yapmıştır. Zannediyorum kendisiyle de eğlenmek için yaptı bu tespiti. Dedi ki, bir araştırın yakın tarihi dedi 1904 ten bu yana Türkiye’de devleti yönetenlerin veya yönetmeye talip olanların en sık kullandığı cümle hangisidir? Açık arayla bir cümle dedi o da şu, ülke bir uçurumun kenarında.

Nasıl bir ülkedir tek ayak üzerinde yüz küsur senedir duruyor. Düşmüyor. Gelmiyor da yani. Dolayısıyla olağanüstü hal algımızı abartmayalım. Olağanüstü hal algısı tehlikelidir. Bugüne kadar ben de çok kullanmış olmakla birlikte izin verirsiniz bu konuşma sınırında bazı iddialarımızı geri alıyorum. ***Bu mahkemeler olağanüstü mahkemeler değildir. Bu mahkemeler olağan mahkemelerdir. Olağan siyasal mahkemelerdir. Ülke siyasetinin ihtiyaçları nedeniyle kurulmuştur. Devleti elinde bulunduran parlamenter demokratik seçimle iş başında bulunduğu var sayıldığı için meşru kabul edilen iktidarların iktidarlardan düşmemek için bir dizi iktidar siyasal kanadının devlete ilişkin bakışını görüşünü bunların arasına yüksek bürokratları orduyu yargıyı da koyun onların devlet algısının sürdürülebilmesi için bu algıya karşı çıkan muhaliflerin temizlenmesi için bu mahkemelere ihtiyaç var.***

Dolayısıyla kanaatim devlet ayakta durduğu sürece, parlamenter demokrasi devleti yöneten siyasal iktidarların meşruiyet kaynağı olduğu sürece siyasal mahkemelere ihtiyaç olacaktır. Çünkü seçimle bile gelerseniz, seçimle gitme ihtimalinden hoşlanmazsınız. Mümkünse seçimle gitmek yerine aleyhinize propaganda yapanları temizlemek, tutuklamak, aleyhinize siyaset yapanları hapis cezasıyla temizletmek, iktidar da kalmanın ve bir sonraki seçimi kazanmanın etkili bir yoludur. O etkili yoldan da hiç kimse vazgeçmek istemez. Saf değilse. Yani bana karşı bazı komplolar seziyorum. Bana karşı etkili bir medya manipülasyonu var. Bana karşı sendikalar, sosyalistler, Kürtler, Müslümanlar o dönemin muhalefeti her neyse işte etkili muhalefet yürütüyorlar. Ama olsun ben bir demokrat olarak seçimlere kadar buna tahammül göstereyim. Seçimde de Allah kime verirse o iktidar olsun diyen bir iktidar yok. İdeal de değildir zaten. Çünkü böyle bir ahmağı niye başbakan yaptık o zaman. Dolayısıyla olağan olan bir hükümetin elindeki gizli ödenekler, hukuk dışı yollar, kontrgerilla faaliyetleri, terör mahkemeleri, siyasal

mahkemeler, komplolar, medya anlayışları, ihale baskısı, ekonomik kararlar yoluyla seçime kadar iktidarda kalmayı garanti etmeye çalışıyor olmasıdır. Hiçbir hükümet bundan münezzih değildir. Hiçbir hükümet bundan kendisini uzak tutamaz. Hükümet olmasına da gerek yok hiçbir siyasal iktidar, bu bir iktidar sorunudur.

Dolayısıyla ben Balan ve arkadaşlarına Sokrat'ın karısıyla yaptığı sohbeti önerdim. Şimdi siz suçsuzum diyorsunuz. Sokrat'ın karısı ağlıyormuş. Kendisine hüküm verildikten sonra baldıran verildikten sonra. 'Niye ağlıyorsun' demiş Sokrat. Demiştir ki; 'seni haksız yere öldürüyorlar' Sokrat da, 'haklı yere öldürseler daha mı iyiydi' demiştir.

Siyasal bir davayı ancak siyasal muhataplık karşılayabilir. Kriminal masumiyet iddiası siyasal davalara karşı sökmaz. Kriminal masumiyet bize komplo yapıldığı devlet içerisinde çeteler var bu mahkeme bir cemaat tarafından çete tarafından ele geçirildi. Olağanüstü bir durumla karşı karşıyayız. Dikkat edelim falan gibi uyarılar reflektör gibi duruyor olmakla birlikte tablonun bütününe görmemizi engelleyebilir.

Bunun adı devlet içerisinde yuvalanmış çete değildir; devlettir. Bunun adı özel mahkeme değildir mahkemedir. Bunun adı hukuk dışılık değildir. Fikret abi Kafka'nın hikâyesinde ne güzel söyledi bunun adı hukuktur beğenirsen. "Senin girememen için açıldı bu kapı zaten. Sen ölürsen kapatıp gideceğiz zaten. Adalet aramıyor musun" Meşhur dava romanının başında bir giriş hikâyesidir adaletin kapısındaki adam. Dolayısıyla ben bir özel mahkeme, bir Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu, bir bağımsız kurul, bir hükümet yoldan çıktığı zaman bir ordu, bir polis teşkilatı, bunun içerisinde bir çete oluştuğu bunun içerisinde bir organizasyon bulunduğu, komplolar falan olduğu gibi iddialarda bulunmayı -heyecanlı iddialar- ama zayıf görüyorum.

Ben bu meselenin tamamını bir devlet faaliyeti aynı yasama, yürütme, yargı ve diğer bütün hukuk dışı faaliyetler olarak görüyorum. Ne diyelim ona kontrgerilla mesela dimi. E sürekli kayıt dışı savaş yapan bir gerilla birliği var. Karargâhları yok. Karakolları yok. Kamyonlarla geziyor. Ne yapıyor devlet, 'siz de kayıt dışı olun' diyor. Siz de köylerini basın, yakın diyor yani. Her devlet bunu yapar. Birkaç kez söylemişimdir. Şemdinli davasının iddianamesinde Ferhat Sarıkaya'nın çok ilginç bir tespiti vardır. Diyor ki, evet devletin bir birimi gelip bir ilçede kitabevini bombalamış. Bizim elimizdeki delillerden bu dosya-

dan anladığımız bu. Bunu niye yaptıklarını da anlıyoruz. Bombaladığı kişi PKK'lı, istihbarat yapıyor. PKK'ya yardım ediyor o yüzden gidip bombalamışlar. Arkasından Sarıkaya diyor ki, her devlet bunu yapar. Sorun, yakaladığımız zaman ne diyeceğiz? diyor. Hukuk devleti olup olmadığımız Sarıkaya'nın ölçümlerine göre buradan anlaşılır. Yakaladığımız zaman örtbas edip salımı vereceğiz? Yakaladığımız zaman şunu mu diyeceğiz: 'Bak Ali, eğer yakalanırsan ben seni tanımıyorum devlet olarak. Seni ben gönderdim ama kendini yakalatmadan yap ne yapacaksın. Faili meçhul cinayet mi işleyeceksin, işkence mi yapacaksın, bir yere bomba mı koyacaksın, yaparsan eğer bir devlet faaliyeti olarak destekleriz ama yakalandığın an seni savunamayız'. Belki tek fark Ferhat Sarıkaya'nın tarif ettiği bu fark olabilir.

Şimdi Terör Mahkemesi veya bir başka siyasal mahkeme ile ilgili şikâyetlerimizin sızlanmalarımızın temelinde bir soru yatar. O da şu, bir insan davranışının suç olduğuna kim karar vermelidir? Hangi insan davranışlarının suç olduğuna kim karar vermelidir? Çok kolay bir soru gibi geliyor değil mi? Yasama organı karar verir. Ama yasama organı halk tarafından seçilir, kapalı oy açık sayımla, yasama organı bir araya gelir ve hangi insan davranışlarının suç olacağına karar verir. Aslında cevap çok basit ama son derece yanıltıcı.

Bir temel normun bir anayasanın bir ceza yasasının yürürlükte bulunmadığı bir ülke yoktur. Ama bunlar hangi insan davranışlarının suç olduğuna verilen kararların adresleri değillerdir. Bu kararları kimin vereceği sorusu aynı zamanda bu ülkeyi kimin yönettiği sorusuyla da çok yakından ilişkilidir. Özellikle siyasal yargılamalarda.

Kriminal yargılamalarda bu kararı polis verdiği için yargıca savcıya iş düşmez. Hangi davranışın suç, hangisinin suç olmadığına polis karar verir. Savcının önüne götürülürse savcı iddianame yazar. Dolayısıyla adi suçta kararı kolluk verir. Hangi mahalleye operasyon yapılacak, Türkiye'de her mahallede uyuşturucu satılıyor. İzmir'de esrar satılan mahalleleri hepiniz biliyorsunuzdur. Ankara'da da, İstanbul'da da öyle. Ben bütün esrar satılan sokakları bilirim polis de bilir dolayısıyla. Ne zaman esrar satmanın suç olduğuna karar verir ya da kim karar verir? Hâkim mi verir? Savcı mı verir? Hayır, polis karar verir.

Kadına karşı suçta böyle olduğu için yenemiyoruz. Cinsel şiddette böyle olduğu için yenemiyoruz. Savcılar, yargıçlar değil kolluk belirle-

diği için ve kolluğun kültürel siyasal perspektifi kadına karşı suçu suç olarak kabul etmediği için, namus meselesi saydığı için. Dolayısıyla da Adalet Bakanlığı, HSYK'lar, yargıçlar ,savcılar değil, başbakanlar iç işleri bakanları, emniyet genel müdürleridir bir ülkede suç politikasını belirleyen.

Şimdi siyasi suçta da bu sorunun cevabı önemli. Terör Mahkemesi, Özel Yetkili Mahkeme, Sıkıyönetim Mahkemesi ondan sızlanıp duruyoruz. Bir basın açıklaması yapmanın suç olup olmadığına kim karar verecek? Evet, bu soru çok önemlidir arkadaşlar. Emin olun Özel Yetkili Mahkemelerin kaldırılıp yerine Terör Mahkemesi kurulmasından çok daha önemli bir sorudur.

Bir 2911 dosyasında bir asliye ceza hâkimi bunaldı. Eyleme katılmışsın diyor. Sanık, hayır basın açıklaması etkinliğine katıldım. Miting yapmışsınız diyor. Hayır basın açıklaması yaptım cevabını alıyor. Sürekli 20 sanıkla didiştikten sonra, hâkim bunaldı. Kalemi attı. Dedi ki, ben baktım, bu basın açıklaması diye kanuni bir şey yok. Basın açıklamasıyla izin gösteri yürüyüşü arasındaki farkı bilen var mı aranızda dedi. Bir avukat arkadaşımız Kenan ASLAN, efendim polisin müdahale ettiği basın açıklamalarına izinsiz gösteri, müdahale etmediklerine basın açıklaması denir dedi. Hâkim , öyle şey mi olur ya dedi.

Gerçekten budur dedik. Bizim de bugüne kadar görebildiğimiz budur. Lütfen böyle düşünün. Ama bunu terör suçu denilen suç için de böyle düşünün. Bu ülkede hakkında en çok toplatılma kararı verilen iki kitap, en çok sulh mahkemeleri tarafından cumhuriyet tarihince en çok toplatılmış iki kitap. Ne olabilir? Birisi Devlet ve İhtilal gururla söyleyebiliriz ki bizim cenahtan Lenin. Devlet ve İhtilal çok basılmıştır. En çok toplatma kararına ve en çok soruşturmaya tabi olmuş kitap. İkincisi Risale-i Nur arkadaşlar. Risale-i Nur okumanın 1940-1970 arası döneminin neredeyse tek sağ illegal oluşumu kabul ediliyor. İlegallikte şu Bir evde toplanıyorlar, kitap okuyorlar. Dini siyasi bir sohbet yapıyorlar. Bu evler basılıyor, bu kitap toplanıyor. Bende şöyle bir klasör var Risale-i Nur toplatma kararları. Çok ilginç değil mi? Devlet ve İhtilal şimdi rahat rahat satılıyor. Risale-i Nur iktidarda allaha şükür.

Kanunda hiçbir değişiklik olmadan halloluyor. Huylandırıcı değil mi? Kanun değişmeden Devlet ve İhtilal suç olmaktan çıkıyor. Kanun değişmeden Risale-i Nur suç olmaktan çıkıyor. Kanun değişmeden bir

şey suç olmaktan çıkıyor veya bir şey suç oluyor. Dolayısıyla kimin kime terörist demeye hakkı vardır sorusunu sorma hakkınaa sahip olan kişi egemendir. Egemenlik böyle tarif edilir.

Hangi durumun olağanüstü olduğuna karar verme yetkisine sahip olan kişi egemendir. Gerçekten olağanüstü durum yoktur. Bir olağanüstü duruma karar verme yetkisine sahip olan kişi iktidardaki kişidir. Şimdi bir uçurumun kenarında olmadığını ülkenin ve olağanüstü günler geçirmediğimize ikna olduysak peki ne yapacağız? Böyle gelmiş böyle mi gider sorusuna cevap vermeliyiz. Dolayısıyla ciddiye aldığınız kadar ciddiye almamanızı öneriyorum. Ciddiye aldığınız yerden. Her yerde var. Yalnız ülkemizde var zannetmeyin. Kendinizi yalnız hissetmeyin tüm dünyada var. Dünyada biricik değiliz . Sadece bizde yok. Devlet bir sürü yerde var. Fakat bu bir kavramdır.

Mücadele Kanunu, kanun hiçbir şeyle mücadele etmez arkadaşlar. Kanunun görevi mücadele etmek değildir. Mücadeleyi itfaiye yapar. İt-laf ekibi yapar. Sıtma savaş ekibi yapar. Verem savaş ekibi yapar. Kanun bir şeyle mücadele etmez. Terörle Mücadele Kanunu olmaz. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu olmaz. Kanun kavga etmez. Kanun koruyucudur, kurucudur, yapıcıdır. Böyle bir şey yok. Kanun neyin kaçakçılık olduğuna karar verecektir. Kanun kaçakçıların hak ve görevlerini düzenleyecektir. Kaçakçılık Kanunu öyle bir kanundur. Ne yaparsanız hapis cezası veririm. Kaçakçılıkla mücadele olmaz. Mahkeme neyin mücadelesini etsin bir şeyle? Mahkeme önüne getirilen işi çözecek. Mahkemenin işi o. Terörle mücadele adındaki bir mahkemeden temel hak ve özgürlüklerin korunmasını bekleyebilir misiniz? Dolayısıyla bu da Alman ekolünden çevirmedir. Bizimkilerin aklına gelmez böyle şeyler. Almanlar 1970 li yıllarda Mücadele Kanunu çıkarmıştır. Böylesi de oluyormuş biz de yaparız dediler.

Hâkim seçimlerini bilemiyorum. Ama hükümet, bu süreçte iktidarı paylaşmak istemiyorum dedi. Özel yetkili hâkimler ve savcılar tarafından taciz edilme riskini de ortadan kaldırmış oldu. Kalanlarımız da kumda oynayacağız. Kim kalanlarımız? Nihayet ilk defa muhalefet yalnız başına kumda kalmadı. Özel yetkili savcılar, yargıçlar ve bizi kumda bıraktılar. Biz kumda oynarken yeni mahkemeleri, yeni seçimleri, yeni iktidarlarıyla ilgilenecekler.

Bunu da kabul etmiyorum. Bu mahkemeleri tanımıyorum. Yüzle-

rine karşı yaptığım için de burada da söyleyebilirim. Bu mahkemeler, yok hükmündedir. Çıkarttıkları celpeler, verdikleri hükümler yok hükmündedir. Bu mahkemeleri tanımamalıyız. Burada davalara girmemeliyiz. Ama bunları bireysel tutumlar olarak söylemiyorum. Bunlar örgütlü tutumlardır. Barolarımız bunları yapmalıdır. Gerçi, İzmir Barosu bu meselenin her zaman bayrağını taşımıştır. Çağdaş Hukukçular Derneği 1974'den beri bunu söylüyor: Yoktur bu mahkemeler.

Arkadaşlar bu çok önemli bir şey, polis dur dediği zaman duruyorsunuz. Niye duruyorsunuz? Silah var elinde ateş eder size. Yılda 15 kişi öldürüyorlar dur dedi, durmadı diye. Mahkeme gel dediğinde niye geliyorsunuz? Birinci sebep mahkemenin meşruiyetidir. Arkasında siyasal irade olan bir mahkemedir o. Mahkemeyi mahkeme yapan, bizlerin üzerimizdeki cübbeleri, elimizde kelepçeleri mahkeme düzeni içinde davranışsal cevaptır. Mahkemenin meşruiyetini kuran da budur. Mahkemeler kuruluş ve gel deme haklarını kanundan almazlar. Mahkemeler bu hakkı biz tanıdığımız için kullanırlar. Gel deyince, gittiğimiz için mahkemeler meşrudur.

Korkulması gereken şey içerisinde bulunduğumuz koşulun olağanüstülüğü değildir. Korkulması gereken şey devletin yıkılıyor ya da el değiştiriyor olması değildir. Çünkü tarih boyunca çokça el değiştirmiştir. Allaha şükür hiçbir zarar zeval görmeden başımızdadır. Bunlardan korkmaya gerek yok. Olağanüstü durumda değiliz olağan günlerdeyiz. Korkulması gereken bu zaten. Bu dönem geçmeyecek. AKP iktidarı değişse de geçmeyecek. Parlamento çoğunluğu değişse de geçmeyecek. ÖDP iktidara gelse de, CHP iktidara gelse de geçmeyecek. Bu bunun yapısı, parlamenter demokrasinin ve buna bağlı devlet iktidarının modeli. Bu böyle çalışıyor böyle kıyıcı ezici bir yönü var kurulduğundan beri ve yıkıldığı güne kadar da olacak.

Gözümüzü daha yüksek ufuklara çevirelim. Hukukla siyaset yapmaya çalışmayalım. Çok acıklı durumumuz. Ben de yapıyorum hepimiz yapıyoruz. Hukuk üzerinden hak, adalet konuşuyoruz. Hep söylediğim gibi yine söyleyeyim: **Adalet ve hukuk arasında akrabalık yoktur. Bunlar birbirini tanımazlar. Adalet siyasal bir projedir. Haklarımızı ve özgürlüklerimiz elde etmek bir inşa sürecidir. Bunun adına siyaset denir. Bunun hukukla alakası yoktur.** Mahkeme hiçbir hakkı kurmaz. Hiçbir hakkı korumaz. Hiçbir hakkı onarmaz. Eğer siyasal iktidarların işine yaramıyorsa. Dolayısıyla muhalefet edenler için, yok-

sullar için, ezilenler için, ücretliler için, memurlar, işçiler için, kürtler, aleviler için, iktidara ortak olmayanlar için yüzünü çok fazla mahkemeye çevirmek, hukuka çevirmek, anayasal sürece çevirmek yüzümüzü karartır.

Hukuk alanında yapılmış tarihsel bir mücadele var. Kazanımlarımız var. Binlerce yıldır, bu kazanımlarımızı da koruyacağız. Kanuni hâkim ilkesini, doğal hâkim ilkesini, susma hakkını bunları da kimseye kolayca teslim etmemek durumundayız. Savaşmak durumundayız. Ama sadece barikatın bu olduğunu düşünmeyelim. Barikat daha geride de kurulabilir, daha ileride de kurulabilir. Benim önerim barikatı daha ileride kurmalıyız. Terör Mahkemesi kalktığında yerine başka mahkeme gelecektir. Mahkeme kaldırmanın bir faydası yok. Çok teşekkür ediyorum. Sabırla beni dinlediğiniz için.

Av. Fikret İLKİZ: Bir şey söylemek için hazırlanmıştım vakit yetmediği için kaldı. Selçuk Bey'in de aşağı yukarı bunları söyleyeceğini tahmin ettiğim için. Peki, ben hukukçu olarak ne yapayım? Diyor ki hukuk adalet akrabalığı bile yoktur. Yanlış yapıyorsunuz diyor o halde hukuktan vazgeçin diyor peki vazgeçeyim. Bir soru sordu çok önemli suç, ceza, adalet, hukuk bunları yan yana getirdiğimiz zaman kim karar veriyor. Kim karar verirse versin. Hukuktan vazgeçtim adaleti istiyorum. Bakın bu dönemlerin tümünün romanları vardır. Filmleri vardır, tiyatrosu vardır. Şimdi birkaç istisnanın dışında şu yaşadığımız dönemin edebiyatı romanı filmi tiyatrosu yok.

O zaman edebiyatın adaletini hayata geçirmeyi biz ilke olarak kabul edebilir miyiz? O halde biz ne yapmalıyız? Çok basit başta da söyledim biz taraf olmalıyız. Biz mağdurun tarafında taraf olmalıyız. Çünkü bizim işimiz mağdur etmek değil. Böyle baktığımız zaman hiç olmazsa biraz rahatlarsınız. Çünkü ben bütün bu anlatımları dinledikten sonra ancak edebiyattaki romanın adaletinde kendimi rahat hissedebileceğim. O halde bizim hayatımız yaşamımızı edebiyattaki yaşantıyı belki tercih etmemektedir diyorum. Bunlar da hükümden önceki son sözlerimdir.

Ömer Faruk EMİNAĞAOĞLU: Ben de birkaç cümle söyleyeyim. Terör Mahkemeleri dışında konu geniş bir boyut içeriyor. Bütün konuşmalarla ortaya çıkan Türkiye'de DGM'lerle başlayıp şuan önümüze çıkan sadece bir tabela ile yeni mahkemeler. Değişen bu tabelalar süreçte hep terörle mücadele edildiği gerekçeleri daha doğrusu sömürsü

üzerinden karşımıza çıkıyor. Süreci kim belirliyor? Bu mahkemeler neden hep yeni isimlerle karşımızda? Süreci iktidar belirliyor. Bu görüşe katılmak elbet mümkün. Çünkü gücü iktidar kullanıyor. Ama bu güce teslim olmak, her şey iktidarın istediği gibi mi işleyecek? Mahkemeler de iktidarın o çizdiği koyduğu kurallar çerçevesinde hareket edecekleri için ve Türkiye’de de hep normalin ötesindeki koşullar olağan hale getirildiği için bu yapıya uymak bu çerçevede hareket etmek zorunda mıyız? Uğur Mumcu’nun Almanya ve İtalya’yı tahlil eden yazılarında şunu görüyoruz: İtalya ve Almanya’da o tabloyu ortaya çıkaran ne olmuştur? O tabloyu ortaya çıkaran, iktidarlar karşısında yargının hukuki güvenlik sağlayamaması, iktidarların güçlerini frensizce ve istedikleri biçimde kendilerini de sadece gücü kullanarak hukuka ve üstün değerlere bağlı görmeyerek kullanmaları, sonuçta hukukçulara iktidarın papağanı durumuna gelmeleridir. Bu nedenle Mussolini’yi Mussolini yapan papağan hukukçulardır. Almanya üzerine tahlillerde, Hitler’i Hitler yapan da papağan hukukçulardır. Çünkü insanlık tarihinin ortak değerleri olan o kuralları uygulamayı, güce itaat ettikleri ve onları o hale o gücü o şekilde kullanır duruma soktukları için, dünyayı o vahşete muhatap etme bundan dolayı ortaya çıkmıştır. Terör Mahkemeleri güce itaat anlamında getirilen bir yapıdır. Buna da hayır dememiz gerektiği görüşümü bir kez daha tekrar ediyorum. Teşekkür ediyorum.

Av. Ercan DEMİR: Tüm katılımcılara İzmir Barosu adına çok teşekkür ediyorum. Hukuk mücadelesinde yargıç ve savcılarımız ve onların örgütleriyle birlikte Çağdaş Hukukçular Derneği gibi kurumlarla birlikte barolarımızın ortak çalışmalarının devam etmesi temennisiyle sizlere katıldığınız için teşekkür ediyorum.

MAKALELER

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8

■ Sinem TOP*

GİRİŞ

Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması, bireylerin devlet karşısında sahip oldukları çekirdek haklardan biridir. Hiç kimsenin müdahalesi olmaksızın bireyler, özel hayatlarını ve aile hayatlarını sürdürme hakkına sahiptir. Bu hakkın korunma gereksinimi ise devletin toplumsal yaşamı düzenlerken dikkatli hareket etmesini sağlamak için ortaya çıkmış; devletin bireylerin özeline müdahalesi belirli koşullara bağlanarak bu gereksinim giderilmiştir.

Toplumdaki bireyler, yaşantılarını refah içinde sürdürmek istediğinden ve bu refah ortamı için de bir düzene ihtiyaç duyduklarından devleti meydana getirmişlerdir. Ancak demokrasilerde devletin, toplumun ihtiyaç duyduğu düzeni kurup, söz konusu düzenin devamlılığını sağlamak için yaptığı işlem ve eylemlerde dikkatli olması, toplumun en küçük, çekirdek birimi olan aileye ve aileyi oluşturan bireylerin özel yaşantısına müdahaleyi çok özel durumlarda gerçekleştirmesi beklenir.

Bu çalışmada özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının tanımını, bu hakkın sözleşmedeki madde başlığı ile sınırlı olmayan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile genişleyen kapsamını, söz konusu hakkın/hakların devlet tarafından hangi koşullarda sınırlandırabileceğini, bu haklara müdahalenin hangi şartlar sağlandığında hukuka uygun kabul edileceğini inceleyeceğiz.

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

ÖZEL HAYATIN VE AİLE HAYATININ KORUNMASI

(Özel Yaşantıya, Aile Yaşantısına, Konut ve Haberleşme Özgürlüğüne Saygı Hakkı)

I. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesi özel yaşamı, aile hayatını, konutu ve haberleşme özgürlüğünü korumaktadır. Birbiri ile bağlantılı söz konusu dört hak bir madde içerisinde koruma altına alınmıştır. Bunun sebebi, dört hakkın da aslında “özel hayat” ile iç içe olmasıdır.¹

Sözleşmenin bu maddesi İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesinden hareketle kaleme alınmıştır.² Başlangıçta hakkın konu edildiği bu düzenlemenin yalnızca devlet müdahalelerine karşı koruma sağlaması düşünülmüşse de sözleşme bu öneriye uyulmadan hakkı genel olarak tanımlamış, ilk fıkra için hiçbir sınırlama getirmemiştir. Madde diğer maddelerle paralel şekilde öncelikle hakkı tanımlamış, devamında ise hakkın korunması için bazı sınırlama nedenlerine yer vermiştir. Birinci fıkrada tanımlandığı üzere “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*” Bu dört farklı hak, bazen müstakil olarak varlık gösterirken somut olaya göre birden fazla hakkın aynı olayda gündeme gelmesi de mümkün olabilir. Bazen somut olay belirtilen hakların içeriğindeki alt dallardan yalnızca biri ile ilgili iken bazen de birden çok alt başlık tek bir olayda karşımıza çıkabilmektedir.

Sözleşmenin 8. maddesi ile korunan haklar Anayasamızda ayrı ayrı düzenlenmiş, her hak için müdahale nedenleri ve koşulları belirtilmiştir. 1982 tarihli Anayasamızın ikinci bölümünde yer alan “Kişi Hak ve Ödevleri”nin dördüncü başlığı olan “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” bölümünde yer alan 20. maddede “Özel hayatın gizliliği” başlığı altında özel hayat ile aile hayatının korunması hakkı, 21.maddede “Konut dokunulmazlığı” başlığı altında kişilerin konutuna saygı gösterilmesi hakkı, 22. maddede “Haberleşme hürriyeti” başlığı altında kişilerin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiştir. “Sos-

1 Gözübüyük Ş., Gölcüklü F., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi),(Ankara: Turhan, 2011) s. 331.

2 Akyürek G., Özel Hayatın Gizliliği İhlal Suçu, (Ankara: Seçkin, 2011)s. 111.

yal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı üçüncü bölümde yer alan 41.maddede ise “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı düzenleme içinde de aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında kabul edilen bazı tali haklara yer verilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer verilen “özel hayatın gizliliğini ihlal suçu” ile de bu hakka karşı saldırılar ilk kez suç olarak düzenlenmiştir.³

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ 8. MADDESİNDE TANIMLANAN HAKLAR

Sözleşmenin 8. maddesinde ve Anayasamızda söz konusu hakların tanımı yapılmamıştır. Ancak bu durum, genel olarak sözleşmeye yansıyan, sözleşmede yer verilen hakların geniş şekilde yorumlanması imkanı sağlamak amacıyla özellikle benimsenen bir tutumun sonucudur. Maddede açıkça “saygı” mükellefiyetinden bahsedilmiş, bu mükellefiyet nedeniyle de zamanla Mahkeme tarafından verilen kararlarda devletlerin bu hakkı zedelememek dışında, hakka saygının sağlanması için bazı pozitif yükümlülüklerinin olduğu kabul edilmiştir.⁴ Nitekim Anayasamızda da belirttiğimiz düzenlemelerde devlete yüklenen pozitif yükümlülükler özellikle yapılan anayasa değişiklikleri sonrası dikkat çekmektedir.

Bu maddede belirtilen haklar “herkes” (vatandaşlar, yabancılar, vatanlıklar) için tanınmıştır. Maddede belirtilen haklar özetle şunlardır:

- Özel Hayatın Korunması (Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı)
- Aile Hayatının Korunması (Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı)
- Kişinin Konutuna Saygı Gösterilmesi Hakkı
- Kişinin Haberleşmesine Saygı Gösterilmesi Hakkı

3 **Polater Y.Z.**, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması(Ankara, Adalet,2010) s. 10.

4 **Gözübüyük Ş., Gölcüklü F.**, s.330.

A. Özel Hayatın Korunması (Özel Hayata Saygı Gösterilmesi Hakkı)

1. Özel Hayat Kavramı

a. Genel Olarak

Özel hayat kavramı oldukça geniş bir kavram olarak değerlendirilmektedir. Toplumun değişen yapısı ile birlikte farklılaşan bireylerin, kendileri ile doğrudan ilgili, onları çevreleyen bir halka gibi düşünebileceğimiz özel hayatının neleri içerdiğine ilişkin net bir tanım yapmak mümkün değildir. Ancak bazı yazarlarca özel hayat, bireye içinde kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alanın garanti edilmesi olarak yorumlanmıştır.⁵ “Özel hayat” kavramının açıklanması için karşılaştırmalı hukukta farklı teoriler geliştirilmiştir.⁶ *Alman Üç Alan Teorisi*, kişinin birinci alanının giz alanı olduğunu, ikinci alanının özel hayatı olduğunu, üçüncü alanın ise genel hayatı olduğunu savunmuştur. *Özel Hayat-Kamusal Alan Ayrımına Dayanan Teori*, sınırın birey, zaman ve mekan açısından farklılaştığını kabul etmekte; kişinin kendisine sakladığı yaşantısı ile toplumla paylaştığı yaşantısının birbirinden ayrıldığını, özel hayatın kişinin kendisi ve yakın çevresi ile sınırlı olduğunu savunmaktadır.⁷ *Özel Hayatın Gizliliğine Makul Saygı Beklentisi Teorisi*, “reasonable expectation of privacy” olarak bilinen kavramı kabul etmekte, kişinin öznel bir özel hayatının gizliliğine saygı beklentisi ile hareket ettiği durumda, bu beklenti toplum tarafından da makul görülüyorsa o durumda kişinin özel hayatın sınırları içinde hareket ettiğini savunmaktadır. (Bu teori genel olarak yabancı mahkemelerce magazin haberlerine karşı açılan davalarda kullanılmaktadır.) Başka bir teori ise özel hayat kavramını, kapsamında bulunduğu düşünülen hakları sayarak ve bu hakları inceleyerek belirlemeye çalışmıştır. “Özel hayat” kavramının belirlenmesi için daha birçok teori savunulmuşsa da biz bu çalışmada belirttiğimiz teorilere değinmekle yetineceğiz.

5 Tezcan D., Erdem M.R., Sancaktar O., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, (Ankara:Adalet Bakanlığı Yayınları, 2004), s.223.

6 Akyürek G.,s. 22-33.

7 Arslan Öncü G., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı,(İstanbul:Beta, 2011)s.73.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemeye Göre

Mahkeme 8. madde kapsamında manevi ve maddi bütünlük, kişisel kimlik, kişisel bilgi, cinsellik, mesleki ve ticari kişisel veya özel alan gibi kavramları, hatta kişinin kendi algısını ve kimliğini ifade etmesini de “özel hayat” kavramı içerisinde değerlendirmektedir.⁸ Mahkeme “özel hayat” ile ilgili tespitlerini somut olayların değerlendirilmesi nedeniyle de gün geçtikçe genişletmektedir.

2. Hakkın Kapsamı

28.01.2003 tarihli *Peck v. Birleşik Krallık* kararında⁹ Mahkeme özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilebilecek birçok meseleden bahsetmiştir. Bu karara göre, cinsiyet belirleme, isim hakkı, cinsel yönelim, cinsel yaşam, kişisel kimlik, kişisel gelişim hakkı, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkı, psikolojik ve fiziksel varlığa yönelik müdahaleler ve doğrudan kişinin çevresi ile ilgili meseleler 8. madde kapsamında değerlendirilebilir. Biz çalışmamızda belirli başlıklar altında ve AİHM kararlarından yararlanarak 8. madde kapsamında değerlendirilen hak ve özgürlükleri inceleyeceğiz.

a. Kişilik Hakları

Medeni hukukta kabul edildiği üzere kişilik hakları bir haklar bütününden meydana gelir. Kişilik hakları maddi ve manevi değerlere göre sınıflandırıldığında, maddi kişilik hakları kişinin yaşamı, beden bütünlüğü ve sağlığı iken manevi kişilik haklarının kişinin onur ve saygınlığı, ismi ve resmi üzerindeki hakları, giz (mahremiyet) alanı olduğu kabul edilmektedir.¹⁰ Mahkemenin kişilik haklarının dolayısıyla özel hayatın korunması kapsamın değerlendirdiği birçok olay mevcuttur. Beden bütünlüğünün korunması kapsamında Mahkeme 22.07.2003 tarihli *Y.F. v. Türkiye* kararı ile başvurucunun gözüne alınıp sorgulandıktan sonra cinsel ilişkiye girip girmediğinin saptanması için güvenlik güçlerince jinekolojik muayeneye zorlanması olayından hareketle, kişinin fiziksel bütünlüğüne herhangi bir müdahalenin hukuk tarafından öngörül-

8 Akyürek G., s.113

9 Peck v. Birleşik Krallık, başvuru no, 44647/98, Mahkemenin 28 Ocak 2003 tarihli kararı.

10 Zevkliler A., Havutçu A., Medeni Hukuk Temel Bilgiler (Ankara:Seçkin,2005) s. 122,123.

mesi ve o kişinin rızasıyla yapılması gerekliliğine işaret ederek beden bütünlüğünün bir kişilik hakkı olduğunu ve kişilik haklarının da özel hayatın korunması kapsamında olduğunu kabul etmiştir.¹¹ Mahkeme, çok tartışılan kürtaj (gebeliğin sonlandırılması) uygulamasını da beden bütünlüğünün korunması kişilik hakkı ile bağlantılı olarak özel hayat kavramı içerisinde değerlendirmiştir.¹² Diğer maddi nitelikteki kişilik hakları olan yaşam ve sağlık hakları ise 8. madde yerine 2. ve 3. maddenin korunması altında olduğundan özel hayat kapsamında değerlendirilmemiştir. Manevi nitelikteki kişilik haklarından onur ve saygınlık, Mahkeme'nin birçok kararında 8.madde kapsamında değerlendirilmiştir. Mahkeme, *Raninen v. Finlandiya* kararında¹³ kişiye kelepçe takılmasının koşullar değerlendirildiğinde onur ve saygınlığını dolayısıyla özel hayatının korunmasını ihlal etmediğini (aşağılama kastının yokluğu ve bu durumda meşru amaçların varlığı sebebiyle) belirtmiş¹⁴, ancak *Pfeifer v. Avusturya*¹⁵ kararında kişiye iftira atılmasının ve iftira karşısında devlet tarafından başvuru kişinin şikayetlerinin dikkate alınmamasını onun özel hayatının, onur ve saygınlığının korunmadığı anlamına geldiğini belirtmiştir.

İsim hakkının da özel hayatın korunmasının bir parçası olduğu Mahkemece kabul edilmiştir. İsim seçmek, özel hayata ve aile hayatı alanına girdiğinden, manevi açıdan kişilik haklarından biri olan isim hakkının da 8. madde kapsamında korunması gerektiği yönünde kararlar verilmiştir. *Tekeli v. Türkiye* kararına¹⁶ konu olayda, başvuru Bayan Ünal Tekeli, 1990 yılında evlenmiş, evliliğinin ardından o dönemde stajyer avukat olduğundan ulusal mevzuat gereğince eşinin soyadını almıştır. Meslek hayatında kızlık soyadı ile bilinen başvuru, iki soyismini

-
- 11 **Özdek Y.**, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi ve AİHM Kararlarında Türkiye,(Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü(TODAİE),2004) s.226.
 - 12 **Gözübüyük Ş., Gölcüklü F.**, s.335.
 - 13 *Raninen v. Finlandiya*, başvuru no: 20972/92, Mahkemenin 16 Aralık 1997 tarihli kararı.
 - 14 **Dutertre G.**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler,(Almanya, Avrupa Konseyi Yayınları,2003) s.218.
 - 15 *Pfeifer v. Avusturya*, başvuru no: 12556/03, Mahkemenin 15 Kasım 2007 tarihli kararı.
 - 16 *Tekeli v. Türkiye*, başvuru no: 29865/96, Mahkemenin 16 Kasım 2004 tarihli kararı.

birlikte kullanmaya başlamıştır. Ancak 1995 yılında Karşıyaka Asliye Hukuk Mahkemesi'ne dava açarak yalnızca kızlık soyismini kullanmasına müsaade edilmesini talep etmiştir. Açık düzenleme gereğince yerel mahkeme başvurusunun davasını reddetmiştir. Yargıtay tarafından da temyiz itirazları reddedilen başvuru, AİHM'e başvurmuştur.¹⁷ Mahkeme bu konuda her ne kadar Medeni Kanun değiştirilse de başvurusunun soyismini seçme konusunda özgür olmamasını özel hayata müdahale olarak kabul etmiş, soyisim hakkının da özel hayatın korunması kapsamında olduğunu belirtmiştir.¹⁸ Yine bu karara paralel olarak *Güzel Erdagöz v. Türkiye*¹⁹ kararında da isim hakkının da özel hayatın korunması kapsamında olduğunu belirtmiş ve başvurusunun değiştirmek istediği isminin Türkçe manasız olması gerekçesini yetersiz, devletin müdahalesini haksız bulmuştur.

Giz (mahremiyet) alanının korunması kapsamında da sözleşmenin 8. maddesinin bireylerin özel hayatı kapsamında kişisel bilgilerinin, özel yaşamlarına ilişkin detayların da korunduğunu gösteren Mahkeme kararları da bulunmaktadır. Buradan hareketle kişilik hakları kapsamında olan bireylerin giz alanlarının korunmasının da özel hayatın korunması kapsamında olduğu görülmektedir. Nitekim Mahkeme, *Panteleyenko v. Ukrayna* kararında²⁰ başvurusunun ceza yargılamasında cezai ehliyetinin bulunup bulunmadığı değerlendirmesi noktasında, başvuru hakkındaki psikiyatrik bulguların hakim tarafından taraflara ve kamuya açık duruşmada açıklanmasını ve bu konudaki usullere uyulmamasını, yargılama açısından bu bilgilerin tüm taraflara ve kamuya açıklanmasının gerekli olmadığını da değerlendirerek özel hayatın korunmadığı yorumu ile 8. maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.²¹ Bu konuda Mahkemenin önemli içtihatlarından biri olan 24.06.2004 tarihli

17 **Tezcan D., Erdem M., Sancakdar O. ve Önok R.** İnsan Hakları El Kitabı.(Ankara: Seçkin Yayınevi.2011) s. 282.

18 **Bahçeci B.**, Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları, Erdoğan Teziç'e Armağan (İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No:5, 2007) s. 527.

19 *Güzel Erdagöz v. Türkiye*, başvuru no: 37483/02, Mahkemenin 21 Ekim 2008 tarihli kararı.

20 *Panteleyenko v. Ukrayna*, başvuru no: 11901/02, Mahkemenin 29 Haziran 2006 tarihli kararı.

21 **Tezcan D., Erdem M., Sancakdar O. ve Önok R.**, s. 280.

Von Hannover v. Almanya kararından²² da bahsetmek gerekir. Monaco Prensesi Caroline von Hannover o tarihlerde hayır işleri için birçok Avrupa ülkesini ziyaret etmekte, bu tarihlerde kendisi ve çocuklarının her anının fotoğrafları da gazetelerde yer almaktadır. Etkinlikler dışında da sürekli fotoğraflanan Prenses, bu durumu önlemek için Almanya Mahkemelerine başvurmuş, sonuçsuz kalan girişimlerini Alman Anayasa Mahkemesine kadar taşımıştır. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi dahi Prensesin çocuklarının sürekli fotoğraflarının çekilmesini haksız bulmuşsa da Prensesin “kamusal figür” (public figure) olduğunu belirterek özel hayatın korunması hakkının basın özgürlüğü ile çatıştığını, bu noktada basın özgürlüğünün zedelenmemesi gerektiğini belirterek özel hayatın korunması açısından olayda bir ihlal bulunmadığı yönünde karar vermiştir. Bunun üzerine Prenses, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur. Mahkeme her ne kadar kamu yararı/kamu ilgisi olduğu düşünülse de burada Prensesin de özel hayatının korunması, resim hakkının korunması, kendine ait giz alanının oluşturulmasına basın tarafından imkan verilmemesini dikkate alarak basın özgürlüğünün bu noktada sınırlandırılması ve Prensesin özel hayatının korunması gerektiğini belirterek, Almanya hakkında ihlal kararı vermiştir.

b. Kişinin Cinsel Hayatı ve Yönelimleri

Kişinin cinsel yaşamı ve bu konudaki yönelimleri her ne kadar fazlasıyla kişisel bir konu olması sebebiyle giz alanı içinde kabul edilebilirse de bu konunun birçok alana sirayet etmesi (evlilik, nüfus kayıtları, sosyal yaşam zorlukları vb.) sebebiyle bu konuyu çalışmamızda ayrı bir başlıkta inceliyoruz. Mahkemenin önüne gelen başvurularda genellikle eşcinsellikle ilgili özel yaşam ihlali iddiaları dile getirilmiştir. Mahkemenin bu konuda ilk içtihatlarından biri olan *Dudgeon v. Birleşik Krallık* kararında²³ başvuru Bay Dudgeon’ın 35 yaşında eşcinsel bir erkek olarak homoseksüel davranışlara karşı Kuzey İrlanda’da ceza yasalarının bulunmasının özel hayata saygı hakkına haksız bir müdahale olduğu iddiasını haklı bulmuştur. Mahkeme, kişinin özel yaşamının cinsel hayatını da içerdiği, bireyin cinsel yaşamının toplumda yadınlanması

22 Von Hannover v. Almanya, başvuru no: 59320/00, Mahkemenin 24 Haziran 2006 tarihli kararı.

23 Dudgeon v. Birleşik Krallık, başvuru no: 7525/76, Mahkemenin 24 Şubat 1983 tarihli kararı.

sebebiyle yasaklanıp, cezalandırılmayacağını belirterek, hükümetin bu yasanın yıllardır uygulama örneği olmadığı savunmasını kayda değer bulmadığını, ceza yasasının varlığının bireyler üzerine sürekli bir tehdit yaratarak ihlali ağırlaştırdığını; bu konuda tarafların rızasının ve gösterilen rızanın şartlarının önemli olduğunu, geçerli bir rızanın varlığı halinde özel hayata müdahalenin demokratik bir toplumun gereği olmadığını, haklı bir nedene dayanmadığını vurgulayarak sözleşmecî devlet hakkında ihlal kararı vermiştir.²⁴ Bu karar sonrasında Mahkeme, bu kararı izleyen kararlarında cinsel yönelim ve faaliyetlerin özel hayatın kişisel bir unsurunu oluşturduğunu belirtmiştir. Ancak bu konuda Mahkeme oldukça temkinli davranmakta, toplumun genel yararı ile bireyin haklarının çatıştığı bu konuda terazisinde toplumun yararının üstün olduğunu belirtmektedir. Fakat Mahkeme aynı zamanda bu konuda sürekli ve kesin bir içtihadı olmadığını, gelişen ve değişen toplum dinamiklerinde konunun tartışılmasına devam edilmesi gerektiğini de belirtmiştir.²⁵

c. Kişisel Verilerin Korunması

Kişilerin doğrudan onlara ulaşılabilmesini sağlayan kayıtlı resim, görüntü, parmak izi, kan ya da vücut sıvısı örnekleri gibi doğrudan kişi ile alakalı verilerin de özel hayatın kapsamı içerisinde kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Nitekim Mahkeme de bu konudaki ilk değerlendirmesini *Leander v. İsveç* kararında²⁶ yapmış, bu kararda 8. maddeye dair bir ihlal olmadığını ancak polis kayıtlarında tutulan kişisel verilerin kullanımında dikkatli davranılması gerektiğini, bu konuda bireyin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı olduğunu belirtmiştir. *Rotaru v. Romanya* kararında²⁷ ise Bay Rotaru 1946 yılında yargılanıp bir yıllık bir hapis cezası almış ve cezası infaz edilmiş iken 1990 yılında komünist rejim tarafından yargılandığı bir davada bu ko-

24 **Janis M.W., Kay R. S., Bradley A.W.**, European Human Rights Law Text and Materials (Great Britain, Oxford University Press Third Edition, 2008) s. 421, 422. **Polater Y.Z.**, s. 124.

25 **Kilkelly U.**, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (İnsan Hakları El Kitabı No.1), (Almanya, Avrupa Konseyi Yayınları, 2001) s.

26 *Leander v. İsveç* kararı, başvuru no: 9248/81, Mahkemenin 26 Mart 1987 tarihli kararı.

27 *Rotaru v. Romanya* kararı, başvuru no: 28341/95, Mahkemenin 4 Mayıs 2000 tarihli kararı.

nunun Romanya İstihbarat Servisinden gelen bir mektupla mahkemeye bildirilmesinin, 1940'lı yıllarda üyesi olduğu Hristiyan Öğrenciler Topluluğuna üyeliği hakkında bilgi gönderilmesinin, hakkında gizli ve kişisel bilgilerin, ilgisiz ve farklı bir yargılamada yıllar sonra hükümet ajanları tarafından dile getirilmesinin, özel hayatına yapılan haksız bir müdahale olduğunu belirterek Mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme yaptığı değerlendirmesinde başvuru Bay Rotaru'yu haklı bulmuş, 8. maddenin Romanya tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ancak Komisyon her kişisel verinin özel hayat kapsamında kabul edilemeyeceğini 14 Ocak 1998 tarihli *Herbecq v. Belçika* kararında açıkça belirtmiştir. Komisyon kararının gerekçesinde, karara konu olayda veri kaydı yapmayan, kamu güvenliği amacıyla kamusal alanda yer alan bir kameranın özel hayata saygı hakkına haksız bir müdahale olmadığı, meşru amaçlarla hareket edildiği, kaldı ki özel hayat teorilerinin de kameranın kamusal alanda bulunması nedeniyle bu tür bir müdahalenin özel hayata yapılmış sayılmayacağı savını destekler nitelikte olduğunu belirtmiştir.²⁸ Mahkeme de aynı görüşü *Perry v. İngiltere* kararında²⁹ kabul ettiğini gösterir şekilde, veri toplamayan kamera ile izlemenin özel hayatın korunmasını ihlal etmediğini, ancak kamusal alanda yer alan kameraların kimliklendirme, yüz tanımlama yöntemiyle şahıs belirlemede kullanılabilecek şekilde veri toplaması halinde 8. maddenin ihlal edilmiş olacağını belirtmiş, karara konu olayda da başvuru- nun eski kayıtlarından başvuru ve müdafinin bilgisi dışında kayıt altına alındığı görüntülerin delil olarak kullanılmasını, hırsızlık(soygun) suçundan mahkumiyetinde bu delile dayanılmasını özel hayatın korunması hakkının ihlali olarak kabul etmiştir. Burada temel nokta, sınırlamalara uygun olmayan, habersiz, veri kaydı oluşturur şekilde kamera kaydı tutulmasının ihlal oluşturmasıdır.

Ülkemizde de 2010 yılında yapılan referandum sonucunda Anayasanın “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddesine ek fıkra getirilerek kişisel verilerin korunması konusunda anayasal bir güvence sağlanmıştır. “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.*” ifadesi ile hakkın varlığı belirtilmiştir. Ancak ilgili

28 **Akyürek G.**, s.115.

29 *Perry v. Birleşik Krallık* kararı, başvuru no: 63737/00, Mahkemenin 17 Temmuz 2003 tarihli kararı.

ek fıkra da bu konudaki usul ve esasların yasalarla düzenleneceği belirtilmesine karşın hala “Kişisel Verilerin Korunması” konulu özel bir yasal düzenleme yapılmamıştır. Bu konuda yasal bir çalışma yürütüldüğü bilinmekle birlikte özellikle Ceza Muhakemesi Kanununun getirdiği yargılama tedbirleri ile toplanan kişisel veriler açısından hukuka aykırı uygulamalar sebebiyle yaşanan ağır ihlaller devam etmektedir. Her ne kadar ceza muhakemesi için toplanan kişisel verilerin toplanma amacı ortadan kalktığına ya da muhakeme nihayete erdirildiğinde bu verilerin savcılık emri ile yok edilmesi düzenlemesi yasada yer alsın da bu konuda gizli ve çok ciddi ihlaller yapıldığı şüphesi toplumda git gide büyümektedir.

B. Aile Hayatının Korunması(Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı)

1. Aile Kavramı

Aile kavramı yıllar içerisinde değişen toplum yapısı ile birlikte farklılaşan, günümüzde sözleşmede kullanılan ilk anlamından çok daha geniş yorumlanması gereken bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bugün dahi aile kavramı değişimini sürdürmekte, uluslar arası alanda yaşanan sosyolojik değişim ve getirilen yeni yasal düzenlemelerle birlikte farklılaşmaktadır. Bu nedenle, günümüzde bireyler arası ilişkide aile kavramının kullanılıp kullanılamayacağı bu hak kapsamında incelenecek her somut olayda öncelikle değerlendirilmelidir. Ancak üzerinde mutabık kalınan aile kavramı, genellikle kan bağı ve evlilik birliğine dayanandır. Buna karşın, Mahkeme tarafından evlilik benzeri fiili birliktelikler de aile kavramının içinde değerlendirilmiş, fakat bu birlikteliğin taraflarının evlilikle kazanılan haklara sahip olamayacağı da ayrıca belirtilmiştir. Aile kavramının özü, bir arada yaşasalar da yaşamazlar da, çocuk meşru bir ilişkiden doğsa da doğmasa da, bir anne veya baba ile çocuğu arasındaki bağı dayanır.³⁰

2. Hakkın Kapsamı

Sözleşme ile bireylere aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı tanınmış, devletin çekirdek haklardan kabul edilen aile hayatının ko-

30 Polater Y.Z., s. 136., Kilkelly U. s.28. (Boughanemi v. Fransa, başvuru no: 22070/93, Mahkemenin 24 Nisan 1996 tarihli kararı.)

runması için bu hakka ancak maddenin ikinci fıkrasında belirtilen haklı sebeplerle müdahalede bulunabileceği düzenlenmiştir. Ancak hakkın içeriği, zaman içinde gelişen içtihatlarla ve doktrinin aile kavramına dayanan hakların da bu kapsamda görülmesi gerektiği görüşü ile belirlenmiştir.

a. Velayet Hakkı

Velayet, reşit olmayan küçükler ya da ergin fakat kısıtlı çocuklar üzerinde, kişiliklerinin ve mallarının korunması ile onların temsili konusunda anne ve babanın ortak ya da tek başına sahip olduğu hak ve yükümlülükler anlamına gelmektedir.³¹ Aile hayatına saygı kapsamında yer alan en önemli haklardan biri olan velayet hakkı, anne baba evli ise birlikte kullanılırken anne baba evli değil ise bu hakkın kullanım ve sahipliği konusunda ulusal düzenlemeler farklılık göstermektedir. (Örneğin, Türk Medeni Kanununa göre anne baba evli değilse velayet anneye ait iken, Almanya’da boşanma sonrasında da anne baba tarafından velayet hakkının müştereken kullanımı mümkündür.) Velayet hakkının ebeveynlerden birine verilmesi sonucunda velayet hakkı sınırlanan kimsenin aile hayatına müdahale edildiği iddiası yerinde olacaktır. Ancak bu müdahalelerin değerlendirilmesi konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerel mahkemelerin ulusal düzenlemeler çerçevesinde geniş bir takdir yetkisi olduğunu belirtmekle birlikte verilen kararların dayandığı gerekçelere bakarak aile hayatına müdahalenin haklı olup olmadığını değerlendirmektedir.³² Mahkeme, *Hoffman v. Avusturya* kararında³³ Katolik bir çift olarak evlenip iki çocuk sahibi olan anne ve babadan annenin bir süre sonra Yehova Şahidi (Yehova’nın Şahitliği-Jehovah's Witnesses) olmasından dolayı boşanması sonucunda yerel mahkeme tarafından velayet hakkının anneye verilmemesinin tek nedeninin annenin dini olarak gösterilmesinin hakkın ihlali olduğuna karar vermiştir.

b. Kişisel İlişki Kurma Hakkı

Sözleşmenin 8. maddesi ile tanınan hakların özü itibarıyla koruna-

31 Zevkliler A., Havutçu A., s. 310,311.

32 Polater Y.Z., s. 138.

33 Hoffman v. Avusturya kararı, başvuru no: 12875/87, Mahkemenin 23 Haziran 1993 tarihli kararı.

bilmesi için sözleşmecî devletlerin bazı pozitif yükümlölükleri olduğu kabul edilmektedir. Devletin, kişilerin ve özelde ebeveynlerin; aile fertleri ve çocukları ile ilişki kurmalarını kolaylaştırıcı düzenlemeler yapması, mevcut şartlarda ve makul bir çerçevede gerekli bütün önlemleri alması devletin 8. madde anlamında pozitif bir yükümlölüğu olarak kabul edilmektedir.³⁴ Devlet her ne koşulda olursa olsun bireylerin aile fertleri ile olan bağlarına saygı duymak zorundadır. Nitekim *Keegan v. İrlanda* kararında³⁵ da Mahkeme bu yönde görüş bildirerek karara varmıştır. Olayda başvuran Keegan'ın kız arkadaşından bir kız çocuğu olmuş ancak kız arkadaşı başvurucuya sormaksızın onu evlatlık vermeye karar vermiştir. İrlanda'da bu konuda babanın rızası aranmadığından süreç başlatılmış, bu süreçte başvuran tek silağı olan ulusal yargıya başvurarak bebeğinin koruyucu ailesi olmak istemiştir. Başvuranın talebi ilk mahkemede kabul görmüş ancak başvuranın kız arkadaşı ile evlat edinecek ailenin temyiz başvurusu üzerine yasal düzenlemenin amacının çocuğu korumak olduğu, biyolojik/gerçek anne babanın koruyucu aile olamayacağı, sadece koruyucu olmak için başvuru hakkının bulunduğu yorumu yapılan eski bir Anayasa Mahkemesi kararına da dayanan Yüksek Mahkeme, verilen kararı bozmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise yaptığı değerlendirme sonucunda başvuran baba ile çocuğun annesinin iki yıl boyunca birlikte yaşayıp evlenme planları yaptığını, bu ilişki içinde hamile kalan anne ile başvuranın ilişkilerinin hamilelik sürecinde bozulduğunu ve ayrıldıklarını, taraflar ayrılmış olsa bile başvuran babanın çocuğu ile bir aile bağının bulunduğunu, bu bağın göz ardı edilemeyeceğini ve bu noktada ailenin korunması gerekirken babanın rızası olmaksızın baba ile evladının aile bağlarının koparılamayacağını belirtilerek İrlanda'nın 8. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

Mahkemenin ailenin korunması kapsamında yer alan kişisel ilişki kurma hakkı üzerine vermiş olduğu çarpıcı bir diğer karar ise *Hansen v. Türkiye* karardır.³⁶ Bu olayda İzlandalı bir anne olan başvurucu, Türk vatandaşı eski eşi ile müşterek çocuklarını birlikte Türkiye'ye tatile

34 Polater Y.Z., s. 138.

35 Keegan v. İrlanda kararı, başvuru no: 16969/90, Mahkemenin 26 Mayıs 1994 tarihli kararı.

36 Hansen v. Türkiye kararı, başvuru no: 36141/97, Mahkemenin 23 Eylül 2003 tarihli kararı.

göndermiş ancak çocukları bir daha geri dönmemiştir. Bunun üzerine Türk Mahkemelerine başvuran Hansen, velayet hakkının babaya verilmesi ve kendisine her ayın belirli günlerinde kişisel ilişki kurma hakkının tanınması sonucunu elde etmiştir. Ancak eski eşi, çocuklarının babası bu hakkı kullanmasını engellemiş, bu konuda da resmi makamlara başvuran, şikayetlerde bulunan Hansen, etkin bir sonuç elde edememiştir. Eski eşi her seferinde hapis ve adli para cezaları almış, hapis cezaları para cezalarına çevrilmiştir. Başvurucu Hansen, Türkiye'nin çocukları ile kişisel ilişki kurma hakkını etkin bir şekilde kullanmasını sağlayamadığını, defalarca Türkiye'ye gidip gelmesine ve birçok girişimde bulunmasına rağmen çocukları ile görüşemediğini belirterek Mahkeme'ye başvurmuş, Mahkeme yaptığı değerlendirme sonucunda Hansen'i haklı bularak, Türk makamlarının yeterli ve etkili bir çaba göstermediği sonucuna vararak Türkiye'yi 8. madde ihlalinden mahkum etmiştir.³⁷

c. Soybağının Kurulması ve Reddi

Sözleşmenin 8. maddesi ile tanınan haklardan olan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının soybağının tespiti ya da kurulması gibi bir hakkı içerip içermediği tartışılabilir bir konudur. Çünkü bu durum ailenin korunmasından çok “aile bağlarının kurulması” ile ilgilidir. Ancak bu hakkın kapsamında soybağının tespiti ya da kurulmasını isteme hakkının da bulunduğu Mahkeme önüne taşınan ve Türkiye açısından magazinел bir yönü de bulunan bir kararda Mahkemenin yapmış olduğu değerlendirme ile ortaya çıkmıştır.³⁸

Ebru ve Tayfun Engin Çolak v. Türkiye kararında³⁹ başvuran anne ile ikinci başvuru olan oğlunun Mahkeme'ye şikayetleri, Türkiye'de tanınan şarkıcılardan olan Emrah İpek (Küçük Emrah)'e açmış oldukları babalık davasından çok uzun bir sürecin sonunda sonuç alabildikleri ve bu süreçte haklarının ihlal edildiği iddialarına dayanmaktaydı. Karara konu olayda başvuruçular şarkıcı Emrah İpek'e 1992 yılında İstanbul'da babalık davası açmış; 1994 yılında yerel mahkeme, toplu-

37 Özdek Y., s. 229.

38 Polater Y.Z., s. 139. Ebru ve Tayfun Engin Çolak v. Türkiye kararı, başvuru no: 60176/00, Mahkemenin 30 Mayıs 2006 tarihli kararı.

39 Ebru ve Tayfun Engin Çolak v. Türkiye kararı, başvuru no: 60176/00, Mahkemenin 30 Mayıs 2006 tarihli kararı.

nan deliller, Tayfun Engin Çolak'ın doğum belgesi ve yaptırılan kan ve DNA testleri sonucunda Emrah İpek'in Tayfun Engin Çolak ile %99.77 oranında genetik uyumun bulunmasına da dayanarak Emrah İpek'in babalığına hükmetmiştir. Ancak 1996 yılında ilk derece mahkemesinin kararı, Yargıtay tarafından testlerin Adli Tıp Kurumu Başkanlığı tarafından yapılmamış olması gerekçesiyle bozulmuştur. Onbir kez test için randevu verilmesine karşın Emrah İpek'in kan örneği vermeye gitmemesi üzerine, adli makamları oyalamaktan Mahkeme tarafından Emrah İpek hakkında şikayette bulunulmuş, savcı emri ve polis zoruyla kan örneği alınması için randevuya götürülen Emrah İpek'in Adli Tıp Kurumu'ndan 2000 yılında alınan son raporunda başvuru ile genetik uyumu %99.99 olarak belirlenmiştir. Babalık hükmü 2001 yılında Yargıtay'ın kararı onaması ile kesinleşmiştir. Ancak bu süreçte baba Emrah İpek'in ünlü bir şarkıcı olması nedeniyle basın, başvuru hakkında birçok haber yapmış, yargılamanın da oldukça uzun sürmesi sebebiyle başvuru yıllarca hak ihlaline maruz kalmıştır. Mahkeme, toplamda 8 yıl 9 ay süren bir babalık davasının hem adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini hem de mahkemelerin çocuğun üstün yararını gözetmediğini, bu süreçte babanın ünlü olması sebebiyle başvuru ciddi anlamda özel hayatlarına ve aile hayatlarına saldırıların olduğunu ve bu saldırıların da etkili bir başvuru yolu öngörülmemiş olduğundan engellenemediğini dikkate alarak Türkiye'yi 8. madde ihlalinden mahkum etmiştir.

Soybağına ilişkin davalar bununla da sınırlı değildir. Nitekim Mahkeme önüne taşınan bir başka dava olan *Tavlı v. Türkiye* kararında⁴⁰ da Mahkeme, soybağını reddetmenin de bir hak olduğunu, ailenin ve özel hayatın korunması için devletin bu konuda da etkin bir yol tanınmasının devletin pozitif yükümlülükleri arasında yer aldığını belirtmiştir. Bu başlık altında belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi tarafından verilen 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin "*Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir*" hükmünün iptali kararı⁴¹ da özel hayatın ve ailenin korunması açısından oldukça önemli-

40 Tavlı v. Türkiye kararı, başvuru no: 11449/02, Mahkemenin 9 Kasım 2006 tarihli kararı.

41 Anayasa Mahkemesi'nin 2011/34 E. 2012/48 K. sayı, 30 Mart 2012 tarihli kararı.

dir. Bu karar ile kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına ilişkin çok önemli bir nokta olan nüfus kayıtlarının birden fazla kez haklı gerekçe ile değiştirilmesine imkan sağlanmış, böylelikle Mahkeme tarafından Türkiye hakkında verilmesi olası 8. madde ihlali kararları da engellenmiştir.

C. Kişinin Konutuna Saygı Gösterilmesi Hakkı

1. Konut Kavramı

Genel anlamıyla konut, bireyin özel hayatını sürdürdüğü yerdir.⁴² Bu tanımdan anlaşılması gereken konut kavramının, mülkiyet hakkına ya da taşınır veya taşınmaz eşyaya bağlı olmadığını, “konut” kavramı ile özel yaşam alanının kastedildiğidir. Örneğin, somut olaya göre kişinin konutu kaldığı otel odası da olabilir. Konut eklentileri de konut kavramının içerisinde kabul edilir. (Kişinin balkonu da onun konutudur.) Ancak ortak alanlar konut kavramı içerisinde değerlendirilemez.

İş yerlerinin konut kavramı içerisinde değerlendirilemeyeceği kabul edilmekle birlikte Mahkeme daha sonra verdiği bazı kararlarında⁴³ gerçek kişinin ikamet ettiği, aynı zamanda sahibi olduğu, işyeri olarak kullandığı bir konutta gerçekleştirilen aramanın kişinin konutuna saygı gösterilmesi hakkına bir müdahale olduğunu belirtmiştir.⁴⁴

2. Hakkın Kapsamı

Mahkeme’ye kişinin konutuna saygı gösterilmesi hakkı kapsamında değerlendirilen farklı olaylara ilişkin birçok başvuru yapılmış; yapılan başvurular ve verilen kararlar ile birlikte bu hakkın kapsamı giderek genişlemiştir. Ancak hakkın özünden uzaklaşmadan yapılan bu değerlendirmelerde zaman zaman konuta saygı gösterilmesi hakkı ve özel hayata saygı hakkının iç içe olduklarından hareketle karara varılmıştır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki sözleşmenin ilk yıllarında her ne kadar devletin kişilerin oturduğu konuta kamulaştırma işlemi ile müdahalesi de bu hakka müdahale olarak kabul edilse de daha sonra mül-

42 **Gözübüyük Ş., Gölcüklü F.**, s.340.

43 **İşıldak v. Türkiye** kararı, başvuru no: 12863/02, Mahkemenin 30 Eylül 2008 tarihli kararı.

44 **Polater Y.Z.**, s. 144.

kiyete ilişkin getirilen 1 no'lu ek protokol ile sadece mülkiyet hakkına müdahalenin bu hakka müdahale olarak kabul edilemeyeceği, bu hakka ilişkin müdahaleden bahsedilebilmesi için mülkiyet hakkı yerine, özel yaşam alanına saldırının hedeflenmiş olması gerektiği yolunda değerlendirmelerde bulunulmuştur. Nitekim Türkiye'ye karşı Kıbrıslılarca açılan davalarda Mahkeme, bu hususun değerlendirilmesi ile 8.madde ihlalinin varlığına karar vermektedir. *Demades v. Türkiye* kararına⁴⁵ konu başvuruda Kıbrıs-Rum kökenli Güney Kıbrıs vatandaşı başvuru, 1974 Kıbrıs Barış Harekatı sonrasında evini kullanmasının Türk silahlı güçlerince engellendiğini, evinin işgal edildiğini, 8.maddede yer alan konuta saygı hakkının ihlal edildiği şikayetinde bulunmuştur. Mahkeme, 1974'ten bu yana bir adım atılmaması nedeniyle 8.maddenin "sürekli" ihlalinin gerçekleştirildiğine karar vermiştir.⁴⁶

Konuta yönelik müdahaleler genellikle, göçe zorlama, arama, konutun yakılması ve yıkılması ve konuta girişin engellenmesi biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Konuta saygı gösterilmesi hakkına ilişkin başvurularda güvenlik güçlerince evlerin yakılması⁴⁷, bir çingenenin kendisine ait arsa üzerinde bulunan karavanda yaşamasının engellenmesi⁴⁸, bir avukat bürosunun aranması⁴⁹ gibi somut örnekler de bu madde kapsamında incelemiştir.

Bu başlık altında özel hayatın korunması ile konuta saygı gösterilmesi hakkı kapsamında bu haklarla iç içe görülerek değerlendirilen ve çevre hakkının da sözleşme içerisinde yer bulabildiği yorumlarına destek olan *Taşkın ve diğerleri v. Türkiye* kararından⁵⁰ da bahsetmek gerekir. Olayda başvuru Bergamalı on Türk vatandaşlarıdır. 1992 yılında Bergama'da altın arama hakkını elde eden Normandy Madencilik A.Ş siyanür kullanarak 10 yıllık altın arama iznini kullanmaya başlamıştır.

45 Demades v. Türkiye kararı, başvuru no: 16219/90, Mahkemenin 31 Temmuz 2003 tarihli kararı.

46 **Özdek Y.**, s.228.

47 Akdılar v. Türkiye kararı, başvuru no: 21893/93, Mahkemenin 16 Eylül 1996 tarihli kararı.

48 Buckley v. Birleşik Krallık kararı, başvuru no:

49 Niemietz v. Almanya kararı, başvuru no: 13710/88, Mahkemenin 16 Aralık 1992 tarihli kararı.

50 Taşkın ve diğerleri v. Türkiye kararı, başvuru no: 46117/99, Mahkemenin 10 Kasım 2004 tarihli kararı.

Çevre Bakanlığı siyanür kullanımı ile altın aramaya izin vermiştir. Bunun üzerine başvurucular ve diğer Bergamalılar yasal başvuruda bulunarak siyanür kullanımının uzun vadede halk sağlığını etkileyeceğini, yerel ekosisteme zarar vereceğini, çevre kirliliği yaratacağını belirterek söz konusu iznin iptalini talep etmişlerdir. İlk başvuru reddedilmesine karşın, Danıştay tarafından Bergamalıların itirazları yerinde görülerek karar bozulmuş, daha sonra İzmir İdare Mahkemesi söz konusu şirketin siyanürle altın arama iznini iptal etmiş, karar 1998 yılında Danıştay'ın onama kararı ile kesinleşmiştir. 1998 yılında Valilik emri ile de maden kapatılmıştır. 1999 Ekim ayında Başbakanlık emri ile TÜBİTAK tarafından bir inceleme raporu hazırlanmış, bu raporda önceden benimsenen altın aramada kullanılabilir siyanür miktarının kabuledilebilir limitleri değiştirilmiştir. Düzenlenen yeni limitler uyarınca 2001 yılında alınan yeni bir izinle altın arama çalışmalarına tekrar başlanmıştır. Bunun üzerine yasal süreç yeniden başlamış, 2002 yılında hükümet(kabine) bir prensip kararla çalışmalara devam edileceğini açıklamış, başvuranlar baskı altına alınmıştır. Yılmayan başvurucular, 2004 yılı Ağustos ayında kesin sonuca ulaşarak çalışmalara son verilmesini sağlamışlardır. Ancak geçen zamanda yaşam hakları ile özel yaşam ve konuta saygı gösterilmesi haklarının ihlal edildiğinden bahisle Mahkeme'ye başvurmuşlardır. Mahkeme yaşam hakkı konusunda bir ihlalin olmadığını ancak uzun yargılama nedeniyle adil yargılanma hakkının yani 6. madde ile kişilerin sağlıklı bir çevre içinde özel yaşamlarını sürdürmek istemelerinin özel yaşamlarına ve konutlarına saygı gösterilmesi hakkı ile doğrudan ilgili olduğunu belirterek 8. maddenin Türkiye tarafından ihlal edildiğine karar vermiştir.

Powell ve Rayner v. Birleşik Krallık kararında⁵¹ ise Mahkeme kişinin maruz kaldığı gürültünün onun özel hayatına ve konutuna saygı hakkına müdahale olarak değerlendirilebileceğini belirterek kabul edilebilirlik kararı vermiş ancak olayda menfaatler çatışmasının olduğunu, adil bir denge testi uygulanması gerektiğini belirterek, devletin bu konuda aldığı tedbirleri de dikkate alarak 8.maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.⁵²

51 *Powell ve Rayner v. Birleşik Krallık* kararı, başvuru no: 9310/81, Mahkemenin 21 Şubat 1990 tarihli kararı.

52 **Bahçeci B.**, s.531. **Tezcan D., Erdem M., Sancakdar O.** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. (Ankara:Seçkin Yayınevi.2002)s.292.

B. Kişinin Haberleşmesine Saygı Gösterilmesi Hakkı

1. Haberleşme Kavramı

Haberleşme kavramı, 8. maddede “correspondence” terimi ile ifade edilmiştir. Esasında bu kelimenin sözlük anlamı “yazışma”dır. Ancak Mahkeme, bu kelimenin dolayısıyla hakkın yalnızca yazışmayı değil, her tür iletişim aracı ile (mektup, telefon, telsiz, internet yazışmaları vb.) kişiler arasında gerçekleştirilen özel nitelikteki haberleşmeyi ifade ettiğini belirtmiştir.⁵³

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkını ifade eder.⁵⁴ Haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının sınırlarının iyi anlaşılması hakkın özünün kavranması açısından önemlidir. Bu noktada söz konusu hakkın yalnızca “özel” nitelikteki haberleşmeler için geçerli olduğu, bu hakkın korumasının yalnızca kişiler arasındaki haberin yolculuğu sürecini içerdiği, kişilerin hakimiyet alanına giren haber ya da iletişim araçları ile ilgili korumanın artık özel hayatın gizliliği kapsamında olacağı unutulmamalıdır.⁵⁵

2. Hakkın İçeriği

Kişilerin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, haberleşmenin ne şekilde yapıldığına bakmadığı gibi, nerede yapıldığını da dikkate almaksızın, kişiler arasındaki haberleşmeye saygı gösterilmesine, meşru nedenler olmaksızın müdahale edilmemesine, haberleşmenin gizliliğinin bozulmamasına karşı güvence sağlamaktadır. Nitekim Mahkeme de *Copland v. Birleşik Krallık* kararında⁵⁶ bu yönde karara varmıştır.⁵⁷ Karara konu olayda, Bayan Copland, Carmarthenshire College’da çalışmaya başlamış, çalıştığı süre boyunca tüm iletişiminin (telefon, elektronik posta ve internet erişimlerinin) okul müdür yardımcısının emriyle görüntülendiğini ve bu yolla haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkının zedelendiğini belirtmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmesinde

53 Gözübüyük Ş., Gölcüklü F., s.341.

54 Kilkelly U., s.34.

55 Gözübüyük Ş., Gölcüklü F., s.342.

56 Copland v. Birleşik Krallık kararı, başvuru no: 62617/00, Mahkemenin 3 Nisan 2007 tarihli kararı.

57 Tezcan D., Erdem M., Sancakdar O. ve Önok R., s. 280.

bu uygulamanın keyfi olduğunu, meşru bir sebebe dayanmadığını, bu şekilde Bayan Copland hakkında özel yaşamına ilişkin bilgi toplanmasının aynı zamanda özel yaşamın korunması kapsamında özel hayata saygı gösterilmesi hakkını da zedelediğini ve böyle bir uygulamanın demokratik bir toplumun gereği olmadığını belirterek 8.maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının koruması tüm bireyler arasındaki iletişim için geçerlidir. Ancak belirli kişiler arasındaki haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının sınırlanması için aranan şartlar daha ağırdır. Örneğin bir diğeri hakkında tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişiler arasındaki haberleşmeye müdahale edilmesinde meşru bir nedenin varlığı, ciddi emarelerle aranır.⁵⁸ Mahkeme, *Kepeneklioglu v. Türkiye* kararında⁵⁹ avukatına müebbet hapis cezasının infaz edildiği cezaevinden başka bir cezaevine nakli sırasında kötü muameleye maruz kaldığını belirten bir mektup yazan, Cezaevi Disiplin Kurulunca mektupları sakıncalı bulunup sansürlenene, bir mektubu da imha edilen, bu yolla haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiği şikayetinde bulunan başvurucuyu haklı bulmuştur. Mahkeme, bir tutuklunun, avukatı ile haberleşmesi konusundaki yerleşik içtihatları uyarınca, 8.madde kapsamında avukatla haberleşmenin ayrıcalıklı bir statüde olduğunu belirtmiştir. Bu hakka müdahalenin haklı olması için cezaevi kurumunun ya da bir başkasının güvenliğinin tehdit edildiği veya başka bakımlardan suç teşkil eden bir durumun gözlenmesi gerektiğini, haberleşmenin suistimali halinde böyle bir müdahale yapılmasının haklı sayılacağını belirterek 8. maddenin ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.⁶⁰

III. MADDE 8'DE BELİRTİLEN HAKLARA MÜDAHALE KOŞULLARI

Sözleşme ile tanınan hakların neredeyse tamamının mutlak haklar olmadığı, belirli koşullarla sınırlanabilecekleri, bu haklara müdahale edilebileceği kabul edilmektedir. Ancak sözleşmecî devletlerin, kişile-

58 **Kilkelly U.**, s. 35.

59 *Kepeneklioglu v. Türkiye* kararı, başvuru no: 73520/01, Mahkemenin 23 Ocak 2007 tarihli kararı.

60 **Polater Y.Z.**, s. 150.

rin haklarına müdahale edilmesi halinde bu müdahalenin haklı, hukuka uygun kabul edilebilmesi için belirli koşulları sağlaması gerekmektedir.⁶¹

Kamu otoritesinin müdahalesi,

- meşru bir nedene dayanmalı,
- yasa ile öngörülmüş olmalı,
- demokratik bir toplumun gerektirdiği ölçüde olmalıdır.

Müdahalede bulunmayı gerektiren meşru amaçlar sözleşmenin 8.maddesinin ikinci fıkrasında sayılmıştır. Bu düzenlemeye göre, müdahale “*ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için*” yapılabilir. Bu nedenler sınırlı olmakla birlikte geniş yorumlanabilir nitelikte olduklarından, devlet, birçok alanda müdahalede bulunma imkanına sahiptir. Örneğin, parmak izi veri tabanının tutulması ulusal güvenlik nedenine dayanırken, hükümlülerin haberleşmelerinin sansürlenmesi suç işlenmesinin önlenmesi meşru nedenine dayanmaktadır.⁶²

Mahkeme, başvuru konusu birçok müdahalenin 8. maddede sayılan meşru nedenlere dayanması sebebiyle ihlal niteliğinde olmadığına karar vermiştir. Mahkeme müdahalelerde keyfi davranılmamasını aramakta ise de meşru bir nedeninin varlığını aramaktan çok, yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesi ve demokratik bir toplumun gereği ölçüsünde olması kriterlerini gözetmektedir.⁶³

Müdahalenin yasa ile öngörülmüş olması şartı, aslında içerisinde birden fazla koşulu barındırmaktadır. Müdahale hem maddi anlamda bir yasa ile düzenlenmeli, bireyler keyfi uygulamalardan korunmalı, hem de yapılan müdahale kişilerce düzenlemenin varlığı nedeniyle öngörülebilir olmalıdır. Böylece kamu otoritelerinin yetkileri büyük ölçüde belirli ve sınırlı bir alanda tutularak kişilere haklarına müdahale konu-

61 Kilkelly U., s.42.

62 Polater Y.Z., s. 151.

63 Tezcan D., Erdem M., Sancakdar O. ve Önok R., s. 276.

sunda bir güvence sağlanır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki yasayla öngörülme şartının idareye takdir yetkisi tanındığı durumları ortadan kaldırdığı söylenemez. Şart sağlandığı müddetçe yasa da öngörülmuş bir takdir yetkisine dayanılarak da müdahalede bulunulması “takdir marjı ilkesi” gereğince Mahkeme tarafından pekala haklı bulunabilir.⁶⁴

“*Demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde*” hakka müdahale edildiğinde, bu müdahalenin ihlal niteliğinde olmayacağı kabul edilmesine karşın, bu ölçünün tespiti ne yazık ki net değildir. Her somut olayda Mahkeme tarafından bu kriter değerlendirmeye alınmakta, özel hayatın korunması ile diğer hak ve özgürlüklerin aynı ölçüde korunabilmesi için çatışan durumlarda söz konusu ölçü daha büyük önem kazanmaktadır. Nitekim *Plon v. Fransa* kararında⁶⁵ Mahkeme, Fransa eski Cumhurbaşkanı François Mitterand’ın sağlık sırlarının bir gazetede yayınlanması üzerine aile tarafından yapılan başvuru ile söz konusu bilgilerin yayınlanmasının süresiz olarak yasaklanmasının özel hayatın korunması kapsamında değerlendirileceğini; ancak bir süre sonra sürekli bir yasağın, Mitterand’ın dönemine ilişkin tartışmaların bu sebeple kısıtlanacağı, bu tartışmalarda kamu yararının daha üstün olduğu gerekçesiyle bu uygulama ile ifade özgürlüğünün yani sözleşmenin 10.maddesinin ihlal edileceği gerekçesi ile Fransa hakkında ihlal kararı vermiştir.⁶⁶

SONUÇ

Bu çalışma ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi olan Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması Hakkı kapsamında kişilerin özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi haklarının içeriğini, bu haklara konu kavramları, bu düzenlemeye ilişkin bahsi geçen konuyla örtüşen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önemli, emsal niteliğinde kararlarını inceledik.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 8 kapsamında olan haklar, gelişen dünya ve değişen sosyal yapı ile birlikte her geçen gün daha fazla önem kazanmaktadır. Gelişen teknoloji ile silahlanan ve terörizmin

64 Kilkelly U., s. 45

65 Plon v. Fransa kararı, başvuru no: 58148/00, Mahkemenin 18 Mayıs 2004 tarihli kararı.

66 Akyürek G., s.125.

giderek arttığı bir dünyada istihbaratın kazandığı önem sebebiyle özel hayatın, konutun ve haberleşmenin gizliliğinin üzerindeki tehdit giderek artmakta, bununla birlikte LGBT(lezbiyen, gey, biseksüel, transseksüel) bireylerin toplumdaki diğer bireyler gibi medeni haklarını kullanma yolunda hem devletler tarafından atılan adımlar hem de LGBT bireylerin verdiği mücadelelerle kazanılan ve kazanılacak haklarla bu hakkın yapısı ve kapsamı gün geçtikçe genişleyecek ve değişecektir. Bu durum Mahkemenin LGBT bireylerin başvuruları ile ilgili kararlarındaki tutumundan da gözlenmektedir.

İLGİLİ MEVZUAT

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Özel hayatın ve aile hayatının korunması

MADDE 8 - 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Madde 12 - Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna yada haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (1982 Anayasası)

A. Özel hayatın gizliliği

Madde 20 - Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgür-

lüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(EKLENMİŞ FIKRA RGT: 13.05.2010 RG NO: 27580 KANUN NO: 5982/2)

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

B. Konut dokunulmazlığı

Madde 21 - Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

C. Haberleşme hürriyeti

Madde 22 - Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır.

Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne

ne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakimın onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar.

İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.

I. Ailenin korunması ve çocuk hakları

Madde 41 - Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

(EKLENMİŞ FIKRA RGT: 13.05.2010 RG NO: 27580 KANUN NO: 5982/4) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

(EKLENMİŞ FIKRA RGT: 13.05.2010 RG NO: 27580 KANUN NO: 5982/4) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.

KAYNAKÇA

Akyürek Güçlü, (2011) Özel Hayatın Gizliliği İhlal Suçu. Ankara: Seçkin Yayıncılık

Arslan Öncü Gülay, (2011) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul: Beta Yayınları.

Bahçeci Barış, (2007) Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi İçtihatları, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No:5.

Dutertre Gilbert, (2003) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları.

(http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/aihm_kararlarindan_ornekler.pdf)

Gözübüyük Şeref, Gölcüklü Feyyaz (2011) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi) (9.Bası) Ankara: Turhan Kitabevi.

Janis Mark W., Kay Richard S., Bradley Anthony W., (2008) European Human Rights Law Text and Materials, Great Britain, Oxford University Press Third Edition.

Kilkelly Ursula, (2001) Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı(İnsan Hakları El Kitabı No.1).Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları. (http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad8_OzelYasam.pdf)

Özdek Yasemin, (2004) Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye AİHS Sistemi AİHM Kararlarında Türkiye, Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü(TODAİE).

Polater Yusuf Ziya, (2010) Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Ankara, Adalet Yayınları.

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, (2004) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayınları.

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, Önok Rıfat, (2011) İnsan Hakları El Kitabı.(4.Baskı).Ankara: Seçkin Yayınevi.

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Sancakdar Oğuz, (2002) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. Ankara:Seçkin Yayınevi.

Zevkliler Aydın, Havutçu Ayşe, (2005) Medeni Hukuk Temel Bilgiler, (5. Baskı) Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, SIM Veritabanı (Documentation SIM), Utrecht School of Law, Netherlands Institute of Human Rights. Son Güncelleme Tarihi: 19.04.2012 (<http://sim.law.uu.nl/SIM/Dochome.nsf?Open>)

Ceza Hukuku Bakımından Akıl Hastalığı Durumunda Kusur Yeteneği

■ Pelin KAYA*

I. İSNAT YETENEĞİ

Suçun ne olduğu kanunumuzda tarif edilmiş değildir. Ceza kanunumuz sadece hangi fiillerin suç oluşturduğunu göstermiş, ayrıca bir tanım vermemiştir. Ancak burada çok özet ve kısa bir tanım vermek gerekirse suç, kanunun bir ceza hukuku yaptırımı ile karşıladığı fiildir diyebiliriz.¹ 05.06.1996 tarihinde kabul edilen Rus Ceza Kanunu'nun 14. maddesine göre suç, "kanunun ceza tehdidi ile yasakladığı, toplum bakımından tehlikeli kusurlu olarak işlenmiş fiildir."² Kanaatimizce ceza kanunları ile yasaklanan ve neticesi cezaya veya güvenlik tedbirine bağlanan davranışların tamamına suç denir.

Suç, kanunun suç olarak düzenlemekte menfaat gördüğü bir değer in ihlalinin cezalandırılmasıdır. Değer insana yarayan hoş gelen şeydir.³

Suçun faili insandır. İnsan etik bir değerdir. Bu konuda tartışma yoktur. Etik bir değer olduğu içindir ki, insanın davranışlarının sorumluluğunu üstlenme erkine sahip olduğu kabul edilmektedir. Uygar toplumlar, kendilerine vücut veren hukuk düzenlerinde, sürekli ve arızı olarak bu erkten yoksun olan kimseleri, isnat edilebilir nitelikte görmemektedirler.⁴ O halde, insanın etik bir değer olması ve bu sebeple davranış-

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1 **Hakeri**, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.101.

2 **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s.36, 16. dipnot.

3 **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s.203.

4 **Hafizoğulları**, Zeki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda İsnat Yeteneği, Başkent Üniversitesi Hukuk, Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı. <http://www.abchukuk.com/makale309.html> (Erişim: 23.01.2013); **Kocar**, Yasin, Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Kaldıran veya Azaltan Nedenler, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 4; **Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, Polis Dergisi, Sayı 45, Temmuz-Ağustos-Eylül 2005, s. 6; **Taner**, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953, s. 293-294.

ların sorumluluğunun da yüklenebilir olmasında kuşku yoktur ancak insanın davranışları sebebiyle hele ki, ceza kanununda yasaklanmış bir davranış sebebiyle sorumlu tutulabilmesi için isnat yeteneğinin de varlığı şarttır.

Ceza kanunu ile yasaklanan ve neticesi cezaya bağlanan bir davranışın, yani suçun bir insan tarafından gerçekleştirilmesi durumunda o insanın yalnızca bu davranış gerçekleştirilmeyi istemesi yeterli değildir. İstedığı gibi o davranışın hukuki anlamını ve neticelerini bilerek hareket etmesi gerekir. Bu sebeple isnat edilebilirliğin varlığından söz edilebilmesi için "bir insanda -failde- fiilin hukuki anlam ve neticelerini anlayabilme ve isteyebilme yeteneğinin bulunması" şarttır.

Yargıtay'a göre isnat yeteneği, "failin bir fiili suç olduğunu bilerek ve isteyerek işlemesidir. Bu itibarla manevi isnadiyetin unsurları şuur ve iradedir."⁵ O halde isnat yeteneği, anlama ve isteme yeteneği unsurlarından oluşmaktadır. Anlama ve isteme yeteneği iki ayrı kategori olarak düşünülemez ve birbirlerinden ayrılamazlar. Şöyle ki, anlama yeteneğine sahip bir insanın, isteme yeteneğinin mevcut olmadığı durumlarda isnat yeteneğinin varlığından söz edilemez. Isnat yeteneğinin mevcudiyetinin şartı anlama ve isteme yeteneğinin bir arada mevcut olması durumudur. Aksi halde, kişi isnat yeteneği sahibi değildir.

Bir eylemin faile isnat edilebilmesi için gerekli olan niteliklerin neler olduğu konusunda farklı düzenlemeler söz konusudur. Örneğin Türk Ceza Kanununun 31/1 ve 32/1. maddelerinde "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını" algılayabilme ve "davranışlarını yönlendirme" yeteneğinden, 31. maddenin 2. fıkrasında "fiili algılama" ve "davranışlarını yönlendirme" yeteneğinden söz edilirken, 84/4. maddesinde "işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği"nden söz edilmektedir.⁶

Bu konudaki en kısa ve açık tanım, İtalyan Ceza Kanununun 85. maddesindeki tanımdır. Nitekim söz konusu maddede, fiili işlediği sırada isnat edilebilir olmayan kimsenin kanun tarafından suç olarak öngörülen bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ilkesi hükme bağlandıktan sonra, isnat edilebilirlik "anlama ve isteme yeteneği" olarak tanımlanmaktadır. Söz konusu tanıma göre, isnat edilebilirlikten söz edilebilmesi için iki yeteneğin var olması gerekir. Bunlar anlama ve isteme yeteneğidir.⁷

5 Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 24.01.1970-1969-1360/268.

6 **Toroslu**, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2008, s. 345.

7 **Toroslu**, s. 346.

Kanununu bilmemenin mazeret olarak kabul edilmemesi ile beraber isnat yeteneğinin unsurlarından anlama yeteneğinin var olduğunun kabulü için insanın davranışının kanuna aykırı olduğunu bilmesi gerekmemektedir. Söz konusu davranışın olağan ve ortak hayatın gerekleri ile ters düşmesi yeterlidir. Bu sebeple anlama yeteneğinden maksat, insanın gerçekleştirdiği davranışın sosyal değerinin farkına varabilme yeteneğidir.⁸

Şöyle ki, insanın gerçekleştireceği davranışın hukuki anlam ve neticelerini bilmesine rağmen; o davranışı baskı, tehdit ile gerçekleştirmiş olması durumunda isnat yeteneğinin unsurlarından anlama yeteneği var olmasına karşın isteme yeteneği bulunmadığı için isnat yeteneği mevcut değildir. Çünkü kişi davranışlarını yönlendirirken her türlü etkenden uzak hür iradesi ile davranmalı ve kendi değer yargılarına göre yapmasının gerekli olduğuna inandığını bizzat hür iradesi ile istemelidir. Bu durumda kişi isnat yeteneğine sahiptir.

Anlayabilme ve isteyebilme yeteneği olmayanın, isnat yeteneğine sahip olduğundan söz edilemez. Gerçekten isnat yeteneği kişinin düşünsel açıdan belli bir olgunlukta olmasını gerektirir. Bu da yetişkin olma ve akıl hastası olmama ile paralel gelişir. Bu nedenledir ki, belli yaşta küçüklerin ve akıl hastalarının isnat yeteneği yoktur.⁹ O halde, akli melekeleri yerinde yani, ruh sağlığına sahip ve fizyolojik olarak da gelişimini tamamlamış her insan isnat yeteneğine sahiptir.

İnsanın bilme, düşünme, hareketlerini düzenleme yetisine akıl denir. Akıl sayesinde çeşitli hükümler arasındaki mantık bağılıkları kavranır, çeşitli olayların kanunları bulunur ve bu kanunlara dayanarak gelecek hakkında hüküm verilebilir. Başka bir deyimle akıl çağrışımlar ve içgüdülerle değil, düşünceyle hüküm vermek ve hareket etmek yetisidir. İyi düşünmek, doğruyu yapmak, iyiyi kötünden ayırma yetisinde olan akıl, yalnız insana mahsus bir özellik sayılmaktadır. Akıl sayesinde bir hükmün doğru ve yanlış olduğu anlaşılır, olayların sebepleri araştırılır, yapılacak şeylerin bir amaç için yapılması mümkün olur.¹⁰ O sebep-

8 **Torosl**, s. 346.

9 **Centel, Nur/Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2008, s. 351.

10 <http://www.baktabul.net/nedir/94823-akil-nedir-akil-hakinda-akil-tanimi.html>(Erişim: 22.01.2013).

ledir ki, her akıl sahibi insan bir de aklını kullanabilme yetisine sahip ise, yapmayı amaçladığı eylemlerinin neticelerini de bilebilecek yetiye sahip demektir.

İsnat yeteneği, isnat edilebilirlik olgusunun dayandığı yer insani sorumluluk anlayışıdır.¹¹ Bir kimsenin ceza kanununa aykırı davranışları nedeniyle sorumlu tutulması için, onun davranışlarının sosyal değerini idrak edebilecek durumda olması ve gerektiği şekilde davranmasını önleyecek psişik¹² anormalliklerinin bulunmaması zorunludur. Bir başka deyişle kişinin belirli bir zihinsel gelişmeye ulaşmış olması ve aklın sağlıklı bulunması gerekir.¹³ Yani, ceza tehdidi ile yasaklanan ve neticesi yaptırıma (ceza ya da güvenlik tedbiri) bağlanan davranışın gerçekleştirilmesi sebebiyle kişinin cezalandırılabilmesi için isnat yeteneğinin varlığı mutlak bir şarttır.

İsnat yeteneğinin yokluğu, sadece cezayı ortadan kaldıran kişisel bir nedendir.¹⁴ O halde, isnat yeteneğinin mevcut bulunmaması durumunda kişi cezai yaptırımdan muaf hale gelir ancak bu kişinin ceza tehdidi altındaki davranışı -suçu- işlemmediği ve o suçun faili olmadığı anlamına gelmemektedir.

Bu sebeple anlatılmak istenen husus; kişide bulunan sağır-dilsizlik, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı vs. gibi isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan durumlar sebebiyle cezalandırılmaktan muaf olmasından ya da verilecek cezanın azaltılmasından öteye gitmemekte ve söz konusu davranışın suç oluşturmaya devam etmesinden ve kişinin de aslen fail olmaya devam etmekte olmasından ibarettir. Yani, isnat yeteneğinin varlığı yokluğu davranışın suç oluşturup oluşturmadığı ile alakalı değildir; isnat yeteneğinin varlığı ya da yokluğu söz konusu davranışın gerçekleştiren kişinin cezalandırılabilirliği ile alakalı ve cezalandırılabilirliğini etkileyen bir durumdur.

11 **Toroslu**, s. 348.

12 *Psişik güç Metapsiziğin ve Parapsikoloji'nin araştırma alanında bulunan, insanın paranormal (normal dışı, normal ötesi) denilen, bilinen fizikokimyasal yasalarla açıklanamayan psişik fenomenlerde söz konusu olan yeteneklerini ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir. Paranormal yetenek terimiyle eşanlamlıdır. Bkz. <http://paranormaller.tr.gg/Psi%26%23351%3Bik-Tan%26%23305%3Bm.htm> (Erişim: 22.01.2013).*

13 **Toroslu**, s. 348-349.

14 **Toroslu**, s. 351.

II. İSNAT YETENEĞİNİ ETKİLEYEN HALLER

İsnat yeteneğini kaldıran veya azaltan sebepler 5 ayrı grupta toplanmıştır. Bunlar;

- Yaş küçüklüğü,
- Sağır-dilsizlik,
- Akıl hastalığı,
- Arızı nedenler,
- İstemeyerek sarhoşluk veya uyuşturucu madde etkisidir.

Bu çalışmada "Ceza Hukuku Bakımından Akıl Hastalığı Durumunda Kusur (İsnat) Yeteneği" konusu incelenecektir.

A. AKIL HASTALIĞI

Düşünme, sistematik ya da rastlantısal olarak düşünce (fikir) üretimi ile sonuçlanan zihinsel bir süreçtir. Düşünme sırasında insan beyninin değişik bölgelerinde meydana gelen değişikliklerin aygıtlar yardımıyla gözlenmesine ve beynin anatomik yapısının ayrıntıları ile bilinmesine karşın, düşünmenin fizyolojik bir süreç olarak ayrıntılı betimlemesini yapmak henüz mümkün olmamıştır. Psikolojik açıdan düşünme daha çok algı ve anlaqla (zekayla) ilintilendirilmekte, problem çözme ve karar verme bağlamında ele alınmaktadır. Düşünme her türden akıl yürütmenin yanı sıra, sezme veya düş kurma şeklinde de tezahür edebilmektedir.¹⁵

İnsanın, insan olma doğasından kaynaklanan bir yetisi vardır ki, o da düşünmedir. Düşünme insanın kendisinin bilincinde olması ve ardından yaşadığı toplumdaki olayları ve nesnelerin farkına varıp bunlar ile ilgili değerlendirmeler yaparak neticelere ulaşabilmesi yetisidir. Ancak bu yetiyi gereği gibi kullanabilmek için öncelikle insanın algılayabilme, anlamlandırabilme ve ilişkilendirebilme gibi yetilere de sahip olması gerekir. İşte tüm bu yetilerin bir arada bulunduğu bir insanın yaşadığı

15 <http://tr.wikipedia.org/wiki/D%C3%BC%C5%9F%C3%BCnme> (Erişim: 25.01.2013).

ğı toplumdaki tüm sosyal ve doğal olayları algılayıp, anlamlandırıp ve olaylar arasında kurduğu bağlantılar ile bir neticeye varabilmesi ancak dünyada yaşayan canlı varlık türlerinden bir tek kendisinin sahip olduğu AKLI ve AKLINI KULLANABİLMESİ sayesinde mümkündür.

İnsanın bilme, düşünme ve hareketlerini düzenleme yetisine akıl adı verilir.¹⁶ İnsanın yaşadığı toplumdaki somut, doğal, sosyal tüm olayları algılayabilmesi, anlayabilmesi ve olaylar arasında neden-sonuç ilişkisi kurabilmesi akıl sayesinde mümkündür. Ve insanın gerçekleştirmek istediği bir davranışının anlamını ve bu davranışı gerçekleştirdiği takdirde karşılaşacağı, sorumlu tutulacağı neticenin ne olduğunu da yalnızca akli faaliyetleri ile kavraması mümkündür.

Tam da bu noktada akli melekelerden yoksun olmak konusuna değinecek olur isek; bu yoksunluğun bulunduğu bir kişinin çevresinde gerçekleşen olayları anlaması ve o olaylar ile ilgili akli melekeleri tam bir insandan beklenen düşünsel faaliyeti sergilemesi beklenemez. Çünkü akıl hastalığına düşen bir kimsenin, olağan hayat ve reel dünya ile bağlantısı kopmaktadır. Dolayısıyla akli melekeleri tam olmayan bir kişinin anlama ve isteme yeteneklerinde daimi bozukluk hali bulunmaktadır. Bu sebeptendir ki, gerek cezai müeyyideler gerek ise toplumsal kınanmalar açıdan bir insana davranışlarının sorumluluğunun yüklenebilmesi için o insanın akıl sağlığının yerinde olması gerekmektedir.

Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun 32. maddesi uyarınca “Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur. Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.”

16 <http://www.baktabul.net/nedir/94823-akil-nedir-akil-hakkinda-akil-tanimi.html> (Erişim: 22.01.2013).

O halde, akli melekeleri tamamen yoksun olan kişi yani, tam akıl hastalarının isnat yeteneğinin olmadığı aşıkârdır. Öyle ki, bu kimseler cezai sorumluluk taşımak bir tarafa, olağan hayatlarında dahi akli melekeleri tam kimselerin yaşadığı dünyadan farklı boyutlarda yaşamaktadırlar.

Akıl hastalığı psikiyatri biliminin konusudur ve hangi durumların akı hastalığı kapsamına girip girmediği ancak psikiyatri bilimi tarafından belirlenebilmektedir. Dolayısıyla akıl hastalığının tayini ancak uzman kişiler tarafından yapılabilmektedir.

Aşağıda tam akıl hastalığının, kısmi akıl hastalığının ve *ihtiras hallerinin, saranın (epilepsi), saplantının, psikopatlığın, uyurgezerlik ve hipnotizmanın, alkolizm ve uyuşturucu madde bağımlılığının* tıp bilminde akıl hastalığı sayılıp sayılmadıkları ve isnat yeteneğine etkileri üzerinde durulacaktır.

B. AKIL HASTALIĞI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLEN BAZI DURUMLAR VE İSNAT YETENEĞİNE ETKİLERİ

Aşağıda anlatacağımız hallerden bazıları akıl hastalığı kategorisinde değerlendirilirken, bazıları şiddeti ne kadar fazla olursa olsun akıl hastalığı kabul edilmemekte ve isnat yeteneğine etki etmemektedir.

1. İhtiras Halleri

İntikam, kin, zengin olma gibi ihtiras halleri ne kadar şiddetli olursa olsunlar, akıl hastalığının bir nevi sayılmak suretiyle, isnat yeteneğini etkilemezler. Gerçekten normal olan her kişi, ihtiraslarına, karşı koymak zorundadır. Esasen birçok suçun saiki, kin, intikam, hırs, tamah gibi ihtiraslardan ibarettir. Akıl hastalığı, klinik gözlemle tespit edilen fizik veya psikik bir hastalığı belirttiği için, ihtirasların akıl hastalığı teorisine sokulmasının imkanı yoktur.¹⁷

Belirtmekte yarar vardır ki; bu ihtirasların akıl hastalığı seviyesine ulaşması halinde, artık ortada bir akıl hastalığı olduğu için o kişinin

17 **Kocar**, s. 109; **Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara 2002, s. 522; **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 190-191.

kusur/isnat yeteneği etkilenir. Örneğin, para hırsı yüzünden, "para para" diyerek deliren kimse gibi.¹⁸

Kanaatimizce yukarıdaki örnekte para hırsı sebebiyle para para diye deliren kişi ihtiras hali sebebiyle değil, yaşanan ihtiras halinin şiddetlenmesi neticesinde bir akıl hastalığına yakalandığı için isnat yeteneğini kaybetmiştir.

Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuz, akıl hastalığından söz etmek ile beraber, isnat yeteneğinin iki unsuru, anlama veya isteme yeteneğine etkili olan ve hatta bu unsurları tamamen ortadan kaldırırsa dahi ihtiras hallerini cezayı kaldıran veya azaltan bir neden olarak kabul etmemiştir.

Ancak, her hırs, kin, intikam ve benzeri ihtiras hallerini bir tutmamak, o duyguları yaşayan kişinin psikolojik dünyasında yarattığı etkinin seviyesine bakmak lazım gelmektedir. Şöyle ki; eşinin kendisini en yakın arkadaşı ile aldatması sebebiyle, eşi ve en yakın arkadaşına karşı intikam duygusu taşıyan ve bu sebeple her ikisini de öldüren kimsenin -failin- isnat yeteneğinin etkilenmediği, o kimsenin isnat edilebilir olduğu kanaatindeyim. Belirtmek gerekir ki, vermiş bulunduğumuz örnek akıl hastalığının bir nevi sayılan ve fakat isnat yeteneğine etki etmeyen hallerden intikam duygusu ile ilgilidir. Bu örneğimizde kişideki intikam duygusu psikolojik dünyasında şiddetli bir hal olmuş olmalı ki, kişi eylemi gerçekleştirme derecesine ulaşmıştır. Bu örneğimiz kanaatimizce akıl hastalığı nevi sayılsa dahi isnat yeteneği kaldırmamakta ve fakat kişinin isnat yeteneğini etkilemesi sebebiyle ceza sorumluluğunu azaltan hallerden HAKSIZ TAHRİK haline girdiği söylenebilir.

Türk Ceza Kanunumuzun 29. maddesi uyarınca haksız tahrikten söz edilebilmesi için;

- Tahrik oluşturan haksız bir fiilin bulunması,
- Bu haksız fiilin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirmesi,
- İşlenen suç ile haksız fiil arasında nedensellik bağı bulunması,

18 **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2007, s. 318.

- Haksız fiili yapanın mağdur olması veya mağdurun bu fiili önleme sorumluluğu bulunması gerekir.¹⁹

Nitekim yukarıda bahsettiğimiz örnekte de eşinin kendisini en yakın arkadaşı ile aldatması durumu haksız bir fiilin varlığına, failin eşi ve en yakın arkadaşına karşı intikam duygusu taşıması haksız fiilin failde hiddet veya şiddetli elem meydana getirdiğine, failin bu sebeple her ikisini de öldürmesi işlenen suç ile haksız fiil arasında nedensellik bağı bulunduğuna ve yine failin eşinin kendisini en yakın arkadaşı ile aldatması hali ise haksız fiili yapanın mağdur olduğuna isabet etmektedir. Ve kanaatimizce anılan örnek olayımızda ceza sorumluluğunu azaltan hallerden haksız fiilin tüm koşulları oluşmuş bulunmaktadır.

2. Sara (Epilepsi)

Epileptik nöbet (sar'a), beyindeki hücrelerin kontrol edilemeyen, ani, aşırı ve anormal deşarjlarına bağlı olarak ortaya çıkan bir durumdur. Beyin, insan vücudunun ana kumanda merkezi gibidir. Beyin hücreleri arasındaki uyumlu çalışma, elektriksel sinyallerle sağlanır. Nöbetin nedeni, bir tür beklenmeyen elektriksel uyarı olarak düşünülebilir. Kısacası; epileptik nöbet, beynin kuvvetli ve ani elektriksel boşalımı sonucu oluşan kısa süreli ve geçici bir durumdur.²⁰

Ceza hukuku açısından sar'a (epilepsi) ya doğrudan doğruya bir suç sebebi olarak ya da hastada oluşan epileptik karakter bozukluğu sebebiyle suça yatkınlık yaratan bir akıl hastalığıdır.²¹ Anılan hastalık nöbetler halinde yaşanmaktadır ve nöbetin yaşandığı esnada kişi bilincini kaybetmektedir.

Suçluluk bakımından epileptikler (sar'a hastaları) şiddet gösteren ve tehlikeli olan bazı suçları işleyebilmektedirler. Özellikle bilinç karardığı sıralarda korku ve depresyon devirlerinde de epileptiklerde cinsel suçları ve kundakçılık suçlarını işlemek hususunda bir eğilime rastlanır.²²

19 **Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 144.

20 **Gökçil**, Z., Epilepsi Rehberi, www.gata.edu.tr/dahilibilimler/noroloji/epilepsi.htm (Erişim: 23/07/2012).

21 **Kocar**, syf. 110; **Ünver**, Yener, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul 1989, s. 21-26.

22 **Kocar**, s. 110; **Dönmezer**, Sulhi, Kriminoloji, 8. Baskı, İstanbul 1994, s. 150.

Demirbaş'a göre; kriz esnasındaki fiiller sorun teşkil etmez; çünkü kişi kendinde değildir, dolayısıyla akıl hastalığına ilişkin hükümler uygulanacaktır. Burada bizi asıl ilgilendiren, nöbet dışındaki durumdur. Zira kural olarak, nöbet dışı haller kusur yeteneğini etkilemez. Ancak, bazı olaylarda olduğu gibi, kişi kriz gelecek diye anormal davranışlar içerisinde ise, bu durum dikkate alınmalıdır.²³ Çünkü yukarıda da bahsettiğimiz üzere anılan hastalık nöbetler halinde yaşanmakta ve kişiye nöbet geldiği esnada bilincini kaybetmektedir. Bu sebeptendir ki, nöbet esnasında kişi isnat yeteneğinden yoksun olmasına karşın, nöbet dışı zamanlarda kişinin isnat yeteneği mevcuttur. Ve bu hususun bilincinde olan bir kişi belki de bu hastalığının gölgesine sığınarak, hastalığını kullanarak yani, yakalanmış olduğu nöbet geçirmediği ve aslında sağlığı açısından normal olduğu zamanlarda da sanki nöbet geçirecekmiş gibi anormal hareketler sergileyerek ve bu duruma sığınarak suç işleyebilmektedir. Kanaatimizce o kişi hastalığın etkisinde değildir ve kişinin isnat yeteneği bulunmaktadır.

Bu sebeptendir ki, kanaatimizce, nöbet esnasında kişinin isnat yeteneği bulunmamakta ve ancak nöbet dışındaki zamanlarda işlediği suçlar bakımından sağlık durumunun yaşanan her somut olaya göre değerlendirilmesi ve içinde bulunduğu durumun isnat yeteneğinin etkileyip etkilemediğine özenle bakılması gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay bir kararında, "sanığın suçu işlediği sırada tutulmuş olduğu sar'a hastalığının etkisi altında olup olmadığını tespiti gerekeceği, bu konuda raporlar arasındaki aykırılığın giderilmesi için Adli Tıp Genel Kurulu'ndan mütalaa alınması gerektiği"ni ifade etmiştir.²⁴

Yüksek Mahkeme bir başka kararında ise, "sanığın akıl ve ruh hastası olduğuna dair herhangi bir delil dosyada yoktur. Sulh hakimliğinde ve duruşmada (ben kendimi kaybettim, şuurumu kaybetmişim) yolundaki sözleriyle gazap ve hiddetle suç işlediğini ifade etmeye çalışmıştır. Bu durum karşısında sanığın şuurunun incelettilmesine gerek yoktur" gerekçesini ifade etmiştir.²⁵

23 Demirbaş, 2007, s. 318.

24 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24/12/1984, 1/495-474.

25 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 02/04/1984, 1/92-122; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24/12/1984, 1/495-474.

3. Saplantı

Kişilerin simetri, temizlik, öldürülme korkusu ya da daha bir çok sebeple saplantıları olabilir. Kişilerdeki öldürülmek korkusu, temizlik gibi bazı saplantıların anormal dereceye ulaşması, akıl hastalığı kapsamına girer. Ancak, bu durumun isnat yeteneğini etkilemesi için, saplantılı kişinin saplantısı ile ilgili suç işlemesi gerekir. Örneğin, fail düşmanlarca öldürüleceği kanaatinde ve bu saplantıdan kurtulmak amacıyla, çok kere, hayali düşmanını, daha önce davranarak kendisi öldürmektedir. Böyle bir kişinin saplantısı ile ilgili bir suç işlemesi halinde, fiili işlediği zaman akıl hastalığına müptela olduğundan 32. madde uygulanacaktır.²⁶ Bu durumda kişinin isnat yeteneği yok kabul edilmektedir. Çünkü saplantısının şiddeti sebebiyle suç işlemiştir. Bu noktada şizofreni hastalığı söz konusu olabilir. Şizofreni kelime olarak düşünce yarıklığı anlamını taşır ve erken bunama olarak da adlandırılır. Hasta kendisine ve çevresine ilgi göstermez. Düşünceleri dağınıktır, bellek ve dikkat zayıflamıştır. Bu hastalar kavga, yaralama, insan öldürme, cinsel suçlar gibi suçlar işlerler. Ancak şizofreninin şizoid denilen türünde kusur yeteneği tamdır.²⁷ Ancak diğer bir örneğe göre; öldürülme saplantısı nedeniyle yanında sürekli silah taşıyan kişinin, banka soyması veya ırza geçmesi halinde, saplantı dışı bir suç işlediğinden, kişi, cezalandırılacaktır.²⁸

O halde, yukarıda açıklananlara katılmakla birlikte anormal dereceye ulaşan saplantı durumu ile ilgili, saplantısının şiddeti içerisinde ve bizzat saplantı konusuna yönelik bir suç işlendiği takdirde kişide isnat yeteneği olmadığı yargısına varılması gerektiği kanaatindeyiz.

4. Psikopatlık

Psikopatlık bedeni temele dayanmayan anormal karakterli davranış bozukluklarıdır; bu bakımdan akıl hastası olarak değerlendirilmezler. Psikopat, asosyal, saldırgan ve heyecanlı bir kişiliğe sahip olup; mutad anlamda bir vicdana sahip olmadıklarından, kusur duygusu ya çok az-

26 **Kocar**, s. 111; **Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005, s. 312; **Dönmezer/Erman**, Cilt II, s. 192.

27 **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 376, 113. dipnot; **Dokuz**, Zeki, Adli Psikiyatri, Akıl Hastalıkları ve Toksikomani Mevzuatımız, İstanbul 1966, s. 46 vd.

28 **Kocar**, s.111; **Demirbaş**, 2007, s. 312.

dır veya hiç yoktur. Tekerrür eğilimleri ile ayırt edilen ve suçluların en tehlikelileri psikopatlardır.²⁹

Kanaatimizce psikopatların isnat yeteneği tamdır. Psikopatlarda eksik olan kusur duygusudur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve neticelerini anlar, davranışlarını o fiili işlemek için yönlendirirler ancak vicdanlarının zayıflığı sebebiyle, o fiil, onlar için bir suç teşkil etmemektedir. Etse dahi, cezalandırılmak onlar için önem arz etmemektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin 2 fıkrasının (765 sayılı mülga TCK'nın 47.madde) uygulanabilmesi açısından ise, bir görüşe göre, hastalığın ileri derecelerinde ve özellikle bir psikoz başlangıcında, bunun bir akıl hastalığı olarak değerlendirilmesi ve 47. maddede belirtilen derecede isnat yeteneğini kaldırdığı kabul edilerek uygulama yapılmalıdır.³⁰

Diğer bir görüşe göre bu anlayış yanlıştır. Böyle bir tutumun, psikopati yeni bir suça hazırlayacağı, işlediği bir suç nedeniyle cezalandırılmadığını veya daha az cezalandırıldığını gören bir psikopatın, çok daha rahat ve güvenli olarak yeni bir suça teşebbüs edeceği belirtilerek, bu kişiler hakkında 765 sayılı mülga TCK'nın 47. maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmektedir.³¹

O halde, kanaatimiz Kocar'ın³² da belirttiği yöndedir ki; psikopatın karakteristik bozukluğu neticesindeki şiddetli anormal davranışlarının şizofreniden daha anormal olabildiği durumlarda akıl hastalığının varlığı kabul edilebilir ve 5237 sayılı TCK'nın 32. maddesi uygulanabilir. Ancak önemli boyut kazanmamış davranışlarda isnat yeteneğinin var olmadığının kabulü hukuka aykırılık teşkil edecek ve suçluların ve işlenecek suçların önünü açacak, toplumda huzursuzluk yaratacaktır.

5. Uyurgezerlik ve Hipnotizma

Patolojik bir durum olan uyurgezerlik, akıl hastalığı kapsamına sokulmaktadır. Fakat uyurgezer olduklarını bildikleri halde, gerekli ted-

29 **Demirbaş**, 2007, s. 319; **Demirbaş**, Timur, Kriminoloji, 2. Baskı, Ankara 2005, s. 118 vd.

30 **Kocar**, s. 117; **Erem**, Faruk, Adalet Psikolojisi, 8. Baskı, Ankara 1988.

31 **Kocar**, s. 117; **Akgün**, Nejat, Adli Psikiyatri, Ankara 1987.

32 **Kocar**, s. 118.

birleri almayarak suç işleyenlerin taksire dayanarak sorumlu olacakları kabul edilmektedir.³³ Ancak kişi uyurgezer olduğunu bildiği halde yatmadan -uyku halinden önce- gereken tedbirleri almaz ise o takdirde işlediği suç bakımından taksire dayanarak sorumlu olacaktır. Bu hali normal bir şahsın uyuması sonucu suç işlemesi (örneğin, otomobilini sürerken uyuyup bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet veren şoförün durumu) durumundan ayırmak gerekir. Bu örnekte fail, uyku durumuna taksir ya da kastın sebebiyet vermesine göre kastından veya taksirinden sorumlu tutulur.³⁴

Hipnotizma durumu ise, hipnotik telkinlerle, bir kişinin uyku veya uyuşukluk haline sokularak ona bir takım hareketlerin yaptırılması söz konusu olmaktadır. Fail kusuru olmadan böyle bir duruma sürüklenir ise, failin cezai anlamda sorumluluğu olmaz yani, isnat yeteneği yok kabul edilmektedir.³⁵

Ancak kişiye suç işletilme amacı varsa ve kişi de bu durumu bile-rek hipnotik hareketlere sürüklenmesini kabul ediyor ise, bu takdirde kişinin cezai sorumluluğu şüphesiz vardır ve bu durumda kişiye ALIC kuralı (sebebinde serbest hareketler/actiones liberae in causa kuralı) uygulanacaktır.³⁶

Kişiye suç işletmek maksadı başkalarında var ve fakat kişinin kendisinde yok ise ve kişi hipnotik hareketlere sürüklendi ise o takdirde kişiyi suçu işlemek için alet olarak kullananlar “dolayısıyla fail” olarak sorumlu olacak ve cezalandırılacaklardır.³⁷

Yukarıda anlatılan görüşlerin tamamına katılmakla beraber belirtmek isteriz ki; ihmalkârlığı sebebiyle hipnotik hareketlere sürüklenen kişinin suç işlemesi halinde, kişi o suç bakımından isnat edilebilirlik ve taksirinin derecesine göre cezalandırılacaktır. Örneğin, bir gösteride

33 **Demirbaş**, 2007, s. 319; **Dönmezer/Erman**, Cilt II, s. 871.

34 **Kocar**, s. 117; **Demirbaş**, 2005, s. 312; **Dönmezer**, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003, s. 190; **Şensoy**, Naci, Cezai Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet, İstanbul 1950, s. 615-658; **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 563.

35 **Demirbaş**, 2007, s. 319; **Dönmezer/Erman**, Cilt II, s. 872.

36 **Demirbaş**, 2007, s. 319.

37 **Kocar**, s. 113.

gönüllü olarak hipnoz olan ve bunun etkisinden kurtulmadan aracı ile eve dönerken bir yayaya çarpan kişi, fiilinden sorumlu olacaktır.³⁸

6. Alkolizm ve Uyuşturucu Bağımlılığı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuz 34. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.". Ancak 34. maddenin 2. Fıkrası uyarınca "İradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.".

Alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığının akıl hastalığı kapsamına sokulabilmesi için, onun "iptila, yani kronik zehirlenme" derecesine varması gerekir. Bunu alkol ve uyuşturucu madde kullanma alışkanlığından, yani itiyadi kullanmadan ayırt etmek gerekir. Gerçekten de, kişinin itiyadi bağımlılığı durumunda, alkol ve uyuşturucu madde, kişi üzerinde geçici etki yapar; yani akşamcı içkisini içer, ertesi günü işine gider; kronik zehirlenme durumunda ise, kişi alkol ve uyuşturucu madde almadığı zaman krize girer. Kronik alkolizm, kişinin alkol kullanmadığı zamanlarda etkisini gösteren bir akıl hastalığıdır.³⁹ Dolayısıyla bu kişilerin akli melekeleri yerinde değildir ve akıl hastalığı kapsamında kabul edilerek kişinin isnat yeteneğinden yoksun sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

Nitekim hukukumuz açısından, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığının iptila derecesine ulaştığının tespiti halinde, bu durum akıl hastalığı olarak değerlendirilecek ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesi bu kişilere uygulanacaktır.⁴⁰

Ancak alkol veya uyuşturucu madde kullanımı sebebiyle kişide kronik zehirlenme meydana gelmekte ise, artık o kişi alkol veya uyuşturucu madde kullanmadığı zaman cinnet geçiren hale gelmektedir yani,

38 **Kocar**, s. 113; **Demirbaş**, 2007, s. 319; **Şensoy**, s. 615-658; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s. 563. Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, s. 190; **Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1989, s. 285.

39 **Demirbaş**, 2007, s. 319; **Alacakaptan**, Uğur, Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet, Ankara 1961, s. 30.

40 **Kocar**, s. 115.

alkol veya uyuşturucu madde o kişi bakımından hayatını idame ettirmekte vazgeçilmez bir hale gelmiş bulunmaktadır. Bu sebeptendir ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 57. maddesinin 7. fıkrası hükmü uyarınca bu kişiler hakkında tedbir sorumluluğu bulunmaktadır: *“Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine mahkeme veya hakim kararıyla serbest bırakılabilir.”*

C. AKIL HASTALIĞININ İSNAT YETENEĞİNE ETKİSİ

Kusur/isnat yeteneğinin varlığından söz edilebilmesi için anlama ve isteme yeteneklerinin her ikisinin de kişide mevcudiyetinin mutlak bir şart olduğu ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Akıl hastalığının bulunduğu bir kişide ise anlama ve isteme yeteneğini etkileyen psikolojik bozuklukların var olması sebebiyle isnat yeteneğinin varlığından kesin olarak söz edilemez. Akıl hastası kişinin eylemi neticesinde ortaya çıkan suç bakımından akıl hastalığının türü ve derecesine göre kişi ya isnat yeteneğine sahip değildir ve cezalandırılmaz ya da isnat yeteneği önemli ölçüde azalmış olarak kabul edilir ve cezalandırılır; ancak cezasında indirim yapılır. Bu sebeptendir ki, akıl hastalığı durumu isnat yeteneğini etkileyen bir husustur.

Akıl hastalığı neticesinde kişinin anlama ve isteme yeteneğinin bulunmaması sebebiyle isnat yeteneğinin olmadığı veya azaldığı kanaatine varılması için yalnızca kişinin akıl hastası olması yetmez. Söz konusu akıl hastalığı ile akıl hastası kişinin gerçekleştirdiği eylem neticesinde ortaya çıkan suç bakımından illiyet bağının varlığı şarttır. Şöyle ki;

Örneğin sara, sadece nöbet esnasında kişinin isnat yeteneği üzerinde etkilidir. Nöbeti dışında kalan zamanlarda, kişinin isnat yeteneği tamdır; dolayısıyla işlediği fiilden sorumludur⁴¹. Veyahut uzun yıllar alkol alan ve kronik alkol bağımlısı olan bir şahsın suçu işlediği sıra-

41 Kocar, s. 103; Hafizoğulları/Özen, s. 15.

da alkollü olup olmaması isnat yeteneği açısından önemlidir. Nitekim Yargıtay'a göre⁴²; kişinin uzun yıllar alkol aldığı ve kronik alkol bağımlısı olduğu iddiası ile akıl hastası olduğundan bahisle cezalandırılıp-cezalandırılmayacağına karar verilmesi yerinde değildir. Çünkü öncelikle, uzun yıllar alkol aldığı ve kronik alkol bağımlısı olduğu iddia edilen kişinin suçu işlediği tarihte "işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinde bir azalma" olup olmadığı, 5237 sayılı Kanunun 32/1-2. maddeleri kapsamında bir akıl hastalığı bulunup bulunmadığının araştırılması gerekmektedir. Şayet suçu işlediği sırada mevcut bir akıl hastalığı yok ise kişinin isnat yeteneği tamdır. Ancak suçu işlediği anda bir akıl hastalığının mevcut olup olmadığı araştırılmadan hüküm tesis edilir ise söz konusu akıl hastalığı ile akıl hastası kişinin gerçekleştirdiği eylem neticesinde ortaya çıkan suç bakımından illiyet bağı kurulmasının mümkünatı bulunmamaktadır.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca akıl hastalarının isnat yeteneğinden yoksun olduklarının varsayılması için hem kişinin isnat yeteneğinin ortadan kalkması veya zayıflaması hem de bu durumun bir akıl hastalığından kaynaklanıyor olması şarttır. Yani psikolojik noksanlık ile biyolojik noksanlık bir arada aranmaktadır. Şöyle ki;

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca "*akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.*" *Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği* ile kastedilmek istenen kişinin PSİKOLOJİK durumudur. Akıl hastalığı nedeniyle ile kastedilmek istenen ise kişinin BİYOLOJİK durumudur. Ve bu iki unsurun bir arada bulunması şarttır.

Kişinin biyolojik olarak akıl hastalığına yakalanmış olması isnat yeteneğinin bulunmadığını varsaymakta yeterli bir sebep değildir. Ancak biyolojik olarak yakalanılan akıl hastalığının kişideki isnat yeteneğini etkiler hale gelmiş olması durumunda kişi ceza sorumluluğundan kurtulur.

42 Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 08/05/2008 - 2007/2995 E.-2008/3854 K.

D. İSNAT YETENEĞİNE ETKİ EDEN AKIL HASTALIKLARI

1. Tam Akıl Hastalığı Durumu ve İsnat Yeteneğine Etkisi

Akıl hastalarının bilinç ve irade özgürlükleri ortadan kalmış ya da önemli derecede azalmıştır. Aslında akıl hastaları yaptıkları hareketi bilirler fakat bu hareketin bir suç oluşturduğunu ve bu hareketin gerçekleşmesi neticesinde ortaya çıkabilecekleri anlayamaz, idrak edemezler yani, ahlaki bilinçten yoksundurlar.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrası uyarınca tam akıl hastası “...işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmış olan...” kişidir. Yani, kişi -fail- fiili işlediği sırada anlayabilme ve isteyebilme yeteneğinden tamamen yoksun ise tam akıl hastasıdır ve bu kişi işlediği fiil sebebiyle cezalandırılmaz ancak hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulabilir.

32. maddenin 1. fıkrasında düzenlenen tam akıl hastalığı durumu ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran akıl hastalığıdır.⁴³

Tam akıl hastalığına yakalanmış kişinin işlediği fiil ile ilgili cezalandırılmamasının sebebi isnat yeteneğinin olmamasıdır. Çünkü yakalanılan tam akıl hastalığı sebebiyle kişide isnat yeteneğinin iki şartı olan anlama ve isteme yeteneği bulunmamaktadır. İsnat yeteneğinin varlığı için şart olan iki unsurun bulunmaması sebebiyle kişi de isnat yeteneği yoktur. Dolayısıyla işlenen fiilin isnat edilebileceği bir kişinin bulunmaması durumunda ceza verilemez.

Kişi hakkında ceza verilmemesine karşın güvenlik tedbirlerine başvurulabilir olmasının sebebi ise; işlenen fiilin ceza kanunu tarafından yasaklanan ve neticesi cezaya bağlanan bir davranış oluşudur.

Dolayısıyla fiili işleyen kişinin -failin- isnat yeteneğinden yoksun olması sebebiyle cezalandırılmaması söz konusu fiilin suç olduğu ve hukuka aykırı olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu fiili ile ilgili o kişi hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulmaması hukuka aykırı fiillerin

43 Parlar/Hatipoğlu, s. 294.

önünü açmak, bir anlamda dolaylı olarak hukuka aykırı eylemleri meşrulaştırmak ve toplum düzenini alt-üst etmek neticelerini doğuracaktır. Bu sebeple, yakalanmış olduğu tam akıl hastalığı sebebiyle cezalandırılmayan kişi -fail- hakkında güvenlik tedbirlerine başvurulabilmektedir.

2. Tam Akıl Hastalığının Kanuni Şartları

a. Kişide Bir Akıl Hastalığı Bulunması

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tam akıl hastalığı durumunu düzenleyen 32. maddesinin 1. fıkrasının kişiye uygulanabilmesi için kişide aynı madde hükmünce "...işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamamasına veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmasına sebep olan bir akıl hastalığı"na yakalanmış olması gerekmektedir.

Kişinin algılamasını ortadan kaldıran veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini tamamen kaybetmesine neden olan akıl hastalığının tespiti tıbbi bir konu olmakla beraber akıl hastalığı dışında arızı sebeple kişinin algılama ve irade yeteneğinin ortadan kalkmış olması halinde Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrası hükmü uygulanmaz. Örneğin, öfke, korku, sürpriz, cinsel zevk, utanç, tutku, kıskançlık, fanatizm, ihtiras gibi iradeyi kontrol altına alabilen dürtüler isnat yeteneğine etki etmedikleri için bu hallerin baskısıyla suç işleyen kişiler akıl hastası sayılmazlar. Kanunkoyucu, iradenin bu gibi dürtüleri kontrol altına almasını istemektedir.⁴⁴

b. Akıl Hastalığının Failin Algılamasını Kaldıracak Veya Davranışlarını Yönlendirme Yeteneğini Tamamen Kaybettirecek Derecede Olması

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrası "...işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli ölçüde azalmış olan kişiye ceza verilmez." hükmünü düzenlemiştir. Kanaatimizce "davranışlarını yönlendirme yeteneği TAMAMEN azalmış" kişiye denilmeliydi.

44 Kocar, s. 122; Soyaslan, s. 410-411; İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Fusun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem, Ünver, Yener/Mahmutoğlu, Fatih S., Suç Teorisi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 219.

Çünkü anılan hüküm bazı yazarlar tarafından ve kanaatimiz doğrultusunda değerlendirildiğinde kısmi akıl hastalığını düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin 2. fıkra hükmü ile anlatılmak istenen ifade netliğe kavuşmaktadır. Şöyle ki; 32. maddenin 2. fıkrası "...işlediği fiil ile ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye..." şeklinde hüküm altına almıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrasında ve 2. fıkrasında yazılı hükümler yazıldıkları şekilde değerlendirildiği takdirde 32. maddenin 2. fıkrasında anlatılmak istenen ifade netliğe kavuşmamaktadır. O halde, 32. maddenin 1. Fıkrası hükmü karşıt anlamından hareketle değerlendirilirse, tam olmayan akıl hastalığı, davranışları yönlendirme yeteneğini önemsiz derecede azaltan akıl hastalığıdır. İşledikleri fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemsiz derecede azalmış olan kişiler, tam olmayan kısmi akıl hastalarıdır.⁴⁵

Nitekim 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 46 .maddesinin 1. fıkrasında "fiili işlediği zaman şuurunun veya hareketinin serbestisini tamamen kaldıracak surette akıl hastalığına düçar olan kimseye ceza verilemez." hükmü yer almakta ve tam akıl hastalığı durumunda uygulanmakta idi. Bu sebeptendir ki; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkrası aynı maddenin 2. fıkrasındaki ifadeyi anlamada problem yaşatan bir hüküm olması sebebiyle, mülga Türk Ceza Kanunundaki 46. maddenin 1. fıkrası hükmünü esas almak kanaatimce net bir çözüm yaratacak ve uygulama açısından problemleri kaldıracaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen ALGILAMANIN üç şartı vardır;

1. Algılama için ilk şart "uyanıklık" halidir. Bir kişinin şuurlu olabilmesi için uyanık ve dikkatli olması gerekir.

2. Çevreden gelen haberleri, izlenimleri ve mesajları almakla ilgili bulunan sinir sisteminin ve duyu organlarının sağlam olarak çalışması lazımdır.

3. Uyanık ve dikkatli bir insanın idrak ettiği izlenimlerin kalitelerinin ayırt edilmesi, tanınması, bilinmesi ve bu sonuçtan bütünüyle haberdar olunması gereklidir. Algılama, bu noktada yüksek ruhi kapasiteleri, zeka ve hafızayı, muhakemeyi de içine almaktadır.⁴⁶

45 Centel, s. 373; Kocar, s. 123.

46 Songar, Ayhan, Psikiyatri, Modern Psikobiyoloji ve Ruh Hastalıkları, 4. Baskı, İstanbul 1980, s. 634; Parlar, s. 294; Kocar, s. 125.

Davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalma durumu ise; akıl hastalığına düşen olan kişinin başka şekilde hareket edebilme imkânının bulunmaması, ortadan kalması durumudur.

Yukarıda da ayrıntılı olarak belirtildiği üzere tam akıl hastalığının kanuni şartlarından ikincisinin varlığı için tam akıl hastalığına düşen olan kimsenin fiili işlediği sırada o fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya bu fiil ile ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin tamamen ortadan kalmış olması gerekmektedir.

c. Akıl Hastalığının ‘Fiilin İşlendiği Zaman’ Bulunması

Akıl hastalığının bulunup bulunmadığında esas alınacak zaman aralığı fiilin işlendiği an olmalıdır. *“Suç tarihinde herhangi bir rahatsızlığı bulunmadığı saptanan sanığın yargılama sürecinde ortaya çıkan rahatsızlığının savunma yeteneğini kısıtlar nitelikte bulunup bulunmadığına ilişkin Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınarak belirlenmesi gerekirken yargılama faaliyetinin sürdürülmesi”* hukuka aykırıdır.⁴⁷ Gerçekten de akıl hastalığının fiilden sonra ortaya çıkması muhakeme hukukunu ilgilendiren bir mesele olup, yargılama engellerindendir. İsnat kabiliyetine etki eden akıl hastalığı ise fiil işlediği zaman bulunan akıl hastalığıdır. Bu kimseler yargılanır ve tedbire karar verilebilir.⁴⁸

Tam akıl hastalığına ilişkin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32.maddesinin 1. fıkrası hükmünün tam akıl hastalığına düşen olan kimseye uygulanabilmesi için üçüncü şart, o kimsenin -failin- ceza kanunu ile yasaklanan ve neticesi cezaya bağlanan davranışı -suçu- İŞLEDİĞİ SIRADA tam akıl hastalığına düşen olması gerekmektedir. Şöyle ki, söz konusu davranışı gerçekleştirmeden önce bir tam akıl hastalığına düşen ise, ancak davranışı gerçekleştirdiği zaman tam akıl hastalığı ortadan kalkmış ise (ki bu durum pek mümkün değildir) ya da davranışı gerçekleştirdiği vakit akli melekeleri tam ve fizyolojik olarak da sağlıklı iken davranışı gerçekleştirdikten sonra tam bir akıl hastalığına düşen olmuş ise, o takdirde o kişi işlediği fiil açısından isnat yeteneğine sahip, isnat edilebilir olduğu için 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin 1. fıkra hükmü o kişiye uygulanamayacak ve kişi cezalandırılacaktır.

47 Hakeri, s. 313. Yargıtay 1. CD. 27.03.2006, 979.

48 Hakeri, s. 314.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 46-47-48-53-54-55-57-58. maddelerinde "fiili işlediği zaman" ve 5237 sayılı yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nun 31-32-33 ve 34. maddelerinde "fiili işlediği sırada" şeklinde hüküm altına alınarak isnat yeteneğinin aranacağı zaman belirtilmiş bulunmaktadır. Yasada açık olarak belirtildiği üzere fiilin işlendiği sırada isnat yeteneğinin varlığı aranır yani, kişi fiili işlediği sırada fiilin hukuki anlam neticelerini anlıyor ve bir de bu fiili isteyerek işliyor ise o kişide isnat yeteneği vardır.

Belirtmekte yarar vardır ki, ceza kanunu ile yasaklanan ve neticesi cezaya bağlanmış davranışın -suçun- gerçekleştirildiği an ile neticenin meydana geldiği anın birbirinden farklı olması isnat yeteneğinin aranacağı zamanda farklılık yaratmamaktadır. Şöyle ki, davranışın işlendiği zaman isnat yeteneğinin varlığı yeterlidir. Neticenin meydana geldiği zamanda isnat yeteneğinin bulunmaması kişinin isnat edilebilirliğini ortadan kaldırmaz.⁴⁹ Örneğin, bir kimse metronun bir durağında metro içinde seyahat ederken birisini bıçaklayarak yaralasa ve ineceği durağa henüz gelmeden, kişiyi bıçakladığı duraktan bir sonraki durağa geldikleri zaman sara nöbeti geçiriyor olsa bile, yine sorumlu tutulacaktır. Çünkü kişi bir durak önce bir başka kişiyi bıçaklayarak yaraladığı zaman isnat yeteneğine sahipken, bir durak sonra nöbet geçiriyor olması yaralama eylemini gerçekleştirdiği zamanki isnat yeteneğini etkilemez, kişi söz konusu suçta isnat yeteneğine sahiptir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu olur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar arttırılır." Anılan madde hükmünde dolaylı faillik durumundan bahsedilmektedir. Ve madde uyarınca dolaylı fail cezalandırılmaktadır. Yani, suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi cezalandırılmaktadır. Zira fail suçun işlenmesinde bilerek ve isteyerek bir başkasını araç konumuna yani bir suç aleti konumuna getirmiştir.

Yukarıdaki paragrafta anılan madde hükmünce "...suçun işlenme-

49 Kocar, s. 54; Önder, s. 273; Hafizoğulları/Özen, s. 7.

sinde bir başkasının araç olarak kullanılmasında araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanların suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda kullanan kişi cezalandırılmaktadır". Ancak kişinin kendisinin bizzat suçu işlemesi durumunda fiili işleyeceği andaki isnat yeteneğinin bizzat kendisinin (yani, suç işlemeye karar verip, kendisini isnat yeteneğinden yoksun hale getirmek amacıyla sarhoş olması) bilerek ve isteyerek kaldırması durumunu anılan madde hükmünde düzenleme altına alınmamıştır. Çünkü 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 34. maddesi uyarınca "1. fıkra: Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. 2. fıkra: İradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz." Tam da anlatılmak istenen husus 34. maddenin 2. fıkrası ile düzenleme altına alınmıştır ve kişinin bizzat kendisini suçun aracı yahut aleti haline getiremeyeceği netliğe kavuşturulmuştur.

3. Kısmi Akıl Hastalığı ve İsnat Yeteneğine Etkisi

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 32. maddesinin 2. fıkrası "...işlediği fiille ilgili olarak davranışlarının yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye..." hükmü ile kısmi akıl hastalığının hangi durumlarda ceza hukuku bakımından var olduğunun kabul edileceğini düzenlemiştir.

Kısmi akıl hastalığının kişide var olduğunun tespitinde nasıl bir güçlük yaşandığının hele ki kanunun ilgili maddesinin hükmünde netlik olmaması sebebiyle, tam akıl hastalığı ve kısmi akıl hastalığının birbirinden ayırt edilmesinde yaşanan problemleri "tam akıl hastalığı durumu ve isnat yeteneğine etkisi" başlığı altında tartışmıştık. Tartıştığımız hususları yineleyerek, tam akıl hastalığı için "...veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği tamamen ortadan kalkmış kişi..." hükmünü, kısmi akıl hastalığı için de 32. maddenin 2. fıkrası hükmünü aynen kabul ediyoruz ve bu itibarla kısmi akıl hastalığına yakalanmış kimsenin ceza hukuku bakımından tam akıl hastalığındaki durumdan farklı olarak cezalandırılmasındaki kıstası daha açık bir şekilde anlayabiliyoruz. Şöyle ki;

Tam akıl hastalığına düşen kimse işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yön-

lendirme yeteneği tamamen ortadan kalkan kimsedir. Dolayısıyla bu kimse işlediği eylemin aslında farkında fakat bu eylem ile ilgili değerlendirme yapamamakta, bu eylemin ceza kanunlarınca yasaklanan bir eylem olması sebebiyle bir suç teşkil ettiğinin farkında olamamakta ve bu eyleme yönelik davranışlarını kontrol edemez durumdadır. Oysa ki, kısmi akıl hastalığı bakımından kanun isnat yeteneğinin iki unsurundan birisi olan algılama yeteneği ile ilgili bir düzenlemede bulunmamış yalnızca işlediği fiil ile ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin azalmış olmasını yeterli saymıştır. Buradan çıkarılan netice şudur ki, kısmi akıl hastaları aslında işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmekte ancak bu fiile yönelik olarak davranışlarını yönlendirme yeteneklerinde zayıflama olan kimselerdir.

Tam akıl hastaları ile normal kişiler arasında, kısmi akıl hastalarının oluşturduğu bir grubun bulunduğu fikri, psikiyatri biliminin 14. yüzyılın ortalarında eriştiği bir sonuçtur.⁵⁰

Kısmi akıl hastalığının varlığı klinik hekimlerce de onaylanmaktadır. Çeşitli akıl hastalıklarında bilincin ve hareket özgürlüğünün aynı oranda bozulmaması, bazı akıl hastalıklarının aylar süren başlangıç dönemlerinde akli melekelerin bozulma şiddetinin aynı olmaması, kısmi akıl hastalığından söz edilebileceğini göstermektedir.⁵¹

Yukarıda anlatılanlar neticesinde normal (akli melekeleri tam) kimseler ile tam akıl hastalığına aşıkârdır. Akli melekeleri tam kimseler ile tam akıl hastalığına düşkar kimselerin cezai anlamda sorumlulukları arasında fark olduğu üzere; akil melekeleri tam kimseler, tam akıl hastaları ile kısmi akıl hastaları arasında da cezai anlamda sorumluluk farkı olması lazım gelmektedir. Bu sebeptendir ki; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun 32. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "...işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altında birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir."

50 Centel/Zafer, s. 372; Kocar, s. 135.

51 Dokuz, s. 146 vd.

Kocar, s. 135; Centel, s. 373-374.

4. Kısmi Akıl Hastalığının Kanuni Şartları

a. Kısmi Akıl Hastalığının "İsnat Yeteneğini Önemli Derecede Azaltması"

Söz konusu kısmi akıl hastalığı işlenen fiil açısından kişide isnat yeteneğini önemli ölçüde azaltmıyor ise, sınırlı sorumluluk yani, cezanın indirilmesi yöntemi uygulanamaz. Çünkü bu çeşit akıl hastalıkları isnat yeteneğini önemli ölçüde ya da hiç etkilemeyen akıl hastalıklarıdır.

b. Kısmi Akıl Hastalığının "Fiilin İşlendiği Sırada" Bulunması

Tam akıl hastalığının kanuni şartlarında "akıl hastalığının fiili işlediği zaman bulunması" başlığı altında anlattığımız hususları burada da tekrarlarız.

DEĞERLENDİRME:

Görüldüğü üzere isnat yeteneği, isnat edilebilirlik, kişiye ait bir niteliği ifade eder. Yani, her kişiye, karakteristik özelliğine ve iç dünyasında yaşadığı problemlere ve bu problemlerin ceza hukukundaki yansımalarına göre kişilerin isnat edilebilirlik durumlarında farklılıklar oluşur.

İsnat edilebilirliğin özünde irade özgürlüğü bulunmaktadır ve ceza hukuku bakımından kişinin sorumluluğunun belirlenebilmesi için isnat edilebilirliği suçun işlendiği sırada var ya da yok olması aranır.

İsnat edilebilir kişi iyi-kötü, doğru-yanlış gibi ayrımları yapabilen, bu durumun hukuki anlamını ve neticelerini anlayabilen ve davranışlarını da kendi özgür iradesi ile yönlendirebilendir. Bu sebeptir ki, bir kişiye ceza verilmesinin, cezai anlamda sorumlu sayılmasının sebebi iyiyi kötünden ayırabildiği halde kötüyü seçmesindedir. Ancak öyle durumlar vardır ki, kişi davranışın kötü olanını seçmekle beraber davranışın iyisini kötüsünü dahi birbirinden ayıramamaktadır. Bu durumda o kişinin akli melekeleri yerinde değildir ve isnat yeteneğinden yoksundur ve fakat bu kişi iyi- kötü ayrımını yapmak ve seçmek yeteneğinden yoksun olduğu için yani tam akıl hastası olduğu için cezalandırılmaz.

Ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya ceza sorumluluğunu azaltan haller arasında kalan durumlar kısmi akıl hastalıkları olarak adlandırılırlar. Kısmi akıl hastaları ise işlediği fiilin hukuki anlam ve neticelerini anlayan fakat davranışlarını yönlendirme yeteneği yani davra-

nışın iyisini seçme yeteneği azalmış kişilerdir. Toplum bilinci uyarınca bu kimselerin içinde bulundukları durumlar sebebiyle cezalandırılmaları hukuka aykırılık yaratıp, toplum da kargaşaya ve suçun-suçlunun önünü açmaya sebep olacağından cezalarının azaltılması suretiyle cezalandırılmaları gerekmektedir. Çünkü burada esas olan şudur ki, tam akıl hastalığında yani, isnat edilebilirlikten yoksun olanlar da dahi ceza kanunu ihlal edilerek gerçekleştirilen davranış sebebiyle kişi cezalandırılmasa dahi aslen o davranış hukuka aykırı olmaya devam etmektedir.

Ayrıca akıl hastalığı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalı hususlar vardır ki, aslında isnat yeteneği üzerinde etki yarattıkları aşikârdır. Fakat burada önem arzeden isnat yeteneği üzerinde yarattığı etkinin derecesidir. Örneğin, kişi suç işlediği zaman iptila derecesinde -itiyadi bağımlılık- alkol veya uyuşturucu madde bağımlısı ise, o kişi tam akıl hastaları gibi isnat yeteneğinden yoksundur. Ancak iradi olarak alkol alan ve alkolü fazlaca içmesi sebebiyle kendisini kaybeden kimsenin cezai sorumluluğu yoktur demek adalet inancını sarsabilecek bir durumdur. Kanaatimce ve Türk Ceza Kanunumuz sistemi uyarınca da suç işlediği sırada iradi alkol veya uyuşturucu madde kullanmış olan kişi elbette isnat edilebilirdir.

Çalışmamız içinde ayrıntılı olarak anlatıldığı üzere, isnat yeteneği olgusunun dayandığı yer insani sorumluluk anlayışıdır. Bir kimsenin ceza kanununa aykırı davranışları nedeniyle sorumlu tutulması için, onun davranışlarının sosyal değerini idrak edebilecek durumda olması ve gerektiği şekilde davranmasını önleyecek psişik anormalliklerinin bulunmaması zorunludur. Bir başka deyişle kişinin belirli bir zihinsel gelişim ulaşmış olması ve aklen sağlıklı bulunması gerekir. Yani, ceza tehdidi ile yasaklanan ve neticesi suça bağlanan davranışın gerçekleştirilmesi sebebiyle kişinin cezalandırılabilmesi için isnat yeteneğinin varlığı mutlak bir şarttır.

İsnat yeteneğinin yokluğu ise, sadece cezayı ortadan kaldıran kişisel bir nedendir. İsnat yeteneğinin mevcut bulunmaması durumunda kişi cezai yaptırımdan muaf hale gelir ancak bu kişinin ceza tehdidi altındaki davranışı -suçu- işlemediği ve o suçun faili olmadığı anlamına gelmemektedir.

Kaynakça

Akgün, Nejat, Adli Psikiyatri, Ankara 1987.

Alacakaptan, Uğur, Sarhoşluk Halinde İşlenen Suçlarda Cezai Mesuliyet, Ankara 1961.

Artuk, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.

Centel, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2008.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2005.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2007. (2007)

Demirbaş, Timur, Kriminoloji, 2. Baskı, Ankara 2005.

Dokuz, Zeki, Adli Psikiyatri, Akıl Hastalıkları ve Toksikomani Mevzuatımız, İstanbul 1966.

Dönmezer, Sulhi, Genel Ceza Hukuku Dersleri, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2003.

Dönmezer, Sulhi, Kriminoloji, 8. Baskı, İstanbul 1994.

Dönmezer, Sulhi/**Erman**, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 1999.

Erem, Faruk, Adalet Psikolojisi, 8. Baskı, Ankara 1988.

Erem, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Ankara 2002.

Gökçil, Z., Epilepsi Rehberi,
www.gata.edu.tr/dahilibilimler/noroloji/epilepsi.htm
(Erişim: 23/07/2012).

Hafızoğulları, Zeki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda İsnat Yeteneği, Başkent Üniversitesi Hukuk, Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı.
<http://www.abchukuk.com/makale309.html> (Erişim: 23.01.2013).

Hafızoğulları, Zeki/**Özen**, Muharrem, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Fail, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Azaltan veya Kaldıran Nedenler, Polis Dergisi, Sayı 45, Temmuz-Ağustos-Eylül 2005.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

İçel, Kayıhan/**Sokullu-Akıncı**, Fusun/**Özgenç**, İzzet/**Sözüer**, Adem, **Ünver**, Yener/**Mahmutoğlu**, Fatih S., Suç Teorisi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2000.

Koca, Mahmut/**Üzülmaz**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

Kocar, Yasin, Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı, İsnat Yeteneği, İsnat Yeteneğini Kaldıran veya Azaltan Nedenler, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

Önder, Ayhan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 1989.

Parlar, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer, Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

Songar, Ayhan, Psikiyatri, Modern Psikobiyoloji ve Ruh Hastalıkları, 4. Baskı, İstanbul 1980.

Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Sensoy, Naci, Cezai Mesuliyeti Tamamen veya Kısmen Kaldıran Akli Maluliyet, İstanbul 1950.

Taner, Tahir, Ceza Hukuku Umumi Kısım, İstanbul 1953.

Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara 2008.

Ünver, Yener, Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul 1989.

İNTERNET SİTELERİ

<http://www.baktabul.net/nedir/94823-akil-nedir-akil-hakkinda-akil-tanimi.htm> (Erişim: 22.01.2013).

<http://paranormaller.tr.gg/Psi%26%23351%3Bik-Tan%26%23305%3Bm.htm> (Erişim: 22.01.2013).

<http://tr.wikipedia.org/wiki/D%C3%BC%C5%9F%C3%BCnme> (Erişim: 25.01.2013).

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

■ Ali ERDEM*

I. GENEL OLARAK

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması sanık hakkında duruşma yapıldıktan sonra verilecek hükmün, belirli bir süre boyunca sanığın iyi hal göstermesi koşuluna bağlı olarak ertelenmesidir.¹

Özellikle Yirminci Yüzyılın ikinci yarısından sonra (1950’li yıllardan sonra), Kıta Avrupası Ceza Hukuku’na önemli ölçüde girmiş ve günümüzde tüm Avrupa ülkelerinin ceza mevzuatlarındaki yerini almıştır.²

Belirtildiği şekilde, önce Anglo-Amerikan Hukuku’nda ortaya çıkan kurum, daha sonra Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’ni etkileyerek, ceza kanunlarına girmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, Anglo-Amerikan Hukuk Sistemi’nde yargılanması tamamlanan sanığın, belirli bir süre denetim altında tutulması esasına dayanır.³

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması sanık hakkında açılan kamu davası nedeniyle yapılan yargılama sonucunda verilecek mahkûmiyet hükmünün açıklanmasının, öngörülecek koşullarla ve belirli bir süre boyunca fail tarafından gösterilecek iyi hal koşuluyla erteleme, yani hükmün bir süre koşula bağlı olarak askıda kalması ve belirtilen sürede konulacak yükümlülöklere uyulmak şartıyla fail hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eder.⁴

* Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1 **ÖZTÜRK**, Bahri/**ERDEM**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2007, s.741.; **CENTEL**, Nur/**ZAFER**, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2008, s.717.; **KUNTER**, Nurullah/**YENİSEY**, Feridun/**NUHOĞLU**, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, s.1314.; **ARTUÇ**, Mustafa; “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması*” Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 21, Mayıs 2008, s. 107.

2 **ARTUK**, M.Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2007, s. 893.

3 **TÖNGÜR**, Ali Rıza, Ceza Hukukunda Yeni Boyutlarıyla Erteleme, İstanbul 2008, s. 209.

4 **ÖZTÜRK/ERDEM**, s.705.; **CENTEL/ZAFER**, s.717.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı suçu sabit görülen sanık hakkında uygulanması nedeniyle sanık ile ceza arasındaki bağlantıyı belirli şartlarla kesmesi ve askıya alması, denetim süresinin şartlara uygun olarak tamamlanması halinde sanığın tamamen cezadan veya hükümlülük kararından kurtulması yani hakkındaki kamu davasının düşürülmesi sonucunu doğurduğundan aynı zamanda maddi ceza hukukuna ilişkin sonuçlar doğuran bir kurumdur. Ayrıca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği takdirde de sanık hakkında mahkemece tedbir kararı uygulanması (mahkûmiyet kararında olduğu gibi bir yükümlülük yüklenmesi de) bu düşüncelyi doğrulayan nedenlerden biridir.⁵

Ülkemiz hukuk sisteminde, fail hakkında yapılan ceza yargılaması sonucunda suçluluğun tespit edilmesi ve ceza hükmünün belirlenmesine rağmen, belirlenen bu hükmün açıklanmasının ertelenmesi şeklindedir. Bu şekilde uygulanan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında, mahkeme tarafından ertelenmiş ve sadece fail tarafından ileride bir suç işlenmesi halinde işleme konulacak, yani açıklanacak bir hüküm söz konusudur.⁶

II. HÜKÜM KAVRAMI, HÜKÜM TÜRLERİ VE HÜKMÜN UNSURLARI

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurumunun anlaşılabilmesi için, öncelikle “hüküm” kavramıyla ne ifade edilmek istenildiğinin mahkemelerin hangi kararlarının hüküm olarak değerlendirileceğinin ve bu kararların unsurlarının bilinmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, anılan hususlar hakkında bilgi verilecektir.

A. Hüküm Kavramı

Hüküm, yargılama makamı önüne getirilen uyuşmazlığı çözen karardır. Açılan bir kamu davasına ilişkin iddianamede belirtilen fiil ve fail hakkında, mahkemenin vereceği son karara “hüküm” denir.⁷

Beraat, mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı ve güvenlik

5 **ÖZSOY**, Nevzat, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2008, s. 77.

6 **TÖNGÜR**, s. 211.

7 **ÖZTÜRK/ERDEM**, s.735.; **CENTEL/ZAHER**, s.705.

tedbirine hükmedilmesi biçimindeki kararlar uyuşmazlığın esasını çözdüklerinden gerçek son kararlardır. Buna karşılık, davanın düşmesi veya reddi biçimindeki hükümler uyuşmazlığın esasını çözemedikleri halde, onu çözülemeyecek nitelikte olduğunu açıkladığı için son karar sayılmaktadır.

Duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir (CMK md.223/1). Mahkeme, artık son kararı verebileceğine, olayı aydınlatmak için yapılacak başka bir iş kalmadığı kanısına varınca, mahkeme başkanı veya yargıç duruşmanın bittiğini açıklar ve sonra da hüküm verir. Yani, duruşmanın bittiğinin bildirilmesi zorunludur.⁸

B. Hüküm Türleri

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. Maddesi uyarınca yedi tür hüküm vardır (CMK madde 223);

- Beraat kararı
- Ceza verilmesine yer olmadığı kararı
- Mahkûmiyet kararı
- Güvenlik tedbirine hükmedilmesi
- Davanın reddi kararı
- Davanın düşmesi kararı
- Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik madde bakımından görevsizlik kararı.

Ancak madde bakımından görevsizlik kararı adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik olarak verilmişse bu karar, yasa yolu bakımından hüküm sayılır (CMK 223/10).

Bu kararlarla mahkeme, davaya konu uyuşmazlıktan elini çeker.⁹

8 **Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin** 03.05.2007 tarihli, 2007/2734 E. - 2007/6246 K. sayılı kararı. <<http://www.dinamik hukuk.com/>>

9 **CENTEL/ZAFER**, s. 705.

1. Beraat Kararı

İddianamede sanığa yüklenen fiilin yasadâ suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç bakımından sanığın kast ya da taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde beraat kararı verilir (CMK 223/2). Beraat kararının gerekçesinde sayılan bu nedenlerden hangisine dayandırıldığının gösterilmesi gerekir (CMK 230/2).

2. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

Yüklenen suçla bağlantılı olarak, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması; yüklenen suçun hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi yoluyla veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdidin etkisiyle işlenmesi; meşru savunmada sınırın, heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması; kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinde ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.¹⁰ (CMK 223/3)

İddianamede, sanığa yüklenen fiilin suç olma niteliğini sürdürmesine karşın; etkin pişmanlık, kişisel cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı hallerinde de ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. (CMK 223/4)

3. Güvenlik Tedbiri Kararı

İddianamede yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine¹¹ hükmolunur.

4. Davanın Reddi ve Düşmesi Kararı

Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için verilmiş bir hüküm var ise veya görülmekte olan bir dava var ise, davanın reddi kararı verilecektir (CMK. 223/6).

10 ÖZTÜRK/ERDEM, s.741.; CENTEL/ZAFER, s.706.

11 Güvenlik tedbiri olarak, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (TCK.53), kazanç müsadere (TCK.55), çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (TCK.57), akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri (TCK.57), mükerrerlere ve özel tehlikeli suçlara uygulanan güvenlik tedbiri (TCK.58/7), sınır dışı edilme (TCK.59), tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (TCK.60).

Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma koşullarının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde ise, davanın düşmesine karar verilir (CMK. 223/8).

Davanın düşmesine ya da reddine ilişkin kararlarda, yargılamayı yapan mahkeme, suçun varlığı veya sanığa ceza tayini yoluna gidilip gidilemeyeceği konularında herhangi bir tespitte bulunmamaktadır. Bu gibi hallerde mahkeme, uyuşmazlığı esastan çözümlemeyen, usule ilişkin nedenlerden dolayı yargılamayı sonlandırmaktadır.¹²

Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen düşme nedenlerine şunlar örnek olarak gösterilebilir. Sanığın veya hükümlünün ölümü, af, şikâyetten vazgeçme, zamanaşımı ve önödeme.

Derhal beraat kararı verilebilecek durumlarda durma, düşme veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK md.223/9) Derhal beraat kararı verilecek durumlar “eylemin suç oluşturmadağı durumlardır”¹³ Örneğin zinadan dolayı açılan ceza davasında derhal beraat kararı verilebilir. Zira zina eylemi Türk hukukunda suç olarak tanımlanmamıştır.

5. Mahkûmiyet Kararı

Mahkûmiyet kararı, sanığa yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde verilir (CMK 223/5). Mahkûmiyet kararlarının gerekçesinde; iddia ve savunmada ileri sürülen görüşler, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi, ulaşılan kanaat gösterilir.

C. Hükmün Unsurları

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun kullanılabilmesi için yukarıda değinilen hüküm türlerinden yalnızca “mahkûmiyet” hükmü verildiği takdirde gündeme gelecektir. Mahkûmiyet hükmünün unsurları ise şunlardır:

12 TÖNGÜR, s. 215.

13 Yargıtay 9. Ceza Dairesi’nin 25.04.2005 tarihli, 2005/1637 E. - 2005/1776 K. sayılı kararı. <<http://www.dinamik hukuk.com/>>

1. Yargılamaya Konu Olay

Hükümde, yargılamaya konu olayın olabildiğince açık bir şekilde belirtilmesi, hem doğru karar verebilmek hem de verilen kararın anlaşılabilirliğini kolaylaştırmak bakımından son derece önemlidir. Hükümün konusu iddianamede gösterilen olaydan, yani sanığın/sanıkların eyleminden ibarettir(CMK. 225).

2. Gerekçe

Mahkemelerin tüm kararlarının gerekçeli olması anayasal ve yasal bir zorunluluktur. (CMK.34. md.; Ay 141/3 md.). Cezanın belirlenmesinde yasada gösterilen fiile ve faile ilişkin hususların göz önünde bulundurularak, buna ilişkin değerlendirmenin gerekçede açıklanması gerekir. Gerekçe, hükmün mantık yönünden dayanağıdır. Hüküm gerekçesi ölçüsünde inandırıcı olacaktır. Gerekçe hükmün denetlenmesini sağlar, keyfi davranışları önler, hâkimi daha dikkatli davranmaya yöneltir ve verilen kararın daha çabuk kabul edilmesini sağlar.¹⁴

Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre, geniş anlamda gerekçe, gerçekleşmiş sayılan olaylarla bu olayların gerçekleşmiş sayılmasını gerektiren nedenlerden meydana gelir.¹⁵

D. Hükümün Veya Hüküm Fıkrasının Açıklanması

Hüküm fıkrası (kısa hüküm) veya hazırlanmışsa gerekçeli hüküm, aleni oturumda okunarak açıklanır ve tutanağa geçirilir (CMK. 231, 232/3). Duruşmada ilgililerin yüzüne karşı yapılan bu bildirim “tefhim” de denir. İlgililerden birinin örneğin, sanık veya müdafinin, son oturumda hazır bulunmadığı takdirde, hüküm bu kişilere tefhim edilemeyeceğinden, yazılı tebligatın yapılması gerekir.

Yargılamayı yürüten mahkeme, mahkumiyete ilişkin hükmü belirleyerek açıklamadan, erteleme ve seçenek yaptırımlara çevirme konularının değerlendirilmesine geçmeden önce “hükümün açıklanmasının geri bırakılması” hususunun uygulanıp uygulanmayacağı durumunu da değerlendirir. Mahkemenin kararı olumlu yönde ise, hükmü öngörülen koşullar ve yükümlülükler içinde açıklayacaktır.¹⁶

14 CENTEL/ZAFER, s.711.; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1307.

15 CENTEL/ZAFER, s.711.; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1307.

16 KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1310.

III. TÜRK CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI

A. Genel Olarak

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, TCK 1989-1997 tasarılarında yer almıştır.¹⁷ 1989 TCK tasarısında 80. maddeye, 1997 tasarısında 82. maddede “hükmün geri bırakılması” başlığı ile düzenlenmiştir.

1989 TCK tasarısında 119 uncu maddede, 1997 tasarısında 121 inci maddede hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, çocuk ve küçükler hakkında ki özel şekli ve koşulları düzenlenmiştir. Çocuk ve küçükler hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin tasarıda öngörülen koşullar:

“1. İşlenen suç, üç yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektirmemelidir.

2.Çocuk veya küçük, ilk defa suç işlemiş olmalıdır.

3.Çocuk veya küçüğün yeniden suç işlemeyeceği hususunda, mahkemede kanaat hasıl olmalıdır.

4.Çocuk veya küçüğün belirlenecek yükümlülöklere uyacağı anlaşılmalıdır.

5.Çocuk veya küçükteki tehlikeli eğilimlerin, haklarında çocuklara ve küçöklere özgü hapis cezasının uygulanmasını zorunlu kıldığı hususunda mahkemece kesin kanaat elde edilmemiş olmalıdır.” şeklinde-¹⁸

1989 ve 1997 TCK tasarılarında yer verilen bu kuruma 2001 ve 2003 TCK tasarılarında yer verilmemiştir. Ancak, 1999 tarihli Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı’nın 225 inci maddesinde ve 2002 tarihli CMUK Tasarısı’nın 233 üncü maddesinde, “hükmün geri bırakılması ve denetimlik serbestlik” başlığı altında bu kurum, düzenlenmiştir.¹⁹

¹⁷ TÖNGÖR, s. 229.

¹⁸ TÖNGÖR, s. 230.

¹⁹ CMUK Tasarısı 2002, s. 106.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, hukukumuzda ilk defa 03.07.2005 tarihli 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu²⁰ ile ilk defa çocuklar hakkında uygulanmak üzere kabul edilmiştir. ÇKK' nın 23. maddesiyle hukuk hayatımıza giren hükme göre çocuklara yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda belirlenen ceza üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ise, mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

ÇKK ile yalnızca çocuklar için öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231 inci maddesinin, 19.12.2006 tarihinde 5560 Sayılı Kanun'un 23 üncü maddesiyle değiştirilerek, büyükler için de uygulanabilir genel bir kurum haline getirilmiştir.²¹

20 Resmi Gazete, 15.07.2005 S:25876.

21 5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesinin başlığı "Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,gerekir.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda

23.01.2008 tarih ve 5278 sayılı Kanun'la CMK'nın 231/5 ve 14 üncü fıkralarındaki hükümler, yeniden düzenlenmiş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun sınırları genişletilmiştir. Yapılan yeni düzenlemeyle, yargılama sonunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması ve soruşturulması ve kovuşturulması, şikâyetle bağlı olması aranmaksızın, Anayasa'nın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan İnkılâp Kanunları'nda yer alan suçlar dışındaki tüm suçlar bakımından uygulanabilmesi sağlanmıştır. Ayrıca, 5271 sayılı CMK'nın 6. fıkrasının sonuna eklenen yeni hükümle birlikte sanık kabul etmezse, hakim hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar veremeyecektir.

B. Hukuki Niteliği

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kamu davasının neticesinde verilecek hükmün açıklanmasının belirli şartlarla ve süreyle ertelenmesini, yani hükmün bir süre şarta bağlı olarak askıda kalıp CMK'nın 231/5 maddesinde de belirtildiği gibi kurulan hükmün sanık hakkında,

yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir."

belirtilen sürede konulan yükümlülüklerle uyulmak şartıyla bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.²² Sanık hakkında bir hüküm kurulmuş olmakla beraber, açıklanması geri bırakıldığından, bu hüküm, sanık açısından mahkûmiyete ilişkin bir sonuç doğurmayacaktır. Dolayısıyla sanık hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet hükmü olmadığından, sanık, hükümlü sıfatını almayacaktır. Sanık hakkında mahkûmiyet hükmü verilmemiş gibi bir sonuç doğacaktır. Bu kararla, sanık açısından oluşacak tek sonuç ise, sanığın denetim süresine tabi kılınması bu denetim süresi içinde, mahkemece belirlenmişse yükümlülüklerine uygun davranması olacaktır. Ayrıca sanık denetim süresi içerisinde kasten yeni bir suç işlemesi halinde, hüküm açıklanacağından, daha dikkatli olmak ve yeni bir suç işlememek için gerekli gayreti göstermek zorundadır.²³

Diğer yandan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, suçluluğu kesinlik kazanan sanık hakkında uygulanması, bu doğrultuda kişi özgürlüğünü de ilgilendirmesi nedeniyle, sanık ile ceza arasındaki bağlantıyı belirli koşullarda askıya alması, denetim süresinin öngörülecek koşullara uygun biçimde tamamlanması halinde, sanığın tümüyle hükümlü olmaktan kurtulması, yani hakkındaki kamu davasının düşürülmesi sonucunu ortaya çıkardığından, aynı zamanda maddi ceza hukukuna ilişkin sonuçlar doğuran bir kurum olduğu belirtilmektedir.²⁴

“5271 sayılı Yasanın, 5728 sayılı Yasa ile değişen ve 2 yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıyla hükümlendirilen kişilere belli koşullarda atıfet sağlanmasına ve haklarındaki hükümlerin açıklanmasının geri bırakılmasına elverişli olan 231. maddesi hükmü, CMK’da yer alışından dolayı usul kuralı sayılabilir mahiyette ise de, yaratacağı ceza yaptırımından kurtulmaya yönelik sonucu itibarıyla maddi ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle lehe yasa uygulaması kapsamında değerlendirmeye konu edilecek normlar cümlesindendir.”²⁵

22 **ÖZSOY**, s 76.; **AKSOY**, M.Ramazan, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, “Adalet Dergisi”, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Mayıs 2008, s. 225.; **ÖZBEK**, Veli Özer/**DOĞAN**, Koray; “*Ceza Muhakemesi Kanunu’nda 5560 sayılı kanun ile yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi*” Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2006, S. 2, s. 240.

23 **AKSOY**, s. 228.

24 **ÖZSOY**, s 77.

25 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun** 18.03.2008 tarihli, 2007/4.MD.115 E., 2008/53 K. sayılı kararı. <<http://www.dinamikhukuk.com/>>

C. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasının Koşulları

1. Genel Olarak

5560 sayılı Kanunun 40'inci maddesiyle 5395 sayılı ÇKK'nın 23'üncü maddesi, yürürlükten kaldırılarak, çocuklar bakımından da 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231'inci maddesinin belirlediği koşulların geçerli olacağı kabul edilmiştir.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesinin koşullarını şu biçimde belirlemiştir:

“a) Suça ilişkin koşullar; 1- yapılan yargılama sonucu hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması 2- Suçun, Anayasanın 174. maddesinde güvence altına alınan İnkılap Yasalarında yer alan suçlardan bulunmaması,

b) Sanığa ilişkin koşullar; 1- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olması, 2- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tamamen giderilmesi, 3- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak, sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate ulaşılması, 4- Sanığın rızası.”

Koşulların birlikte bulunması halinde, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecek ve sanık beş yıl süreyle denetime tabi tutulacaktır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için anılan koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁶

2. Suç ve Cezaya İlişkin Koşullar

Yapılan yargılama sonucunda sanığın üzerine atılı suç işlediği her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle sabit olursa, sanık hakkında mahkûmiyet hükmü kurulması gerekecektir. Bu durumda, sanık hakkında verilecek ceza, tüm artırım ve indirim nedenleri uygulandıktan sonra iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise, sanık hakkında verilecek hükmün açıklanması yoluna gidilebilecektir.²⁷

26 GÜNAY, Erhan, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Ankara, 2010, s. 71.

27 ARTUÇ, s. 117.; OLGUN, Sevinç, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Terazi Hukuk Dergisi, sayı 22, Haziran 2008, s. 63.; ÖZTÜRK/ERDEM, s.741.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için sanığa yüklenen fiilin suç niteliğinde olması gerekir. Kabahat fiillerinde bu türlü bir karar verilemez. Örneğin, dilencilik, sarhoşluk gibi fiiller kabahat sayıldığından anılan kararın verilmesi olanağı yoktur. Sanığa yüklenen suçun kasıtlı veya taksirli olması önemli değildir. Suç oluşturan fiilin doğrudan veya olası kastla, taksir veya bilinçli taksirle işlenmiş olması arasında fark yoktur. Atılı suçun yüz kızartıcı suçlardan (hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik gibi) suçlardan olması, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesine engel teşkil etmez. Yeter ki hükmolunan hapis cezasının süresi iki veya daha az ya da adli para cezası olsun.²⁸

Diğer yandan, yargılama sonunda hapis cezasıyla birlikte, adli para cezasına hükmedilirse, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bakımından dikkate alınması gereken, hapis cezasının süresidir.²⁹

CMK 231/5 uyarınca “hükmolunan ceza” bakımından; her bir suçtan verilen cezanın tür ve miktarının ayrı ayrı dikkate alınması gerekir. Faile birden fazla suç yüklenmesi halinde yapılan yargılama sonunda her bir suça karşılık hükmolunan hapis cezasının iki yıl veya daha az olması şarttır. Örneğin dolandırıcılıktan 1 yıl 6 ay, sahtecilikten 1 yıl hapis cezasına hükmolunmuşsa, her bir cezanın süresi 2 yıldan az olduğu için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.³⁰

Yasada adli para cezası yönünden herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Miktarı ne olursa olsun veya iki yıldan az süreli hapis cezası ile birlikte hükmolunmuş bulunsun ya da sadece adli para cezası verilmiş olsun, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılması değerlendirilmesi yapılacaktır. CMK m. 231/5. Fıkra da belirtilen adli para cezasından kasıt, seçenek yaptırım olarak hükmedilen adli para cezası değildir. Hapis cezasıyla birlikte veya yalnız hükmedilen para cezasıdır.³¹

28 GÜNEY, s. 72.

29 TÖNGÜR, s. 236.

30 ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 675.; GÜNEY, s. 73.

31 GÜNEY, s. 73.

3. Sanığa İlişkin Koşullar

a. Sanığın Daha Önce Kasıtlı Bir Suçtan Mahkûm Olmamış Olması

Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilmesi için, yargılanmakta olduğu ceza davasına konu suçtan, daha önce işlemiş olduğu kasıtlı bir suç nedeniyle mahkûm edilmemiş olması gerekir. Bu bağlamda, önceden işlenen suç kasten ya da olası kastla işlenen bir suç olabilir. Her iki durumda da anılan kurum uygulanamayacaktır. Sanığın daha önce taksirli bir suç nedeniyle hüküm giymiş olması önemli değildir. Sanık daha önceden bilinçli taksirle bir suç işlemiş olsa bile, işlediği ikinci suç nedeniyle, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.³²

Diğer yandan, kasıtlı suç nedeniyle alınan cezanın türü ve süresi de önemli değildir. Bu ceza hapis cezası olabileceği gibi, adli para cezası da olabilir. Ayrıca daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı sadece güvenlik tedbirine hükmedilmiş olmasının, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmayacağı doktrinde savunulmuştur. Sanığın işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı aldığı mahkûmiyet kararının, bu müessesenin uygulanmasına engel olması için, ikinci suçun işlenmesinden önce birinci suçun mahkûmiyet kararının kesinleşmesi gerekmektedir.³³

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının amacı, ilk kez suç işleyen kişilere fırsat tanımak olduğu için, sanığın adli sicil kaydına konu cezaı infaz etmiş olmasının da bir önemi bulunmadığından, cezasını infaz eden kişinin ikinci suçundan dolayı verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması imkânı yoktur.³⁴ Sanığın, daha önceden işlemiş olduğu suçun ne kadar süre önce işlenmiş ve kesinleşmiş (veya infaz edilmiş) olması gerektiği konusunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinde, kasıtlı suçun ne kadar zaman önce işlenmiş olduğunun bir önemi olmadığı, önemli olanın, daha önceden sanığın kasıtlı bir suçtan mahkûm olması olduğu savunulmakta ise de, Yargıtay daha önceki

32 ARAS, Bahattin, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar, Terazi Hukuk Dergisi, sayı 22, Haziran 2008, s. 74.; SOYASLAN, Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 414.

33 ARTUÇ, s. 118.

34 ARAS, s. 74.

mahkumiyetin adli sicilden silinme koşullarının oluşup oluşmamasını araştırmakta, sanığın daha önceden işlediği suçun adli sicilden silinme koşulları oluşmuşsa, bu suçun, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel olmayacağı yönünde kararlar vermektedir.³⁵

Adli sicil kaydının silinebilir olması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği Yargıtay Kararlarında da ifade edilmiştir. “*Sanığın sabıkasına esas ilamın silinme şartlarının oluştuğu gözetilerek, hükümden sonra 08.02.2008 tarihli Resmi gazette yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562. Maddesi ile değişik 5271 sayı CMK 231. Maddesi uyarınca, hükmolunan cezanın tür ve süresine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması*” yönünde karar verilmiştir.³⁶

Kanunkoyucu, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilmesi için, “daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış olma” koşulunu aramıştır. Dolayısıyla, buradaki koşulun kişilerin cezalarının adli sicilden silinip silinmediğine bakılmaksızın, daha önce kasıtlı bir suç işleyip işlemediği olduğu, doktrinde haklı olarak ileri sürülmüştür. Bu durumun aksi kabul edildiği takdirde, suç işlemekte ısrar eden kişilerin cezasız kalması sonucu ortaya çıkacaktır.³⁸

İncelenmesi gereken diğer bir nokta da; sanığın önceki mahkumiyetinin ertelenmiş olması halinde, daha sonra kasten işlediği ikinci suç nedeniyle alacağı cezanın ??? ertelenip ertelenemeyeceği hususudur. Yürürlükteki 5237 sayılı TCK’nın 51inci maddesi uyarınca, ertelenmiş olan hapis cezası, denetim süresi iyi halli olarak geçirilmiş olsa da, süre sonunda ceza “ infaz edilmiş” sayılacağından, mahkûmiyete ilişkin hukuki sonuçlar varlıklarının korurlar. Bu durum ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil edecektir. Ancak, mülga 2253 sayılı Kanun’un 38 ve mülga 647 sayılı Kanun’un 6ıncı maddesine göre, mahkumiyeti ertelenmiş sanığın deneme süresi içinde suç işleme-

35 ARTUÇ, s. 118.

36 Yargıtay 2. CD.’nin 31.03.2008 tarihli, 2007/19739 E. – 2008/5949 K. sayılı kararı. <<http://www.dinamik hukuk.com/>>

37 MERAN, Necati, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 23, Temmuz 2008, s.66.

38 TÖNGÜR, s. 245.

mesi halinde, mahkumiyet “esasen vaki olmamış” sayılacağından ve bu doğrultuda da, ortada bir mahkumiyet bulunmayacağından, bu durum, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel teşkil etmeyecektir.³⁹

b. Sanığın Yeniden Suç İşlemeyeceği Hususunda Mahkemeye Kanaat Gelmesi

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilmesi için, mahkeme tarafından, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması önemli bir koşuldur(CMK 231/6-b).

Bu husus tamamen hâkime takdir hakkı tanıyan bir koşuldur. Öncelikle hâkim, duruşmada edindiği ya da dosyada toplanan bilgi ve belgelerden tespit ettiği sanığın kişilik özelliklerini değerlendirecek ayrıca duruşmalarda sanığın gösterdiği tutum ve davranışlarda yeniden suç işleyip işlemeyeceği konusunda edindiği kanaatlerin olumlu olması halinde bu kurumu sanık lehine uygulayabilecektir.⁴⁰ Kurumun uygulanmasında, sanığın rıza göstermesi (hakkında lehe olan hükümlerin uygulanmasını istemesi, mağdurun zararını gidermesi gibi olumlu davranışlar) ve mahkemenin de bu duruma itimat etmesi önem taşır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında mahkeme, failin suçtan sonra nasıl hareket ettiğini dikkate alır. Fail yeni bir beyaz sayfa açma isteğini gösterirse, mahkeme buna layık bir hüküm verebilir.⁴¹

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararın değerlendirilmesi hakim ya da mahkemenin takdirine bağlı ise de, bu türlü bir kararın verilmesine yer olmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılırken dosya kapsamına uygun bir gerekçe göstermek zorunluluğu vardır. Sadece kavramların tekrarı ya da “takdire” ibaresinin yazılması yasal bir gerekçe olarak kabul edilemez.⁴² Hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı takdir edilmesi gerekirken, soyut olarak “salt şartlar oluşmadığından CMK 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına”⁴³ yönünde gerekçe göstermek yetersizdir.

39 ARTUÇ, s. 118-119.; TÖNGÜR, s. 245.

40 ÖZSOY, s. 79.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 741.; CENTEL/ZAHER, s.718.; ÜNVER/HAKERİ, s.676.; ARTUÇ, s. 119.

41 TÖNGÜR, s. 238.

42 GÜNAY, s. 123.

43 **Yargıtay 2. CD.** 05.12.2007 tarihli, 2006/13875 E. – 2007/16328 K. Sayılı kararı. <<http://www.dinamik hukuk.com/>>

“Özenle vurgulanması gereken bir diğer husus da şudur; yargılama sonunda belirlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına dair değerlendirme yapılması için, yargılamanın herhangi bir süjesinin istemde bulunması gerekmez. Maddede öngörülen koşulların oluşup oluşmadığı ve bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı yargıç tarafından her olayda kendiliğinden değerlendirilip takdir edilmeli ve denetime olanak sağlayacak biçimde kararda gösterilmelidir.”⁴⁴

c. Yargılama Konu Suç Nedeniyle (Varsa) Uğranılan Zararın Giderilmiş Olması

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için en önemli koşullardan biri de, mağdurun ve /veya kamunun suç nedeniyle ortaya çıkan zararının fail tarafından aynen iade, suçtan önceki hale getirme ve tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir(CMK 231/6-c).

Suç nedeniyle oluşan ve failin gidermekle yükümlü olduğu zararın, yalnızca maddi zararları ifade ettiği, manevi zararların bu kapsama girmediği doktrinde kabul edilmiştir.⁴⁵ Kaldı ki, CMK’nın 231/6-c hükmünde belirtilen suç nedeniyle oluşan zararın giderim usulleri (aynen iade, suçtan önceki hale getirme) dikkate alındığında somut biçimde ölçülebilen ve giderilebilen yani, maddi bir zararın ifade edilmek istenildiği, manevi zararın göz ardı edildiği, daha kolaylıkla anlaşılacaktır.⁴⁶

Anılan usullerle giderimi mümkün olan maddi bir zararın söz konusu olmadığı, örneğin, tehdit(TCK 106), hakaret(TCK 125), veya dini nikâh(TCK 230/5-6) gibi suçlarda, diğer koşulların varlığı halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilmelidir.⁴⁷

Sanık tarafından giderilmesi gereken maddi zarar miktarını, yargılamanın yürütüldüğü ceza mahkemesi belirleyecektir. Ceza mahkemesi tarafından, gerektiğinde bilirkişiden de yararlanılmak suretiyle, belirlenen zarar veya edimin tür ve miktarını, mağdur veya suçtan zarar görenin kabulüne bağlı değildir. Bu nedenle mağdur, suç sonrası ortaya çı-

44 **YCGK’nun** 13.11.2007 tarihli, 2007/8-171 E. - 2007/235 K. sayılı kararı. <<http://www.dinamikhukuk.com/>>

45 **ARAS**, s. 75.; **ARTUÇ**, s. 120.

46 **ÖZSOY**, s 80.

47 **ARTUÇ**, s. 120.; **ÖZSOY**, s. 80.

kan zararının, ceza mahkemesi tarafından belirlenen miktarın üzerinde olduğu inancında ise, hukuk mahkemelerine başvurarak “suç nedeniyle uğramış olduğu zararının tamamen giderilmediği” dava sebebine dayanarak, maddi zararının karşılanmayan kısmını özel hukuk hükümlerine göre talep edecektir.⁴⁸

Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulu derhal yerine getirilmediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresi boyunca, aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Sanığın, öngörülen, zararın tamamen giderilmesine kadar geçecek süre içinde taksitleri aksatması halinde, CMK’ nın 231/11 inci fıkrasına göre hükmün açıklanması gündeme gelebilecektir.⁴⁹

Sanığa yüklenen suçtan dolayı herhangi bir zarar meydana gelmişse, bu zararın tazmin yükümlüsü sanıktır. Ancak ilgili maddede bizzat sanık tarafından zararın giderilmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme olmadığı için, sanık yerine bir yakının veya üçüncü bir şahsın zararı karşılaması da mümkündür.⁵⁰ Bu bağlamda, mağdurun ya da kamunun zararının, failin yerine başka bir şahıs, örneğin bir yakını ya da eşi tarafından giderilmesi halinde de koşulun gerçekleştiğinin kabulü yerinde olacaktır.⁵¹

d. Sanığın Rızası

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun 6. fıkrasının sonuna eklenen yeni hükümle birlikte sanık kabul etmezse, hâkim hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar veremeyecektir.

22 Temmuz 2010 kabul tarihli ve 6008 Sayılı "Terörle Mücadele Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 25 Temmuz 2010 günlü ve 27652 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak

48 TÖNGÜR, s. 248.

49 CENTEL/ZAFER, s.719.; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1315.; ÖZTÜRK/ERDEM, s.742.; ARTUÇ, s. 120.

50 GÜNAY, s. 135.

51 ARAS, s. 75.

yürürlüğe girmiştir. Bu Kanunun 7'inci maddesi ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin altıncı fıkrasının sonuna "Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez." cümlesi eklenmiştir. 6008 sayılı aynı Kanunun Geçici 2. maddesine göre; "Geçici Madde 2 - Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olanların, bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde başvurmaları halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı geri alınır ve Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin yedinci fıkrasındaki kayıtla bağlı olmaksızın, başvuruda bulunan sanık hakkında yeniden hüküm kurulur". şeklinde yürürlüğe girmiştir.⁵²

D. Hükümün Açıklanmasının Koşulsuz Geri Bırakılması (Uzlaşma Yönüyle)

Sanığın yargılandığı üzerine atılı suç, uzlaşmaya tabi ise, öncelikle CMK'nın 253'üncü maddesinde düzenleme altına alınan uzlaşma yoluna gidilmesi gerekecektir. Bu husus CMK'nın 231/5 hükmünde⁵³ açıkça ifade edilmiştir. Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesiyle davanın düşmesine karar verecektir. Ancak, edimin yerine getirilmesinin takside bağlanması, ileri bir tarihe bırakılması veya süreklilik arz etmesi halinde, sanık bakımından koşullar aranmaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verecektir.⁵⁴

52 Resmi Gazete: 25.07.2010, S:27652.

53 5560 sayılı Kanun ile CMK'nın 231/5 hükmünde yapılan değişiklik gerekçesi: "Beşinci fıkra, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmaktadır. "Böylece yargılama konusu fiil 255 inci madde uyarınca, uzlaşmaya tabi ise, öncelikle uzlaşma yoluyla uyuşmazlığın sona erdirilmesi denenecektir. Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini defaten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde; sanık hakkında, şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Uzlaşma gerçekleşmediği takdirde ise, mahkeme; mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmemesi halinde, şartlar aranmaksızın, uzlaşmayı kabul eden sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verebilir. Mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmesine rağmen, sanığın kabul etmemesi halinde, 231 inci maddedeki şartlar gerçekleşmiş olsa bile, sanık hakkında kovuşturma konusu suçla ilgili olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez."

54 ARAS, s. 76.; ÖZTÜRK/ERDEM, s.742.; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 1315.; CENTEL/ZAHER, s.719.; TÖNGÜR, s. 248.; ARTUÇ, s. 115.; ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s.897.; ÜNVER/HAKERİ, s.679.

Uzlaşma, mağdurun veya suçtan zarar görenin kabul etmemesi nedeniyle gerçekleşmemiş ise, uzlaşmayı kabul eden sanık hakkında diğer yasal koşulların varlığı halinde, zararın giderimine ilişkin bu koşul aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilecektir. Aksi durumda, yani suçtan zarar gören ya da mağdurun uzlaşmak istemesine rağmen sanığın uzlaşmak istememesi halinde ise, diğer aranan tüm koşullar gerçekleşmiş olsa bile hükmün açıklanmamasın geri bırakılması yoluna gidilemeyecektir.⁵⁵

Mahkeme tarafından CMK, m. 253'e uygun esas ve usule göre uzlaştırma işlemleri yapıp, edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik göstermesi halinde; sanık hakkında m. 231'de yer alan şartlar aranmaksızın zorunlu olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmektedir. Böyle bir karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde mahkemece m. 231/11. Fıkradaki şartlar aranmaksızın hüküm açıklanır. Aranan husus uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesidir.⁵⁶

E. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Verilmesi

Yapılan ceza yargılaması sonunda, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için, üzerine atılı suç işlediği her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle kanıtlanarak, hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş ve "hüküm fıkrası" kurulmuş olmalıdır. Bu bağlamda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün gizli tutulması anlamına gelmemektedir. CMK'nın 231/5 fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade ettiği açıkça belirtilmiştir.⁵⁷

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilmeden önce, sanık hakkında tüm yasal ve takdiri artırım ve indirim nedenleri uygulandıktan sonra bulunacak sonuç cezanın, iki yıl veya daha az süreli hapis ve/veya adli para cezası olması gerekmektedir. Bu kararlar, yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte, sanık hak-

55 ARAS, s. 76.; ÖZTÜRK/ERDEM, s.742.; ARTUÇ, s. 115.

56 GÜNAY, s. 32.

57 TÖNGÜR, s.252.

kinda verilecek cezanın 5237 sayılı TCK'nın 50'inci maddesi uyarınca seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verilemeyeceği gibi, anılan Yasanın 51'inci maddesi uyarınca da ertelenmesi söz konusu olamayacaktır. Ancak, mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin verdiği karardan sonra, sanığın bu karar kapsamında kendisine yüklenen yükümlülükleri denetim süresi içinde yerine getirmemesi halinde, durumunu değerlendirirken, açıklanmasını geri bıraktığı hükümdeki hapis cezasının kısa süreli olması halinde, seçenek yaptırımlara çevrilmesine veya iki yıla kadar olması durumunda ise cezanın ertelenmesine karar vererek, yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilecektir.⁵⁸

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi durumunda, sanık, beş yıl boyunca denetim süresine tabii tutulacaktır. Denetim süresi içerisinde mahkeme, bir yıldan fazla olmamak üzere, denetimli serbestlik tedbirlerinden biri veya birkaçına hükmedebilir. Hükmedilebilecek denetimli serbestlik tedbirleri, yalnızca CMK'nın 231/8 hükmünde belirtilen tedbirlerdir. Bunların dışında bir tedbire hükmedilmesi mümkün değildir. Mahkemenin denetimli serbestlik süresini bir yılı geçmemek koşuluyla belirlemede takdir hakkı mevcuttur. Ancak, belirtildiği üzere, bir yılı aşacak şekilde denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasına karar verilmesi mümkün değildir.⁵⁹

Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, denetimli serbestlik tedbiri olarak sanığın;

- Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

- Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılmasına,

- Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verebilir.

58 ARAS, s. 78.; ÖZTÜRK/ERDEM, s.742.; ARTUÇ, s. 122.

59 TÖNGÜR, s.252 vd.

F. Kararın Gizliliği

Kovuşturma aşaması sonunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi üzerine, bu karar özel bir sisteme kaydedilir. Bu sisteme kaydedilen kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenilmesi durumunda, bu maddede belirtilen amaç dâhilinde kullanılabilir. (CMK 231/13)

G. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Karara İtiraz

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı, CMK'nın 231/12'inci fıkrası hükmü, itiraz yasa yoluna başvurulabileceğini, özel olarak düzenleme altına almıştır. İtirazın şekli, süresi, itiraz edilecek merci ve bu hakkı kullanabilecek kişiler, CMK'nın 268 ve devamı hükümlerinde belirtilmiştir. Bu hükümlere göre, mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği takdirde, bu karara karşı ilgililerin, duruşmada hazır bulunmaları halinde, o günden; duruşmada hazır bulunmazlar ise, kararın tebliğinden itibaren yedi günlük yasal süre içerisinde, kararı veren mahkemeye verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunularak yapılabilecektir. Buradaki “ilgililer” ile kast edilen, Cumhuriyet savcısı, sanık ve katılandır.⁶⁰ Mahkûmiyet kararının, hükmün açıklanmasının geri bırakılması dışında kalan tayin olunan cezaya ilişkin asıl hüküm ise ancak CMK 231/11 uyarınca, sanığın denetimli serbestlik süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya yükümlülükler aykırı davranması durumunda, mahkemenin geri bıraktığı hükmü açıklaması halinde üzerine, temyiz kanun yoluna tabidir. Başka bir anlatımla, açıklanması geri bırakılan hüküm sadece koşulları yönüyle itiraz denetimine tabi olup, asıl hüküm açıklandıktan sonra ise temyiz kanun yoluna tabidir.⁶¹

Yasada öngörülen objektif ve sübjektif koşulların varlığına rağmen, hükmün açıklanmasının geri bırakılması doğrultusunda karar verilmediği takdirde ise, bu durum istinaf ve temyiz nedeni olarak gösterilebilir.⁶²

60 ARAS, s. 81.

61 GÜNAY, s. 227.

62 ARTUÇ, s. 123.

Koşulların bulunmamasına rağmen, mahkeme tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, ilgililerin itirazı üzerine, kararı veren mahkeme, başvuruyu yerinde görürse CMK'nın 268/2inci fıkrası uyarınca, dosyayı yeniden değerlendirecek ve hükmü açıklayabilecektir. Yapılan itirazı yerinde bulmayarak, kararında değişiklik yapmaya gerek görmeyen mahkeme, dosyayı üç gün içerisinde itirazı inceleyecek mahkemeye gönderecektir (CMK 268/2). Bu durumda itirazı inceleyecek mahkeme, kararı, yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının oluşup oluşmadığı yönünden mi; yoksa sübutun ve uygulanan hükümlerin yerindeliliğinin değerlendirilmesi bakımından mı inceleyecektir? Bu konuda, doktrinde ve uygulamada farklı görüşler ileri sürülmüştür. Doktrinde, itiraz merciinin, yalnızca CMK'nın 231'inci maddesindeki koşulların oluşup oluşmadığı hususuyla sınırlı bir inceleme yapamayacağı; itiraz merciinin, inceleme kapsamında, sübuta ilişkin değerlendirme de yapması gerektiği; örneğin, sanığın üzerine atılı suçun oluşmaması nedeniyle, hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bahisle itirazın kabulü yönünde, yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verilmesi gerektiği belirtilmiş; bunun gibi itiraz merciinin, suçun vasfının değişmesi nedeniyle de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebileceği öne sürülmüştür.⁶³

Yargıtay tarafından kabul edilen ve uygulamaya yansıyan diğer bir görüşe göre ise, merci sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulları yönünden inceleme yapacak, dosyanın esasına yani suçun nitelendirilmesine, sübutuna ilişkin bir değerlendirme yapmayacaktır. Eğer hükmün açıklanmasının ertelenmesi koşulları oluşmuşsa, itirazı reddeder ve bu ret tarihinde beş yıllık denetim süresi işlemeye başlar. İtiraz üzerine merci tarafından verilen kararlar kesindir. Nitekim Yargıtay'da kararlarında bu şekilde görüş belirtmiştir. “ İtiraz, yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bakımından kabul edilmiş bir kanun yolu olup, suçun sübutuna, nitelendirilmesine, kanuni ve takdiri indirim sebeplerinin varlığına ilişkin yanlışları kapsamaz. Açıklanan nedenlerle, sanıklar müdafinin itirazı üzerine sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının oluşup oluşmadığı yönün-

63 TÖNGÜR, s. 259.

64 Yargıtay 8. CD. 25.10.2007 tarihli, 2007/8683 E.-2007/7249 K. Sayılı kararı. <<http://www.dinamik hukuk.com/>>

den inceleme yapılması gerekirken, suçun sübutuna ve belirlenen cezaya ilişkin olarak yazılı gerekçelerle karar verilmesi yasaya aykırıdır.”⁶⁴

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin verilen kararın itiraz üzerine inceleyecek olan mahkeme, dosya üzerinde yapacağı inceleme sonucunda yapılan itirazı gerekçesini de açıklamak kaydıyla yerinde ve haklı gördüğü takdirde, bu kararı kaldırarak dosyayı itiraz konusunda yeniden değerlendirilmek üzere ilgili mahkemeye gönderecektir(CMK’nın 271/2).⁶⁵ Çünkü anılan fıkranın burada uygulanması durumunda, sanığı hiç tanımayan, hakkında fikir sahibi olmayan bir mahkemenin hükmün açıklanmasına ilişkin kararı kaldırması, esas mahkemesinin yerine geçerek, verilen cezanın seçenek tedbirlerle çevrilmesi veya ertelenmesi gibi takdir gerektiren hususlarda karar vermesi seklindeki olumsuz durumlara neden olabilecektir. Bu şekilde itiraz mercii tarafından “açıklanan” ve aynı zamanda seçenek tedbirlere ya da ertelemeye hükmedilen bir kararın, temyiz incelemesi sırasında hangi mahkemenin kararı olarak kabul edileceği problemi, uygulamada sıkıntı doğurabilecektir.⁶⁶

H. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Sonuçları

Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verdiği ve bu karar kesinleştiği takdirde, esasını kapatır ve oluşturacağı bir kartona işin takibi açısından anılan kararın örneğini koyar. Ayrıca kararı CMK’nın 13. Ve Adli Sicil Kanununun 6. Maddesi uyarınca, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünde tutulan bunlara mahsus sisteme kaydedilmesi ve Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 56/2 maddesi gereğince denetimli serbestlik defterinde kayıt altına alınması için, Cumhuriyet Başsavcılığına gönderir.⁶⁷

Hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen failin “sanık” sıfatı, kararla birlikte belirlenen beş yıllık deneme süresi boyunca devam edecektir.

65 “İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” CMK(271/2).

66 TÖNGÜR, s. 261-262.

67 ARTUÇ, s. 124.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, itiraz etmeksizin veya itirazın reddedilmesi ile kesinleşmesinden itibaren, anılan sanıklı ilgili zamanaşımı CMK'nın 231/8 maddesi uyarınca durur. Sanık tarafından kasıtlı bir suç işlemediğinin kesinleştiği ve 5 yıllık deneme süresinin tamamlandığı tarihten itibaren zamanaşımı süresi kaldığı yerden işlemeye devam eder.⁶⁸

Denetimlik Serbestlik Tedbirine Hükmedilmesi Halinde

CMK, m. 231/8 ikinci cümlesinde: “Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek baksa yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verebilir.”

Denetimli serbestlik tedbirlerinin süresi denetim süresi içinde olmak şartıyla bir yılı geçmemek üzere belirlenecek süredir. Bu türlü yükümlülükleri sanığa yüklemek mahkemenin takdirine bağlıdır. Bir yılı geçmemek kaydıyla sürenin kısıtlılığı uzunluğu hâkimin takdirine bağlıdır. Hakim bir yılı geçen bir süreyle denetimli serbestlik tedbiri belirleyemez.⁶⁹ Yargıtay'da benzer görüşünü bu şekilde ifade etmiştir. “CMK, 231/8 maddesi uyarınca bir yıldan fazla olmamak koşuluyla rehberlik ve araştırma merkezi danışmanlık hizmetlerinden yararlanmakla yükümlü kılınması yerine, beş yıl süreyle buraya devamla yükümlü tutulması hukuka aykırıdır.”⁷⁰

68 ARTUÇ, s. 124.; CENTEL/ZAFER, s.719.; TÖNGÜR, s. 263.

69 GÜNAY, s. 150.

70 Yargıtay 4. CD.'nin, 02.10.2008 tarihli, 2008/8659 E.- 2008/7569 K. Sayılı kararı. <<http://www.dinamik hukuk.com/>>

a. Sanığın Denetim Süresini İyi Halli Olarak Tamamlanması ve Denetimli Serbestlik Tedbirinin Gereklerine Uygun Davranılması

Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı yanında, yasada belirtilen denetimli serbestlik tedbirlerine de hükmedilmiş ise, bu tedbirlerin gereklerine uygun davranılması ve beş yıllık denetim süresi boyunca kasten yeni bir suç işlenilmemesi halinde mahkeme, sanık hakkında vermiş olduğu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararını ortadan kaldırarak, kamu davasının düşürülmesine karar verecektir(CMK 231/10). Düşme kararı, CMK'nın 223 üncü maddesine göre “hüküm” (son karar) niteliğinde olduğundan temyize (bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçmesi halinde ise, istinafa) tabidir.⁷¹

Denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranan, mağdurun zararını tazmin için gayret gösteren, yeniden toplum kurallarına ve kanun normlarına uygun davranmaya çalışan, deyim yerindeyse kendi polisliğini kendi yapan fail, bu kurumun uygulanmasından kazançlı çıkacaktır.⁷²

b. Sanığın Denetim Süresi İçerisinde Kasıtlı Bir Suç İşlemesi Veya Denetimli Serbestlik Tedbirinin Gereklerine Aykırı Davranması

(1) Sanığın Denetimli Serbestlik Tedbirinin Gereklerine Aykırı Davranması

CMK, m. 231/11 de “Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.” şeklinde düzenlenmiştir.

(2) Sanığın Denetim Süresi İçinde Kasıtlı Bir Suç İşlemesi

Hükmün açıklanmasını gerektiren diğer bir durum da, sanığın denetim süresi içerisinde, kasıtlı bir suç işlemesi halidir. Denetim süresi olan

71 ARTUÇ, s. 124.; ÖZSOY, s.83, SOYASLAN, s. 414.

72 TÖNGÜR, s. 264.

beş yıl içerisinde sanık, yeni bir kasıtlı suç islerse, hükmedilmiş olması halinde, denetimli serbestlik tedbirlerine uygun davranmış olsa da; dosya, ilgililerin talebi olmaksızın, mahkeme tarafından yeni bir esas numarasına kaydedilmek suretiyle kendiliğinden ele alınarak, açıklanması geri bırakılan hüküm, açıklanır.⁷³

Denetim süresi içinde sanığın kasıtlı bir suç işlemesi yeterlidir. İşlenen suçtan verilen mahkûmiyet kararının bu süre içinde kesinleşmesi şart değildir. Ne var ki, denetim süresi içinde kasten işlenmiş olan suçtan kurulan hükmün kesinleşmiş olmasından sonra ertelenmiş hükmün açıklanması gerekmektedir. Mahkûmiyet şartı, ortada kesinleşmiş bir ceza hükmünün bulunması demektir. Sanığın kasten işlediği iddia edilen bir suç nedeniyle yargılaması devam ederken denetim süresinin dolması ve hükmün ortadan kaldırılarak düşme kararının verilmesinin mahkemeden talep edildiği, ya da mahkemeden sanığın yeni bir suç işlemesi nedeniyle hükmün açıklanmasının istendiği durumlarda, mahkeme CMK 223/8 gereğince durma kararı vermelidir.⁷⁴

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan birisi de, ikinci suçun beş yıllık sürede işlenmesinin yeterli mi olduğu, yoksa aynı zamanda bu sürede ikinci suçla ilgili hükmün kesinleşmiş olmasının da gerekli olup olmadığıdır. Artuç' a göre⁷⁵ “ ikinci suçun deneme süresinde işlenmesi yeterlidir, bu sürede ikinci suçla ilgili mahkûmiyet kararının kesinleşmesi gerekmez. Ancak, açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanabilmesi için, ikinci suçla ilgili kararın verilmiş ve bu kararın kesinleşmiş olması gerekir.

c. Denetimli Serbestlik Tedbirine Hükmedilmemesi Halinde

Hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanık; mahkeme tarafından denetimli serbestlik tedbiri belirlenmişse, bu tedbirin gereklerine uygun davranır ve denetim süresi olan hükmün kesinleşmesinden itibaren 5 yıl süre ile kasıtlı yeni bir suç işlemez ise, mahkeme CMK'nın 231/10 maddesi uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararını ortadan kaldırarak, kamu davasının

73 ARTUÇ, s. 126.; CENTEL/ZAFER, s.719.; TÖNGÜR, s. 265.

74 GÜNAY, s. 175.

75 ARTUÇ, s. 126.

düşürülmesine karar verir. Mahkemenin vereceği karar, “hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararın ortadan kaldırılmasına ve kamu davasının düşürülmesine” olacaktır.⁷⁶

Kamu davasının düşürülmesi kararı, CMK’nın 223/8 maddesine göre verilmiş bir karar olduğundan temyize(veya istinafa) tabidir.

I. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Yoluna Gidilemeyecek Suçlar

23.01.2008 tarihli 5728 sayılı Yasa ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231’inci maddesinin 14’üncü fıkrasında yapılan değişiklik ile kural olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna tüm suçlar bakımından gidilebilecektir. Ancak bu kurumun uygulanmayacağı hususunda, kanunda açık bir düzenlemenin olduğu hallerde, uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Belirtilen şekilde istisnaî, yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilemeyecek suçları, aşağıdaki şekilde belirleyebiliriz.

1. İnkılâp Kanunlarında Düzenleme Altına Alınan Suçlar

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231/14’üncü fıkrasına göre, belirtilen maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin düzenlemeleri, Anayasamızın 174’üncü maddesiyle koruma altına alınan İnkılâp Kanunları’nda yer alan suçlarla ilgili uygulanamaz.⁷⁷ Anayasamızın 174’üncü maddesinde belirtilen İnkılâp Kanunları şunlardır:

- a. 3 Mart 1340 tarihli ve 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu;
- b. 25 Teşrinisani 1341 tarihli ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun;
- c. 30 Teşrinisani 1341 tarihli ve 677 sayılı Tekke ve Zaviyelerle Türbelerin Seddine ve Türbedarlıklar ile Bir Takım Unvanların Men ve İlgasına Dair Kanun;
- d. 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı kanunun 110’uncu maddesi hükmü;

⁷⁶ ARTUÇ, s. 124-125.; ÖZSOY, s.83.

⁷⁷ ARTUÇ, s.109.; ÖZSOY, s.87.

e. 20 Mayıs 1928 tarihli ve 1288 sayılı Beynelmilel Erkamın Kabulü Hakkında Kanun;

f. 1 Teşrinisani 1928 tarihli ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki hakkında Kanun;

g. 26 Teşrinisani 1934 tarihli ve 2590 sayılı Efendi, Bey, Paşa gibi Lakap ve Unvanların Kaldırıldığına dair Kanun;

h. 3 Kânunuevvel 1934 tarihli ve 2596 sayılı Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun.

Sayılan bu kanunlarda düzenleme altına alınan hükümlerin ihlali suretiyle işlenecek suçlardan dolayı faile verilen ceza, 2 yıldan az süreli hapis ve/veya adli para cezasını öngörse ve bunun haricinde yasanın aradığı diğer objektif ve takdiri koşullar oluşsa da, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi söz konusu olamayacaktır.

2. 5739 Sayılı Kanun İle Öngörülen Sınırlamalar

1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu'na, 26.02.2008 gün ve 5739 Sayılı Kanun ile bir madde eklenmek suretiyle ve 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun ile 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nda bir takım değişiklikler yapılarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanma alanını daraltıcı yeni sınırlamalar getirilmiştir.

5739 sayılı Kanun ile Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun ve Terörle Mücadele Kanunu'nda yapılan değişiklikler, 01.03.2008 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu doğrultuda, bahsedilen değişikliklerin Resmi Gazete'de yayımlanma tarihinden önce işlenen ve aynı zamanda bu yasaların kapsamında kalan suçlar hakkında da Türk Ceza Kanunu'nun 7inci maddesi hükmü göz önünde bulundurularak, yasada belirlenen koşullar oluştuğu takdirde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilecektir.

a. 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanununa İlişkin Sınırlamalar

5739 Sayılı Kanun'un 1'inci maddesiyle, 1632 Sayılı Askeri Ceza Kanunu'na, geçici 10'uncu madde eklenmiştir. Belirtilen maddenin

2'nci fıkrası hükmüne göre “Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231'inci maddesinin 5 ila 14'üncü fıkraları uygulanmaz” düzenlemesi getirilmiştir. Bu düzenleme sonucunda, Adli Yargı’nın bakmakla görevli olduğu bakaya, saklı, yoklama kaçağı gibi suçlar da dâhil olmak üzere, Askeri Ceza Kanunu’nda düzenlenen suçlar bakımından, bu suçların faillerine verilecek ceza, 2 yılın altında hapis veya adli para cezasını gerektirse ve yasada belirtilen objektif ve takdiri koşullar da gerçekleşmiş olsa bile, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümleri uygulanmayacaktır.⁷⁸

b. 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun’a İlişkin Sınırlamalar

5729 Sayılı Kanun’un 2'nci maddesiyle ise, 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun’un 63/2'nci fıkrası değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliğe göre, “Bu Kanun’da açıkça belirtilmediği sürece, ...04.12.2004 tarihli ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri... disiplin suç ve cezaları hakkında uygulanmaz.” Hükmüyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması sınırları daraltılmıştır. Bu düzenlemenin 477 Sayılı Kanun’da, bahsedilen değişiklik yapılmamış olsaydı bile, CMK’nın 2'nci maddesi hükmü de göz önünde bulundurularak, bu suçların işlenmesi nedeniyle 477 Sayılı Kanun’un 41'inci maddesi hükmü gereğince uygulanacak ceza niteliğindeki disiplin cezalarında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının zaten verilmemesi gerekmekteydi. Ancak kanun koyucu, bahsedilen düzenlemeyle herhangi bir yanlış uygulama ve anlaşılmanın önüne geçmek istemiştir. Bu husus, anılan değişikliğin gerekçesinden de anlaşılmaktadır.⁷⁹

c. 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu’na İlişkin Sınırlamalar

5739 sayılı Kanun’un 3'üncü maddesi ile de, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 13'üncü maddesi değiştirilmiştir. Bu değişikliğe göre; “Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231'inci maddesine göre, hükmün açıklan-

⁷⁸ ARTUÇ, s. 110.

⁷⁹ ARTUÇ, s. 110-111.

masının geri bırakılması kararı verilemez; ancak bu hükümler, on beş yaşını tamamlamamış çocuklar hakkında uygulanmaz.” Bu değişikliğe göre, terör suçlarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilemeyecektir. Bu istisna şeklindeki hükmün istisnası denilebilecek durum ise, 15 yaşını tamamlamamış çocuklarla ilgilidir. 15 yaşın altındaki küçüklerin Terörle Mücadele Kanunu anlamında, terör suçu olarak nitelendirilebilecek bir suç olsa bile, bu failer hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilmesi olanaklıdır.⁸⁰

d. Disiplin Ve Tazyik Hapsini Gerektiren Eylemlere İlişkin Sınırlamalar

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda bir takım eylemlerin işlenmesi halinde disiplin ve tazyik hapsi öngörülmüştür. CMK’nın 60’ıncı maddesinde, yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında; 124’üncü maddede ispat aracı olarak yararlı görülen eşya veya diğer malvarlığı değerlerini göstermeyen ve teslim etmeyen kişi hakkında ve 203’üncü maddede duruşmanın düzenini bozan kişinin dışarı çıkarılması sırasında direnç göstermesi veya karışıklıklara neden olması halinde disiplin hapsi; İİK’nın 337’nci maddesinde mal beyanında bulunmama ve 339’uncu maddesinde mal beyanından sonra kazanılan malları ve gelirindeki artışı bildirmemek eylemleri için disiplin hapsi öngörülmüş; yine İİK’nın 338/2’nci fıkrasında aciz vesikası almış bir borçlunun asgari ücretin üstünde bir geçim sürmesi, 340’ıncı maddesinde taahhüdü ihlal etme, 341’inci maddesinde çocuk teslimi kararına aykırı davranma, 343’üncü maddesinde yalnız kendisi tarafından yapılacak olan bir işin yapılması veya bir işin yapılmaması veyahut bir irtifak hakkının tesisi veya kaldırılması hakkındaki ilam hükümlerine muhalefet etme ve 344’üncü maddesinde nafaka borcunu ödememek fiilleri için tazyik hapsi öngörülmüştür.

Disiplin hapsi ile tazyik hapsi arasında görülebilen tek farklılık; tazyik hapsine, bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucu, bunu sağlamaya yönelik olarak başvurulduğu için, bu yükümlülüğün yerine getirilmesiyle son bulmasına rağmen; disiplin hapsi bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle değil, kısmi bir düzeni korumak ama-

80 ARAS, s. 81.

cıyla yaptırım altına alınmış olan bir fiilin işlenmesi nedeniyle verilir. Bunun sonucu olarak da o işin ifa edilmesi, disiplin hapsini sona erdirmez. Bununla birlikte, icra ve iflası suçlarının ekonomik suç olmaları nedeniyle, Yasa koyucu bu konuda yine de esnek davranmış ve borcun ödenmesini disiplin hapsinin düşmesi için yeterli sayılmıştır.⁸¹

Bu genel açıklamalardan sonra, bu yaptırımlarla ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulanıp uygulanmayacağı yönünde doktrinde görüşler ileri sürülmektedir. Artuç'a göre⁸² "özellikle disiplin hapsinin tamamlanıp özelliklerinin belirlendiği CMK'nın 2. maddesinin yapımı sürecinde, bu yaptırımları gerektiren eylemler hakkında uzlaşma kurumunun uygulanmayacağı belirtilmesi unutulmuştur. Ayrıca CMK'nın 2. maddesinin yapıldığı süreçte de hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi Türk CMK âleminde yer almadığından, bu yaptırımlarla ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmeyeceğinin eklenmesi unutulmuştur." Ayrıca icra ve iflas suçlarına ilişkin davalara bakmakla görevli uzmanlık dairesi olan Yargıtay 16. Hukuk Dairesi de, "disiplin ve tazyik hapsini gerektiren eylemlerin suç değil, kabahat oldukları görüşündedir."⁸³ Artuç'a göre⁸⁴ "bu durumda, CMK'nın 231/5. maddesinde "sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza,...hapis veya adli para cezası ise" ibarelerinden de anlaşılacağı üzere, bu kurumun ancak suç niteliği taşıyan eylemlerle, hapis ve adli para cezasını gerektiren eylemlerde uygulanacak olması, disiplin ve tazyik hapsinin de bir ceza olmaması nedeniyle, anılan yaptırımlarla ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmemesi gerekmektedir." Biz de bu görüşe iştirak etmekteyiz.

e. İmar Kirliliğine Neden Olma Suçuna İlişkin Sınırlamalar

Yukarıdaki başlıklarda da ayrıntısıyla açıklandığı üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için, suç nedeniyle ortaya çıkan zararın tümüyle giderilmesi vazgeçilmez bir koşuldur. Bu doğrultuda, örneğin, imar kirliliğine neden olduğu anlaşılan bir binanın,

81 ARTUÇ, s. 114.

82 ARTUÇ, s. 115.

83 Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin 19.02.2008 tarihli, 2008/1161E., 2008/883 K . sayılı ilamı. <<http://www.dinamikhukuk.com/>>

84 ARTUÇ, s. 115.

tamamıyla yıkılarak ya da imar mevzuatına uygun bir duruma getirilerek oluşan zararın giderilmesi olanaklıdır. Ne var ki, sanık tarafından imar mevzuatına uygun durumun sağlanması halinde, kamunun uğradığı zarar giderilmiş olacaktır. Bu durumda, anılan suç ve buna ilişkin yaptırımı düzenleyen 5237 sayılı TCK'nın 184/5'inci fıkrasında kamu davasının düşürüleceği, hatta mahkum olunan cezanın tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılacağı belirtilmiş olmakla, bu suç bakımından da, sanık tarafından, anılan maddenin 5'inci fıkrasındaki gerekliliklerin yerine getirilmesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını gerektirecek bir mahkumiyet kararı varlığını sürdüremeyeceğinden, kurumun da uygulanması mümkün olamayacaktır.⁸⁵

J. Yargılama Giderleri ve Vekâlet Ücreti

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar verilmesi durumunda, yargılama giderlerinin, sanığa yükletileceği açıkça ifade edilmiştir (CMK 325/1-2).

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, ancak sanığın suçunun sabit görülmesi halinde verilebileceğinden, katılanın kendisini duruşmalarda vekille temsil ettirmesi halinde, katılan lehine avukatlık asgari ücret tarifesini uyarınca vekalet ücretine hükmedilmelidir.⁸⁶

85 ÖZSOY, s. 88-89.

86 OLGUN, s. 67.

HAKEMLİ MAKALE

MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKI VE TÜRK HUKUKUNUN A.İ.H.S. İLE UYUM SORUNU

■ Ümit KILINÇ*

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin¹ 6. maddesinin metninde mahkemeye erişim/ulaşma hakkı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak bu durum, bu hakkın Sözleşme'nin bu hükmü altında korunmayacağı anlamına gelmemektedir. Sözleşme'nin 6. maddesini 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'ne ve Sözleşme'nin başlangıç bölümünde ifadesini bulan hukukun üstünlüğü ilkesine dayanarak yorumlayan² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi³, mahkemeye erişim/ulaşma hakkının, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi kapsamında korunan haklar kategorisi içinde olduğuna karar vermiştir.⁴ Mahkemeye ulaşma hakkı, 6. maddede korunan «mahkeme hakkının (*droit à un tribunal/right to a court*)» bir unsurunu oluşturmaktadır.⁵ Dolayısıyla, adil yargılanma hakkı altında içtihatla

* Dr., Fransa Reunion Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Avukat, İzmir Barosu Üyesi

1 «Sözleşme» veya «AİHS» olarak anılacaktır.

2 Jacques Velu & Ruşen Ergeç, **La Convention européenne des droits de l'homme**, Bruylant, Bruxelles, 1990, s. 400.

3 «AİHM» veya «Mahkeme» olarak anılacaktır.

4 AİHM, *Golder/Birleşik Krallık*, n° 4451/70, 21 Şubat 1975 tarihli karar, §§ 35–36. Bu çalışmada kullanılan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin tüm kararlarına, Mahkeme'nin resmi İnternet sitesi (www.echr.coe.int) üzerinden ulaşılmıştır.

5 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında «mahkeme hakkı» ile ilgili olarak kapsamlı bir çalışma için bkz., Laure Milano, **Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme**, Dalloz, Paris, 2006.

oluşturulan bir hak olan mahkemeye erişim hakkı⁶, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin koruma kapsamına girmektedir.⁷

Mahkemeye erişim hakkı, herkesin medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ile ilgili olarak bir yargı organı önünde dava açabilme ve bir dava açmak için gerekli imkanlara sahip olabilme hakkı olarak tanımlanabilir.⁸ Bununla birlikte, mahkemeye erişim hakkını, dava açma hakkıyla ve dava açabilmek için gerekli kolaylıkların sağlanması hakkı ile sınırlandıramayız. Bu hak, ulusal mevzuatın ön-

-
- 6 Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi anlamında mahkemeye ulaşma hakkı sadece idari davaları ve hukuk davalarını ilgilendirmektedir ; ceza yargılaması ile ilgili mahkemeye ulaşma hakkı ve buna bağlı adli yardım mekanizması ile ilgili davalar, Sözleşme'nin 6 § 3 maddesi altında incelenmektedir. Ayrıca, mahkemeye erişim hakkı Sözleşme'nin diğer hükümleri altında farklı şekillerde korunmaktadır. Sözleşme'nin 5 § 4 maddesi, hürriyetinden mahrum bırakılan herkese, hürriyetten mahrumiyet tedbirine karşı bir yargı organı önünde itiraz etme hakkı tanıyarak, ilgili şahsa mahkemeye ulaşma imkanı tanımaktadır. Ayrıca, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerine aykırı fiillere maruz kalan mağdurlar ve bazı durumlarda mağdur yakınları, şikayetlerini iletecekleri bir yargı organına ulaşabilmeleri gerekmektedir. Böyle bir yargı organına ulaşamamaları veya yaptıkları başvuruların etkili bir şekilde incelenmemesi, yine mahkemeye ulaşma hakkına aykırıdır. Ancak bu tür şikayetler, Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinden çok, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddesi altında devletin etkili soruşturma yapma yükümlülüğü altında incelenmektedir (Jean-Paul Costa, «Le droit à un tribunal et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in **Mélanges en l'honneur de Jean Buffet: la procédure en tous ses états**, Paris, Petites affiches, 2004, s. 163-164). AİHM'e erişim hakkı konusunda ise, bu hak Sözleşme'nin 34. maddesinde öngörülmüştür. Bu maddeye göre devletler, Mahkeme'ye bireysel başvuru hakkını «etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt» etmektedirler. Dolayısıyla AİHM önünde yapılan bireysel başvuruyu kısıtlayan ve başvurucuların AİHM'e ulaşmasını engelleyen kamu makamlarının eylemleri, Sözleşme'nin 34. maddesinin ihlal edilmesine neden olabilmektedir (Örnek olarak bkz., AİHM, *Iambor/Romanya*, n° 64536/01, 24 Haziran 2008 tarihli karar, §§ 212-217).
- 7 Mahkeme'ye erişim hakkı aynı zamanda Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14. maddesinde zımnen ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı bu hakkı, *Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* (n° 222/84, 15 Mayıs 1986 tarihli karar) kararıyla tanımıştır. (<http://eur-lex.europa.eu>).
- 8 Frédéric Sudre vd, **Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme**, 6. baskı, Puf, Paris, 2011, s. 295.

görmesi durumunda kanun yollarına başvurma hakkını⁹ ve belirli bir talepte bulunma hakkını da¹⁰ kapsamaktadır. Adalet Bakanlığı mahkemeye erişim hakkını daha geniş bir şekilde tanımlamaktadır. 2010-2014 Stratejik Planında mahkemeye erişim hakkı, «toplumun tüm kesimlerinin ihtiyaç duydukları adalete kolaylıkla ulaşabilmesi ve haklarını etkili bir şekilde arayabilmesi için devletin gerekli tüm imkanları sağlaması ve bu imkanların varlığını etkin bir şekilde tanıtması» olarak tanımlanmaktadır.¹¹ Bu tanım mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak devlete pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Dolayısıyla devlete, vatandaşlarının mahkemeye ulaşmalarını sağlamak için varolan tüm engelleri ortadan kaldırma ve gerektiğinde yargı organlarına erişimi kolaylaştıracak mekanizmalar oluşturmak için gerekli kurumsal altyapıyı oluşturma yükümlülüğü getirilmektedir.¹² Söz konusu pozitif yükümlülük AİHM'in Airey kararında açıkça dile getirilmiştir.¹³

AİHM içtihatlarında mahkemeye ulaşma hakkı, önemli ve temel bir yer işgal etmektedir. Bu hak, Sözleşme'de korunan tüm hakların bağlı olduğu hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesi için gerekli şartların başında gelmektedir.¹⁴ Mahkemeye erişim hakkı Sözleşme'nin tanıdığı haklardan yola çıkarak yeni açılımlara olanak sağlayan anahtar haklardan biri¹⁵ olmakla birlikte, adli yardım mekanizması sayesinde dava harçlarını ödeyebilen ve ödeyemeyen taraflar arasında silahların eşitliği ilkesini sağlama amacındadır¹⁶. Bireyin bu haktan faydalanamaması

- 9 Osman Doğru & Atilla Nalbant, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, 1. Cilt, Avrupa Konseyi/Yargıtay, Ankara, 2012, s. 620.
- 10 Nathalie Deffains, « Accès au droit et accès au tribunal dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », **Civitas Europa**, n° 25, Aralık 2010, s. 51-52.
- 11 Adalet Bakanlığı Stratejik Raporu, 2010-2014, s. 124 (bu belgeye (<http://www.adalet.gov.tr>) internet sitesinden 14 Ocak 2013 tarihinde ulaşılmıştır).
- 12 Seda Kalem Berk, **Türkiye'de Adalete Erişim, Göstergeler ve Öneriler**, TESEV, İstanbul, 2012, s. 18 ; Hanspeter Mock, «Le droit à un procès équitable», **Revue trimestrielle des droits de l'homme**, 1995, s. 392 ve Ayşe Kılınç, «Bir insan hakkı olarak adli yardım», **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, Cilt 3, no 1, 2011, s. 4 (bu makaleye <http://www.sobiad.org>) sitesinden 24 Mart 2013 tarihinde ulaşılmıştır).
- 13 AİHM, *Airey/İrlanda*, n° 6289/73, 9 Eylül 1979 tarihli karar, §§ 25 ve 26.
- 14 Laure Milano, a.g.e., s. 185.
- 15 Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre adil yargılanma hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, s. 34.
- 16 Halil Kılıç, **6100 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu**, Cilt 2, Adalet, Ankara, 2011, s. 2624.

durumunda Sözleşme'nin 6. maddesinin ilk fıkrasında ifade edilen bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul sürede, hakkaniyete uygun ve aleni olarak yargılanma hakları anlamlarını yitirmektedir¹⁷. Gerçekten de mahkemede dava açma hakkından mahrum bırakılan şahıslar, aynı zamanda yukarıda belirtilen bu haklardan da doğrudan doğruya mahrum bırakılmaktadırlar. Ayrıca mahkemeye ulaşma hakkının mevzuatta kabul edilmesi yeterli değildir. Bu hakkın ulaşılabilirlik ve etkililik unsurlarını kendi içinde barındırması gerekmektedir ve bunun için, mahkemeye erişim hakkının sadece teoride değil aynı zamanda pratikte de varolması gerekmektedir.¹⁸

Mahkemeye erişim hakkı mutlak bir hak değildir. Bu hak «zımni sınırlamalara (*implied limitations/limitations implicites*)» tabi olabilir. Yapılan sınırlamaların, meşru bir amaca yönelik olması ve ulaşılacak istenen amaç ile orantılı olması gerekmektedir. Mahkemeye erişim hakkı, doğası gereği, devlet tarafından düzenlenmeye muhtaçtır. Bu nedenle bu hakkın yerine getirilmesi ile ilgili olarak devletin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu hakkın sınırlandırılmasında devletin kendisine sınırlı bir şekilde tanınan takdir yetkisini aşırıp aşmadığını belirlemek AİHM'e aittir.¹⁹ Mahkeme içtihatlarına göre mahkemeye erişim hakkına yapılacak sınırlamaların hakkın özünü zedelememesi gerekmektedir.²⁰ Dolayısıyla Mahkeme, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyumsuzluklarda, bireylerin mahkemeye ulaşmalarını orantısız bir şekilde engelleyen, kendilerine aşırı yük yükleyen ve hakkın özüne zarar veren sınırlamaları Sözleşme'nin 6 § 1 maddesine aykırı bulmaktadır.²¹

17 AİHM, *Z. ve diğerleri/Birleşik Krallık*, n° 29392/95, 10 Mayıs 2001 tarihli karar, § 91.

18 AİHM, *Moldovan ve diğerleri/Romanya*, n° 41138/98 ve n° 64320/04, 12 Temmuz 2005 tarihli karar, § 118.

19 AİHM, *Osman/Birleşik Krallık*, n° 23452/94, 28 Ekim 1998 tarihli karar, § 147.

20 AİHM, *Ashingdane/Birleşik Krallık*, n° 8225/78, 28 Mayıs 1985 tarihli karar, § 57.

21 Mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olarak genel ilkelerin özeti konusunda, bkz., Benedetto Conforti, «Immunités de la juridiction civile et Convention européenne des droits de l'homme», **Bulletin des droits de l'homme**, n° 11/12, 2005, s. 1-6; Jean-Paul Costa, «Le droit à un tribunal selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in **L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité: l'urgence d'agir au Québec ?**, Cowansville, Yvon Blais, (Québec), 2008, s. 405-420 ; Pierre Lambert, «Le droit d'accès à un tribunal

AİHM'in anlayışına göre adalet, ancak, kisilerin kendi haklarını etkili bir şekilde yargı organları önünde savunma imkanına sahip olmalarıyla yerine gelebilmektedir.²²

Türkiye'deki hukuk davalarında ve idari davalarda mahkemeye erişim hakkına getirilen sınırlamalar, Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında sorun çıkarabilmektedir. Mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili olarak Türk hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumsuz olan noktaları²³ nelerdir diye sorulduğunda iki konu karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak, dava harçları mahkemeye erişim hakkı bakımından sorun çıkarabilmektedir (I). İkinci olarak, hukuk mahkemeleri ve idari mahkemelerde görülen tazminat davalarında fazlaya ilişkin taleplerin süreaşımı nedeniyle istenememesi nedeniyle mahkemeye ulaşma hakkı engellenebilmektedir (II).

dans la Convention européenne des Droits de l'Homme », in **Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen**, l'Institut des droits de l'homme des avocats européens et l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bordeaux, Bruylant, Brüksel, 2001, s. 60-66 ; Rory Stephan Brown, « Acces to Justice for Victime of Torture », in **Access to Justice as a Human Right**, ed. Francesco Francioni, Collected courses of the Academy of European Law, vol. 16-4, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 218-222; P. van Dijk, « Access to Court », in **The European System for the Protection of Human Rights**, Macdonald, R.St.J., Matscher, F., Petzold, H. (ed.), Nijhoff, Dordrecht - Boston - London, 1993, s. 345-354; Julie Meunier, « La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme », in **Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs**, Hélène Ruiz Fabri (ed), Société de législation comparée, Paris, 2003, s. 189-190.

22 Philippe Waquet, « L'aide juridictionnelle et l'instance », **Recueil Dalloz**, 185. sene, n° 32 (24 Eylül 2009), s. 2182.

23 Türk hukukunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olan bir noktası milletvekilliği dokunulmazlıklarıyla ilgilidir. *Kart/Türkiye* davasında (n° 8917/05, 3 Aralık 2009 tarihli karar) İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi, milletvekilliği dokunulmazlığından dolayı bir milletvekilinin yargılanamaması ve bu nedenle masum olduğunu ispatlayamamasının Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir (davanın yorumu için bkz., Dilbadi Gasimov, «Comment trouver l'équilibre entre les droits du même individu lorsqu'ils entrent en conflit ?», **Europe des libertés**, n° 31, Ocak 2010, s. 20-21 ve Serkan Yolcu, «Adil yargılanma hakkı karşısında yasama dokunulmazlığını yeniden düşünmek: Atilla Kart olayı üzerine bir deneme », **AUHFD**, 60 (2) 2001, s. 367-411).

I. DAVA HARÇLARININ ÖDENMEMESİNDEN DOLAYI MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKININ ENGELLENMESİ

Mahkemeye erişim hakkı hak arama özgürlüğünün bir boyutunu oluşturmaktadır. Ekonomik nedenlerle kişinin hakkını arayamayacak durumda olması hak arama özgürlüğünü anlamsız kılmaktadır.²⁴ AİHM önünde adli yardım taleplerinin reddedilmesi ve buna bağlı olarak dava harçlarının ödenmemesinden dolayı davanın açılmamış sayılması, sistematik bir şekilde Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi ile koruma altına alınan mahkemeye erişim hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Öncelikle bu ihlalin nedenleri ve bu ihlalin ortadan kaldırılması için yapılması gereken düzenlemeler üzerinde durmak gerekmektedir (A). Ayrıca mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili olarak AİHM önünde ortaya çıkan bir başka sorun, davanın kazanılmasından sonra, karar ve ilam harcının yatırılmaması nedeniyle kararın ilgiliye tebliğe çıkarılamaması ve icraya konulamamasıdır (B).

A. Dava harçları ile ilgili adli yardım talebinin reddedilmesinden dolayı mahkemeye erişim hakkının engellenmesi

AİHM'e göre, ekonomik nedenlerle mahkemeye ulaşma hakkı sınırlanabilmektedir. Yargının iyi işlemesi, mahkemeye ulaşma hakkına parasal nedenlerle sınırlama getirilmesini haklı kılabilmektedir.²⁵ Dolayısıyla idari davalarda ve hukuk davalarında mahkemelere harç adı altında para yatırılmasının istenmesi tek başına Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı değildir.²⁶ Ancak Mahkeme, dava harçlarından dolayı başvuru sahiplerinin mahkemeye erişim haklarının engellenmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme bu hakka, harçlardan dolayı sınırlama getirilmesinin haklı olup olmadığını incelerken, istenen harç miktarını, başvuru sahibinin ödeme durumunu ve davanın hangi aşamasında ödemenin talep edildiğini gözönünde bulundurmaktadır.²⁷ Bu kriterlere ek olarak Mahkeme, davanın başvuru için önemini, davadaki hukuki meselenin karmaşıklığını ve başvuru sahibinin kendini temsil kabiliyeti olup olmadığını dikkate almaktadır.²⁸ Bu kriterler ışığında Mahkeme,

24 Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakameleri Kanunu Şerhi**, Yetkin, Ankara, 2012, s. 1429.

25 AİHM, *Tolstoy-Miloslavsky/Birleşik Krallık*, n° 18139/91, 13 Temmuz 1995 tarihli karar, § 61 ve devamı.

26 AİHM, *Kreuz/Polonya*, no 28249/95, 19 Haziran 2001 tarihli karar, § 60.

27 AİHM, *Weissman ve diğerleri/Romanya*, no 63945/00, 26 Mayıs 2006 tarihli karar, § 37.

28 AİHM, *Kaba/Türkiye*, n° 1236/05, 1 Mart 2011 tarihli karar, § 20.

başvurucunun adli yardım²⁹ talebinin reddedilerek kendisinden istenen harcın Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi anlamında mahkemeye ulaşma hakkını haklı bir şekilde sınırlayıp sınırlamadığına karar vermektedir. Mahkeme, hak arayanların ekonomik ve sosyal durumlarını dikkate alarak, dava açma konusunda mahkemeler önünde fiilen dezavantaj olarak değerlendirilebilir bir duruma düşebilecek ekonomik yönden kötü durumda olan kesimleri korumaktadır.³⁰

Mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili olarak Türkiye ile ilgili ilk önemli karar *Bakan/Türkiye*³¹ kararıdır. Bu davada güvenlik kuvvetleri, kaçan bir şahsa ateş etmişler ve mermilerden biri sekerek başvurunun eşine isabet etmiş ve başvurunun eşi hayatını kaybetmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi önünde kendisi ve iki çocuğu adına dava açan başvuru, adli yardım talebinde bulunmuş ve bu talebi kabul edilmiştir. Yapılan yargılama sonucunda Asliye Hukuk Mahkemesi dosyanın görevli idare mahkemesinde açılması gerektiğini belirterek görevsizlik kararı vermiştir. Başvurucu bunun üzerine Diyarbakır İdare Mahkemesi önünde dava açmış ve yeniden adli yardım talebinde bulunmuştur. Adli yardım talebi, davanın kazanılma şansının zayıflığı (görünüş itibarıyla haklılık) ve avukatla temsil edilmesi gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. İdare Mahkemesi, başvurucudan dava harçlarını ödemesini isteyerek bunun için kendisine süre vermiştir. Başvurucu, Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kendisinin adli yardım talebini kabul ettiğini ve bu nedenle idari yargılama aşamasında da adli yardımdan faydalanması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak İdare Mahkemesi bu talebi kabul etmemiş ve davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir.

Başvurucu davasını AİHM önüne getirmiştir. AİHM, yukarıda belirtilen kriterleri dikkate alarak öncelikle, başvurunun talebinin davanın esasına girilmeden reddedildiğini belirtmiştir. Mahkeme, talep edilen harç miktarının yaklaşık olarak 170 Euro'ya denk geldiğini belirterek,

29 Türk Barolar Birliği Adli Yardım Yönetmeliği'nin 1. maddesi adli yardımın amacının «(...) bireylerin hak arama özgürlüklerinin önündeki engelleri aşmak ve hak arama özgürlüğünün kullanımında eşitliği sağlamak üzere, avukatlık ücretini ve yargılama giderlerini karşılama olanağı bulunmayanların avukatlık hizmetlerinden yararlandırılması» olduğu belirtilmiştir.

30 Nathalie Deffains, **a.g.e.**, s. 72.

31 AİHM, *Bakan/Türkiye*, n° 50939/99, 12 Haziran 2007 tarihli karar.

bu miktarın o dönemde asgari ücretle çalışan bir kişinin iki aylık maaşına denk geldiğinin altını çizmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurunun o dönemlerde herhangi bir geliri bulunmamaktadır ve kendisinden söz konusu miktarı ödemesini beklemek zordur. Mahkeme, Asliye Hukuk Mahkemesi ile İdare Mahkemesi arasındaki farklılığa dikkat çekmiş ve başvurunun her iki dava arasındaki dönemde ekonomik durumunun düzeldiğini gösteren hiçbir verinin olmadığını da ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca, İdare Mahkemesi'nin başvurunun avukatla temsil edildiğinden yola çıkarak dava harçlarını da ödeyebileceği yönündeki çıkarımını da eleştirmiştir. Mahkeme, İdare Mahkemesi'nin başvurunun adli yardım talebiyle ilgili olarak onun ekonomik durumuna bakmak yerine, avukatla temsil edilmesi konusuna eğildiğine dikkat çekmiş, bu durumda bile avukatın herhangi bir ücret almadığının dosyadan anlaşıldığını belirtmiştir.

Davayı kazanma ihtimali ile ilgili olarak AİHM, İdare Mahkemesi'nin aslında davanın esası hakkında tam bir inceleme yapmadan karar verdiğini söylemiştir. Sonuç olarak, Türkiye'deki adli yardım sisteminin keyfiliği önleyecek gerekli güvenceleri sağlamadığı sonucuna varılmıştır. Adli yardım talebinin reddedilmesine karşı herhangi bir itiraz yolunun öngörülmemiş olması da gerekçelerden biri olarak ifade edilmiştir. Bunların yanı sıra, bir mahkemenin adli yardım talebini red kararının başka bir mahkeme tarafından incelenmesini sağlayacak itiraz yolunun bulunmaması ve karar verilirken adli yardım talebinde bulunanların dinlenmemesi mahkemeye erişim hakkına aykırı bulunmuş ve bu hakkın özüne zarar verildiği kanaatine varılmıştır.

Dava harçlarının öden(e)memesinden dolayı davanın açılmamış sayılması şahısların sadece idare mahkemelerine erişim haklarını ilgilendirmemektedir. Aynı sorun Askeri Yüksek İdare Mahkemesi³² önünde de geçerlidir. Askeri idari davalarda mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili ortaya çıkan sorun, aslında idari davalarda ortaya çıkan sorunla aynıdır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin adli yardım mekanizmasından faydalanamayan ve dava harcını ödeyemeyen başvuru sahiplerinin davalarının açılmamış sayılmasına karar vermesi, Bakan/Türkiye kararındaki gerekçelerle Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali sonucunu doğurmaktadır. Bu konuda AİHM tarafından verilen birçok karar bulunmaktadır.

32 «AYİM» olarak anılacaktır.

Örnek olarak *Fatih Yürük/Türkiye*³³ davasında, askerliği sırasında Hepatit B virüsü kapptığını iddia eden başvuru, AYİM önünde adli yardım talebiyle birlikte tazminat davası açmıştır. Başvurunun görünüş itibarıyla haklı olmadığı ve verdiği fakirlik belgesinde muhtar ile birlikte ihtiyar heyetinin de imzasının olması gerektiği gerekçe gösterilerek, başvuru, adli yardım talebi reddedilmiştir ve başvuru, dava harcını ödeyemediği için davasının açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Benzer durum *Bek/Türkiye*³⁴ davası için de geçerlidir. Bu davada, askerde yaralanmasından dolayı Mehmetçik Vakfı'ndan kendisine 300 TL aylık bağlanan başvuru, adli yardım talebi ve tazminat davası, söz konusu maaş göz önüne alınarak reddedilmiş ve davasının açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Aynı şekilde *Adnan Özdemir/Türkiye*³⁵ ve *Eşref Çakmak/Türkiye*³⁶ davalarında AYİM, başvuru, adli yardım taleplerinin eski Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 465. maddesindeki şartları taşımamalarından dolayı davalarının açılmamış sayılmasına karar vermiştir. Bir başka davada, askerliğini yapmakta olan çocuklarının çıkan çatışmadan sonra örgüt tarafından kaçırılması nedeniyle idare aleyhine dava açmak isteyen başvuru, adli yardım talepleri reddedilmiştir. AYİM adli yardım talebinin yasadaki şartları taşımadığı gerekçesiyle davanın açılmamış sayılmasına karar vermiştir.³⁷ Son olarak, *Eyüp Kaya/Türkiye*³⁸ davasında, askerdeyken gözünden rahatsızlanan başvuru, AYİM'e başvurmuş ve fakirlik belgesiyle birlikte adli yardım talebinde bulunmuştur. Başvuru, talebi de aynı şekilde eski 465. maddedeki şartlar yerine getirilmediğinden dolayı reddedilmiştir. Bu davaların tümünde AİHM, AYİM'in başvuru, adli yardım taleplerini reddetmekle onların mahkemeye ulaşma haklarının özüne zarar verdiğine ve Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.³⁹

33 AİHM, *Fatih Yürük/Türkiye*, n° 4930/05, 6 Nisan 2010 tarihli karar.

34 AİHM, *Bek/Türkiye*, n° 23522/05, 20 Nisan 2010 tarihli karar.

35 AİHM, *Adnan Özdemir/Türkiye*, n° 4574/06, 20 Mayıs 2010 tarihli karar.

36 AİHM, *Eşref Çakmak/Türkiye*, n° 3494/05, 15 Şubat 2011 tarihli karar.

37 AİHM, *Açış/Türkiye*, n° 7050/05, 1 Şubat 2011 tarihli karar.

38 AİHM, *Eyüp Kaya/Türkiye*, n° 17582/04, 23 Eylül 2008 tarihli karar.

39 Örnekler daha da çoğaltılabilir: *Kaba/Türkiye*, (a.g.k.), *Alkan/Türkiye* (n° 17725/07, 7 Şubat 2012 tarihli karar) ve *Kıran/Türkiye* (n° 23321/09, 10 Ocak 2012 tarihli karar) davalarında AİHM aynı şekilde, harçların ödenmemesinden dolayı davaların açılmamış sayılmasına karar verilmesinin Sözleşme'nin 6. maddesi ile koruma altına alınan mahkemeye ulaşma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Dikkat edileceği üzere AİHM önünde davacılar tarafından dava harçlarının ödenememesi nedeniyle ilgili yargı organı tarafından davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi Sözleşme'nin 6. maddesi ile koruma altına alınan mahkemeye ulaşma hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır. Bu ihlalin asıl nedeni, eski Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 465. maddesinin hükümleridir. Bu maddenin ortaya çıkardığı sorunlarla birlikte, 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun adli yardım ile ilgili hükümlerinin, AİHM içtihatları ışığında varolan sorunu çözüp çözmediğini incelemek gerekmektedir.

1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 465. maddesi ve müteakip hükümlere göre, adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için ilgili şahsın, fakirlik durumunu ve haklı olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Adli yardım talepleri ile ilgili kararlar duruşma yapılmaksızın ve dosya üzerinden incelenmekteydi. Ayrıca adli yardım taleplerinin reddedilmesi ile ilgili kararlar kesin olmakla hiçbir yargı organı önünde itiraza konu olamamaktaydı.

AİHM, 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 465 ve devamı maddeleri ile oluşturulan Türkiye'deki dava harçları ile ilgili adli yardım mekanizmasının, Sözleşme'nin 6. maddesi ile koruma altına alınan mahkemeye ulaşma hakkı için gerekli güvenceleri sağlamadığını söylemektedir. İlk olarak, ilgili mahkemelerin, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapmadan esas hakkında beyanda bulunduklarını belirtmektedir. Mahkeme'ye göre, bu nedenden dolayı tüm adli yardım taleplerinin reddedilmesi mümkün olabilmektedir çünkü, davanın yerinde olup olmadığı ve kazanma şansının olup olmadığı kişiden kişiye, yargılamanın aşamasına ve hâkimin takdirine göre değişebilmektedir. Bu nedenle AİHM, adli yardım talebini reddeden ve davanın açılmamış sayılması yönündeki karara karşı bir itiraz mekanizmasının olmamasının, hak arayan ilgili şahıslar için gerekli güvencelerin var olmadığı anlamına geldiğini söylemektedir.⁴⁰ Bunun yanı sıra, daha önce de belirtildiği gibi, dava harçları ile ilgili adli yardım talepleri dosya üzerinden incelenmektedir ve ilgili yargı organı, davacıları dinlemeden karar vermektedir. Bu durum da AİHM tarafından özellikle *Kaba/Türkiye* davasında açıkça eleştirilmiştir.⁴¹

40 AİHM, *Bakan/Türkiye*, a.g.k., § 76.

41 AİHM, *Kaba/Türkiye*, a.g.k., § 24.

Adli yardım ile ilgili olarak AİHM ayrıca, başvuruçuların maaşlarının olması veya avukatla temsil ediliyor olmalarının harcı ödeyebilecekleri anlamına gelmediğini söylemektedir.⁴² Yukarıda belirtildiği gibi, istenen tazminat miktarına, başvuruçuların ekonomik durumlarına, davanın bulunduğu aşamaya, davanın başvuruçuyu için arz ettiği öneme, davada uygulanacak hükümlerin karmaşıklığına ve başvuruçunun kendini temsil kabiliyeti olup olmadığına bakmak gerekmektedir. Ancak bu şekilde kapsamlı bir incelemeyle mahkemeye erişim hakkı önündeki engeller aşılarak, Sözleşme'nin 6. maddesi ile Türk hukuku arasındaki uyumsuzluk giderilebilir. AİHM içtihatları ışığında, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda öngörülen Türkiye'deki dava harçları ile ilgili adli yardım mekanizması açıkça, Sözleşme'nin 6. maddesine anlamında ciddi sorunlar yaratmaktadır.

Şimdi de, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun adli yardım ile ilgili hükümlerinin Türk iç hukuku ile Sözleşme hukuku arasındaki bu uyumsuzluğu giderip gidermediği sorusu üzerinde durmak gerekmektedir.

Ne yazık ki, 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu ile ilgili eksiklikler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334. maddesi için de geçerlidir. Bu hüküm adli yardım talebinde bulunanların, dava harçlarından kısmen veya tamamen muaf olmak için haklı oldukları konusunda ilgili yargı organını ikna etmeleri gerektiğini öngörmektedir.⁴³ Dikkat edileceği üzere, adli yardım ile ilgili 6100 sayılı

42 Bir avukat tarafından temsil edilme ile ilgili olarak Mahkeme, Danıştay'ın avukatla temsil edilen davacıların dava harçlarını da ödeyebileceğini belirten bir içtihadına gönderme yapmaktadır (AİHM, *Bakan/Türkiye*, a.g.k., § 41) ve bu durumu açıkça eleştirmektedir (AİHM, *Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye*, n° 52658/99, 17 Temmuz 2007 tarihli karar, § 37). *Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye* kararının analizi için bkz. Burak Pınar & Nedim Meriç, «Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi », **TBB Dergisi**, Sayı 84, 2009, s. 203-205.

43 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334. maddesi şu şekildedir: «(1) Kendisi ve ailesinin geçimini önemli ölçüde zor duruma düşürmeksizin, gereken yargılama veya takip giderlerini kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun olan kimseler, iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak kaydıyla adli yardımdan yararlanabilirler. (2) Kamuya yararlı dernek ve vakıflar, iddia ve savunmalarında haklı göründükleri ve mali açıdan zor duruma düşmeden gerekli giderleri kısmen veya tamamen ödeyemeyecek durumda oldukları takdirde adli yardımdan yararlanabilirler».

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ve devamı maddeleri ile eski Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 465 ve devamı maddeleri arasında bu bakımdan hiçbir farklılık bulunmamaktadır. Dava harçlarından muaf hale gelmek için adli yardım talebinde bulunan şahısların «kısmen veya tamamen ödeme gücünden yoksun» olduklarını ve «iddia ve savunmalarında, geçici hukuki korunma taleplerinde ve icra takibinde, haklı oldukları yolunda kanaat uyandırmak» zorunda olduklarını ispatlamaları gerekmektedir. Dolayısıyla, adli yardım ile ilgili olarak yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununda hiçbir yenilik getirilmemiştir ve hukuk davalarında⁴⁴ Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlali ortaya çıkaran sorunlar ne yazık ki halen devam etmektedir.

Mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili olarak AİHM önünde ortaya çıkan bir başka sorun, davanın kazanılmasından sonra, karar ve ilam harcının yatırılmamasından dolayı kararın ilgilieye verilmemesi ve icraya konulamaması ile ilgilidir.

B. Karar ve ilam harçlarının ödenememesinden dolayı mahkemeye ulaşma hakkının ihlali

Yukarıda belirtildiği gibi mahkemeye ulaşma hakkını, dava açabilme hakkı ile sınırlandıramayız. Bu hak aynı zamanda, davaya bakmaya yetkili yargı organının önüne gelen hukuki sorunları inceleyebilmesini

44 Ceza davaları ile ilgili olarak, 2011 yılında verilen Anayasa Mahkemesi'nin bir kararı (2011/54 Esas, 2011/142 Karar ve 20 Kasım 2011 tarihli) üzerinde durmak gerekmektedir. Bu davada, 6217 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle 492 sayılı Kanununda değişiklik yapılarak, ceza yargılaması alanındaki kanun yolu başvurularında harç alınması düzenlenmiştir. Bu değişiklikle, Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularından 40 TL harç alınması öngörülmüştü. Anayasa Mahkemesi yerinde bir kararla ve AİHM'nin içtihatlarından çıkan kriterleri gözönünde bulundurarak bu hükmü iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin ölçütlerini benimsediği bu kararında şunları ifade etmiştir: «Ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistem itiraz konusu kuralla birlikte düzenlenmediği gibi, genel olarak ceza yargılaması alanında da, harçlar dâhil “yargılama giderlerinden muafiyet” sağlayan adli yardım düzenlemesi bulunmaktadır. Yine hukukumuzda adli yardıma ilişkin tek düzenleme olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, kuralla getirilen temyiz harcı bakımından da uygulanmasını sağlayacak herhangi bir atfı yapılmamıştır. Dolayısıyla kural, ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını engelleyecek niteliktedir».

de şart koşmaktadır. Dolayısıyla mahkemeye ulaşma hakkından çıkan ikinci bir hak, hukuki sorunları inceleyebilecek yetkili bir mahkeme tarafından yargılanma hakkıdır. Ancak, ilgili mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlığı incelemesi yeterli değildir; bu yargı organının uyuşmazlık ile ilgili olarak karar verebilmesi de gerekmektedir. Bir davada herhangi bir karar verilememesi açılan davayı anlamsız kılmaktadır. Dolayısıyla mahkemeye erişim hakkına bağlı olan üçüncü hak, bir yargı kararı elde etme hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkının gereklerinin yerine getirilmesi için dava açma, uyuşmazlığın bir yargı organı tarafından incelenmesi ve karara bağlanmasının yanında, elde edilen kararın icraya konulabilmesi ve bunun için kamu makamlarının gerekli tedbirleri almaları da gerekmektedir.⁴⁵ Kararın icraya konulabilmesi, mahkemeye ulaşma hakkının dördüncü boyutunu oluşturmaktadır.⁴⁶

Mahkemeye erişim hakkının bu dördüncü boyutu ile ilgili olarak Türkiye'deki eski mevzuat AİHS ile açıkça uyumsuzdu. 492 Sayılı Harçlar Kanununun 28. maddesinin a) bendine göre karar ve ilam harcı ödenene kadar, kararın ilgiliye verilmesi mümkün değildi. İlgili şahıs, dava lehine sonuçlanmasına rağmen bu harçları ödemedi karara bir nüshasını elde edememekteydi ve dolayısıyla kararı icraya koyamamaktaydı. Davayı kazanan tarafın normal şartlarda bu harçları ödemesi gerekmemekteydi. Harçları yatırması gereken ama davayı kaybetmiş olan taraf, harç tutarını ödemediği sürece - ki uygulamada çoğu zaman bu durum söz konusuydu - karar taraflara tebliğ edilememekteydi ; bu nedenle bu karar kesinleşememekteydi ve icraya konulamamaktaydı. Genellikle davayı kazanan taraf, davayı kaybeden taraf yerine söz konusu harçları ödemek zorunda kalmaktaydı ve sonrasında açtığı icra takibinde bu harç miktarlarını davalıdan talep etmekteydi. Kaldı ki 492 Sayılı Harçlar Kanununun 32. maddesi⁴⁷ bu yola imkan vermemekteydi.⁴⁸

45 Bkz., örnek olarak, AİHM, *Immobiliare Saffi/İtalya*, n° 22774/93, 29 Temmuz 1999 tarihli karar, § 63.

46 Osman Doğru & Atilla Nalbant, **a.g.e.**, s. 631-632.

47 492 Sayılı Harçlar Kanununun 32. maddesinin ilgili bölümü şu şekildedir: «Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe müteakip işlemler yapılmaz. Ancak ilgilisi tarafından ödenmeyen harçları diğer taraf öderse işleme devam olunmakla (...)».

48 Mehmet Akif Poroy, «Harçlar Kanununun 28/a maddesinin AİHM'nin Ülger/Türkiye kararı ve Türk yargısının uygulaması ışığında değerlendirilmesi», **TBB Dergisi**, Sayı 86, 2009, s. 427.

Davayı kazanan şahsın karar ve ilam harcı ödeyebilmesi durumunda sorun ortaya çıkmamaktaydı. Buna karşın, davayı kazanmasına rağmen davayı kazanan tarafın söz konusu harcı ödeyememesi durumunda kararın icraya konulamaması mahkemeye ulaşma hakkı açısından sorun çıkarabilmekteydi.

Ülger/Türkiye kararında AİHM açıkça, bu durumun mahkemeye erişim hakkına zarar verdiğini ifade etmiştir. Bu davada, davayı kazanan başvuru ilgili yargı organından, davalının ekonomik durumunun kötü olmasından dolayı kaçma riskini göz önünde bulundurarak ilamı icraya koymasına izin vermesi talebinde bulunmuştur. Ancak ilgili mahkeme, 492 Sayılı Harçlar Kanununun 28. maddesinin a) bendine dayanarak bu talebi reddetmiştir. AİHM önünde Sözleşme'nin 6. maddesinden şikayet eden başvuru, bu durumun mahkemeye ulaşma hakkına zarar verdiğini iddia etmiştir. AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili bir kararın icrasının «mahkeme hakkının» bir parçası olduğunu hatırlattıktan sonra, davayı kaybeden tarafa ait olan dava ve ilam harcının başvuru tarafından yatırılması zorunluluğunun başvuru, lehine olan kararın icrası hakkında mahrum bıraktığını belirtmiştir. AİHM, 492 Sayılı Harçlar Kanununun 28. maddesinin a) bendini öne süren ilgili yargı organının başvuru yüklediği ekonomik yükümlülüğün, kendisinin lehine olan yargı kararına ulaşmasını engellediğini söylemiştir.

Mahkemeye ulaşma hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlerken Mahkeme, davanın kendine özgü şartlarını, özellikle başvurunun söz konusu harç miktarını ödeme gücünü ve bu yükümlülüğün yerine getirileceği zamanda davanın bulunduğu aşamanın dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu davada inşaat işçisi olan başvuru, maaşını alabilmek için dava açmış, davayı kısmen kazanmıştır ancak, başvurunun davanın kesinleşmesi için dava ve ilam harcını yatırma durumunun olmadığı anlaşılmaktadır. AİHM, mahkemeye ulaşma hakkının devlete sadece bu hakka müdahale etmeme negatif yükümlülüğünü yüklemekle yetinmediğinin, aynı zamanda bu hakkın etkin bir şekilde kullanılabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapma pozitif yükümlülüğü yüklediğinin altını çizmiştir. Taraf devletin başvuru kesinleşen bir kararı icraya koyabilmek için tüm yargılama giderlerini karşılamak durumunda bırakarak pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini belirtmiştir. Buradaki pozitif yükümlülük hukuk sistemini gerek teoride gerekse pratikte etkili hale getirmekle mümkün olmaktadır. Mahkeme son

olarak, başvurucudan istenen harç miktarı ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge kurulmadığından dolayı orantılılık ilkesinin de ihlal edildiği ve başvurucunun mahkemeye ulaşma hakkının özüne zarar verildiği sonucuna varmıştır.⁴⁹

Ülger/Türkiye davasındaki bu ihlal kararı⁵⁰ Türkiye’de ancak kararın verilmesinden yaklaşık olarak iki yıl sonra dikkate alınmıştır ve 492 Sayılı Harçlar Kanununun 28. maddesinin a) bendi, 6009 sayılı kanunun 18. maddesi ile değiştirilerek AİHS’e uyumlu hale getirilmiştir.⁵¹

Mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili olarak AİHM önünde ortaya çıkan bir başka sorun ise tamamen idari davaları ilgilendirmektedir. İdare mahkemeleri önünde dava açtıktan sonra davacının talebini değiştirememesi, bilirkişi raporlarıyla tespit edilen tazminat miktarının tamamını talep edememesine neden olmaktadır ve bu şekilde mahkemeye erişim hakkına zarar verilmektedir.

II. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE TALEBİN DEĞİŞTİRİLEMEMESİNDEN DOLAYI MAHKEMEYE ERİŞİM HAKKININ ENGELLENMESİ

Türkiye’de hukuk mahkemeleri önünde açılan tazminat davalarında davacı, dava açarken istediği maddi tazminat miktarını ıslah prosedürü sayesinde⁵² yargılama sırasında değiştirebilmektedir.⁵³ Hatta bu durum Hukuk Muhakemeleri Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, belir-

49 AİHM, *Ülger/Türkiye*, n° 25321/02, 26 Haziran 2007 tarihli karar, §§ 38-47.

50 *Ülger/Türkiye* davasındaki ihlal kararının analizi ve bu ihlalin sonucu olarak ortaya çıkan mevzuat değişikliği için bkz., Yavuz Yılmaz, «Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir kanunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulunması halinde uygulanacak normun tespiti, Türk Medeni Kanununun 187’inci ve Harçlar Kanununun 28/1 a) maddesi örneği», *Adalet Dergisi*, 37. Sayı, 2010, s. 52-66 ve Burak Pınar & Nedim Meriç, **a.g.e.** s. 205.

51 Yapılan değişiklikten sonra bu hüküm şu şekli almıştır: « Bakiye karar ve ilam harcının ödenmemiş olması, hükmün tebliğe çıkarılmasına, takibe konulmasına ve kanun yollarına başvurulmasına engel teşkil etmez ».

52 Bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunun 176 ve devamı maddeleri.

53 Buna karşın, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi gereğince manevi tazminat talepleri sonradan değiştirilememektedir. Bu konu ile ilgili her ne kadar AİHM tarafından verilen bir karar olmasa da, manevi tazminat ile ilgili bu durum mahkemeye erişim hakkı anlamında sorun çıkarmaya aday görünmektedir.

siz alacak davası açılan hallerde ıslaha bile gerek olmaksızın bu mümkündür. Buna karşın idari davalarda ıslah yasağı olduğundan, davacılar ilk taleplerini değiştirememektedirler (A). Aynı şekilde, idari davanın ıslah edilememesinden dolayı, dava açılırken istenen tazminat miktarı davanın uzun sürmesi nedeniyle değer kaybedebilmekte ve bu değer kaybını önlemek için talebin değiştirilerek güncel hale getirilmesi istenememektedir (B). Bu iki durumu İnsan Hakları Sözleşmesi ile Türk hukuku arasında varolan uyumsuzluklar arasında sayabiliriz.

A. Yargılama sırasında öğrenilen gerçek tazminat miktarının süreci nedeniyle istenememesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının engellenmesi

AIHM, süre ile ilgili iç hukuktaki kuralların yargının iyi işlemesi için gerekli olduğunu belirtmektedir.⁵⁴ Ancak, süre konusunda yapılan düzenlemelerin ve bunların uygulanmasının, haklarını arayan şahısların ulusal hukukta etkin olan yollarını kullanmasını engellememesi gerektiğini ifade etmektedir. Mahkeme'ye göre, ulusal yargı organlarının usule ilişkin bazı hakları, hakkaniyete uygun yargılamaya zarar verecek nitelikte aşırı formalizmden uzak durarak yorumlamaları ve uygulamaları gerekmektedir. AIHM, iç hukukta süre ile ilgili hükümlerin kişilerin yargı organları önünde haklarını ileri sürmelerine engel teşkil etmesi durumunda, mahkemeye erişim hakkının çiğnenmiş sayılacağıının altını çizmektedir.⁵⁵

Bu konuda, Mahkeme'nin 2. Dairesi'nden çıkan, Hükümetin itirazı üzerine ise Büyük Daire önüne giden *Sabri Güneş/Türkiye* davası üzerinde durmakta fayda vardır. Bu davada başvuru, açmış olduğu tazminat davasında, tazminat miktarını yargılama esnasında yapılan bilirkişi incelemesi ile öğrenmesine rağmen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 46 § 4 maddesine göre, bir sene ve altmış günlük süreler geçtiğinden ek tazminat talebinde bulunamamaktan şikâyet etmiştir. 2. Daire, Türk hukukunda bedensel zarara maruz kalan şahısların açtıkları

54 AIHM, *Miragall Escolano ve diğerleri/İspanya*, n° 38366/97, n° 38688/97, n° 40777/98, n° 40843/98, n° 41015/98, n° 41400/98, n° 41446/98, n° 41484/98, n° 41487/98 ve n° 41509/98, 25 Ocak 2000 tarihli karar, § 36.

55 AIHM (2. Daire), *Sabri Güneş/Türkiye*, n° 27396/06, 24 Mayıs 2011 tarihli karar, § 57.

davada istedikleri ilk tazminat miktarının farazi olduğunu ve kişilerin gerçek zararlarının miktarını ancak bilirkişi raporlarıyla öğrenebildiklerini belirtmiştir. 2. Daire, başvuru Sabri Güneş'in bir senelik zamanaşımı süresi geçtikten sonra tazminat miktarını belirleyen bilirkişi raporundan haberdar olduğunu ifade etmiştir. Daire, şahıslardan dava açarlarken tahmin ettikleri miktardan daha yüksek rakamdan dava açmalarını, bilirkişi raporlarındaki miktarı önceden hesaba katmalarını ve daha fazla dava harcı ödemelerini bekleyemeyeceğimiz görüşündedir. Daire, bu durumun idari dava açan davacılara orantısız bir yük yüklemek anlamına geldiği, bu sınırlamanın ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olmadığı, başvuru mahkemeye ulaşma hakkının özüne zarar verdiği ve Sözleşme'nin 6 § 1 fıkrasının ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Sabri Güneş/Türkiye davasında yukarıda belirtilen mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili sorunun yanı sıra, kabul edilebilirlik incelemesi bağlamında başvurunun altı aylık süre içinde yapılması kuralı ile ilgili önemli bir sorun bulunmaktaydı. Altı aylık sürenin son günü bir pazar gününe denk geldiğinden 2. Daire, sürenin ertesi güne uzaması gerektiğine karar vermişti ve bu yöndeki eski içtihatlarda bir değişiklik yapma yoluna gitmişti. Hükümetin altı aylık süre kuralına uyulmadığı itirazı üzerine dava Büyük Daire önüne gönderilmiştir ve Büyük Daire, Daire kararını «bozarak» bu başvuruyu, altı aylık başvuru süresine uyulmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.⁵⁶ Dolayısıyla davanın reddedilmesi esasa ilişkin değildir. 2. Daire'nin mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili yaptığı tespitlerin Mahkeme içtihatlarına uygun olduğu açıktır. Kaldı ki, Büyük Daire önünde bu konuda herhangi bir başvuru yapılmamıştır ve Büyük Daire mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili olarak esasa girmedikten 2. Daire'nin kararını eleştiren herhangi bir beyanda bulunmamıştır. Bu nedenle, başvuru Sabri Güneş gibi, zamanaşımı nedeniyle yargılama sırasında alınan bilirkişi raporuna dayanarak fazlaya ilişkin hakkını talep edemeyen bir başka başvuru için Mahkeme'nin varacağı sonuç, 2. Daire'nin Sabri Güneş/Türkiye davasında vardığı sonuçtan farklı olmayacaktır.

İslah prosedürünün idari yargılama usulünde öngörülmemesinden dolayı bireyler dava açarlarken saklı tuttukları fazlaya ilişkin hakları-

56 AİHM (Büyük Daire), *Sabri Güneş/Türkiye*, n° 27396/06, 29 Haziran 2012 tarihli karar.

nı isteyememekle birlikte, davanın başında talep ettikleri ilk tazminat miktarıyla bağlı kalmak zorundadırlar. Ek tazminat talepleri çoğu zaman bu haklarının zamanaşımına uğraması nedeniyle reddedilmektedir. Mahkeme'ye ulaşma hakkına yapılan bu tür müdahaleler 6. madde açısından sorun yaratacağından idari yargılama usulünde ıslah prosedürünün tanınması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

Hatırlanacağı üzere Anayasa Mahkemesi, HUMK'nun 87. maddesinin son cümlesini iptal ederek, adli yargıda müddeabihin ıslah suretiyle artırılmasının yolu açılmıştır. Yüksek Mahkeme yerinde bir kararla, «dava açıldıktan sonra davacının müddeabihi "ıslah" yoluyla artırmasını önleyen kural bir hakkın elde edilmesini zorlaştırdığından "hukuk devleti" ilkesine aykırı» olduğuna karar vermiştir.⁵⁷ Ancak ne yazık ki, İdari yargılama usulü ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi aynı yönde karar vermeyi reddetmiş ve 16 Haziran 2008 tarihli kararıyla, idari yargılama usulünde ıslah prosedürünün olmamasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu kararda Yüksek Mahkeme, idari yargılama usulünün kendine özgü niteliklerini dikkate almış ve «idarenin sürekli dava tehditi altında kalmaması, uyuşmazlıkların mümkün olan süratle sonuçlandırılması, idarenin faaliyetlerindeki etkililiğin ve istikrarın sürmesi, davalar nedeniyle yönetimce savunmalar hazırlanması ve gerekli idari önlemlerin alınması gibi neden ve olgulardan» dolayı ıslah prosedürünün olmamasının haklı olduğuna karar vermiştir.⁵⁸ Mahkemeye erişim hakkıyla ilgili AİHM içtihatlarına aykırı görünen bu yaklaşım, haklı olarak azınlıkta kalan yargıçlar tarafından eleştirilmiştir.⁵⁹

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı dikkate alındığında, idari yargılama usulünde ıslah yasağının olmasından dolayı doğacak hak kayıplarını engellemek için yasal düzenlemelerin yapılarak, hak arama özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlayan bu engelin kaldırılması gerekmektedir.

-
- 57 Anayasa Mahkemesi, 1999/1 Esas, 1999/33 Karar ve 20 Temmuz 1999 tarihli karar (Bu çalışmada kullanılan Anayasa Mahkemesi'nin tüm kararlarına, Yüksek Mahkeme'nin resmi İnternet sitesi (www.adalet.gov.tr) üzerinden ulaşılmıştır.
- 58 Anayasa Mahkemesi, 2004/103 Esas, 2008/121 Karar ve 12 Haziran 2008 tarihli karar.
- 59 Bkz., Yargıçlar Ali Feyyaz Paksüt, Fulya Kantarcıoğlu ve Serdar Özgüldür'ün karşı oy yazıları.

B. Yargılama sırasında talep edilen miktarın değer kaybetmesine rağmen talebin değiştirilememesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının engellenmesi

Davanın uzun sürmesinden dolayı dava açılırken talep edilen tazminat miktarının değer kaybetmesinin önüne geçmek için Türk hukukunda herhangi bir mekanizma öngörülmemiştir. Bu durum sadece mahkemeye erişim hakkının ihlali değil aynı zamanda mülkiyet hakkının da ihlali sonucunu doğurabilmektedir.

Mahkeme bu tür davaları Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinden çok Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ünün 1. maddesi altında incelemeyi tercih etmektedir. Bu mesele ilk defa *Okçu/Türkiye*⁶⁰ kararında incelenmiştir. Bu davada, emniyet müdürlüğünde bekçi olarak çalışan başvuru, silahlı soygun yapan bir grup tarafından yaralanmış ve kurşun yarası nedeniyle başvuru'nun sağ eli felç olmuştur. İdari başvuru'nun reddedilmesinden sonra başvuru, 8 Kasım 1991 tarihinde İdare Mahkemesi önünde İçişleri Bakanlığı'na karşı 100.000.000 liralık maddi ve 15.000.000 liralık manevi tazminat davası açmıştır. Bu miktarlar o dönemde toplam olarak 19.000 euro'ya denk gelmektedir. Ancak, 8 Kasım 2002 tarihinde İdare Mahkemesi'ne verilen bilirkişi raporunda, başvuru'nun maddi zararının 254.101.698.965 TL. olduğunu tespit edilmiştir.

İdare Mahkemesi, 27 Şubat 2003 tarihli kararında davayı kabul etmekle birlikte, başvuru'nun dava açtığı zaman istediği miktarın kendisine maddi tazminat olarak ödenmesine karar vermiştir. Dava açılırken istenen 100.000.000 TL maddi tazminat ve 15.000.000 TL manevi tazminat karar tarihinde 54 euroya ve 8 euroya denk gelmektedir. İdare Mahkemesi, alınan bilirkişi raporunun yerinde olduğunu ve bu raporla belirlenen tazminat miktarının başvuru'nun istediğinden çok yüksek olduğunu belirterek, dava açılırken istenen tazminat miktarıyla bağlı olduğu gerekçesiyle bu miktarın ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.

Başvuru AİHM önünde, 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesi ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının ve Sözleşme'nin 13. maddesindeki etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini savunmuştur. AİHM, başvuru-

60 AİHM, *Okçu/Türkiye*, n° 39515/03, 21 Temmuz 2009 tarihli karar.

cunun zararının tam olarak karşılanamamasının 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesi ile korunan mülkiyet hakkına müdahale olduğunu kabul ederek, başvurucunun dava açıldıktan yaklaşık olarak 11 sene sonra bilirkişi raporuyla alacağının 254.101.698.965 TL. olduğunu öğrenebildiğini ve alacağının tamamını alabilmesinin iç hukukta mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, idare mahkemelerinde zararın talep edilmesi ile ilgili davaların geç çözülmesinden dolayı hak sahiplerinin mağdur olduğunu ifade etmiştir. AİHM, *Okçu* davasında, iç hukukta başvurucunun mağduriyetini giderici etkili bir itiraz yolunun olmadığı, bu durumun başvurucuyu aşırı bir yük altına soktuğu ve kamu yararının gereklilikleri ile temel hakların korunması zorunluluğu arasında kurulması beklenen adil dengenin bozulduğu kanaatine varmıştır.

Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında ise AİHM, idari davalarda hukuk davalarından farklı olarak, ıslah prosedürüne başvurulamadığından başvurucunun on beş yıl önce açtığı idari davanın miktarını değiştirmesinin ve ek tazminat için yeni dava açmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, kararında bu durumun, İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinde öngörülen zamanaşımı süresinin zararın öğrenildiği tarihte dolmuş olduğundan kaynaklandığını ifade etmiştir. AİHM, ek dava açılması durumunda bile, yine zamanaşımından dolayı bu ek davanın kazanılma şansının olmadığını altını çizmiştir.

Davacının kalan tazminat tutarını dava açıldığı sırada ileri sürülen tutarın değiştirilememesi ve zamanaşımı nedeniyle talep edememesi, Sözleşme'nin 6. maddesi ile koruma altına alınan mahkemeye erişim hakkı ile ilgilidir. Ancak AİHM bu durumu, başvurucunun şikâyetlerine bağlı kalarak ve ortada bir mülkiyet hakkı söz konusu olduğu için 1 Nolu Protokol'ün 1. maddesi ve Sözleşme'nin 13. maddesi altında incelemeye karar vermiştir. Aslında Mahkeme, 13. madde ile ilgili ihlal gerekçesinde açıkça, ıslah prosedürünün idari yargılama usulünde olmamasından dolayı başvurucunun zamanaşımı nedeniyle mahkemeden talepte bulunamadığının altını çizerek, bu durumun mahkemeye erişim hakkı ile ilgili olduğunu belirtmiştir. Sözleşme'nin 6. maddesi ile koruma altına alınan mahkemeye erişim hakkı ile Sözleşme'nin 13. maddesi ile korunan etkili başvuru hakkının iç içe geçmesinden⁶¹ veya birbirleriyle bağlantılı olmasından dolayı⁶², AİHM içtihatlarına göre

61 AİHM, *Osman/Birleşik Krallık*, a.g.k., § 158.

62 AİHM, *Alkan/Türkiye*, a.g.k., § 32 ve § 33. Bkz. ayrıca Güney Dinç, **Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006, s. 199.

her iki hükmün birlikte incelenmesi mümkün değildir. Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında mahkemeye erişim hakkının 13. maddedeki etkili başvuru hakkına göre daha geniş bir güvence sunması⁶³ bu durumu değiştirmemektedir.

Okçu/Türkiye davasında AİHM açıkça, idari davalarda ıslah prosedürünün getirilmesinin ihlale sebep olan durumu ortadan kaldıracığına işaret etmiştir. Hukuk davalarından farklı olarak, ek tazminat miktarının idari davalarda ıslah konusu edilememesi, başvurusunun on beş sene önce istediği tazminat miktarını değiştirmesini ve günün şartlarına uyarlamasını ve bilirkişi raporunda belirtilen tazminat miktarını talep etmesini engellemiştir.⁶⁴ İç hukukta bu mağduriyeti giderecek AİHS'in 13. maddesi anlamında etkili bir başvuru yolunun bulunmaması Türk hukuku ile Sözleşme hukuku arasında bir uyumsuzluk ortaya çıkarmaktadır.

Türkiye'de dava sürelerinin uzun olmasından dolayı istenen tazminat miktarları, enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde değer kaybetmektedir. İdari yargılamada ıslah prosedürü olmamasından dolayı davacılar, taleplerini ıslahla artıramadıkları gibi yeni dava da açamamaktadırlar veya açtıkları davalar zamanaşımı nedeniyle reddedilmektedir. Aynı durum davanın başında istenen tazminat miktarı ile yargılama sırasında bilirkişi tarafından belirlenen tazminat miktarı arasında fark bulunması ve aradaki farkın istenememesi durumunda da söz konusudur. Bu konuda *Okçu/Türkiye* kararından sonra AİHM, *Alphan/Türkiye*⁶⁵ ve *Çingil/*

63 David Harris & Michael O'Boyle & Ed Bates & Carla Buckley, **Law of the European Convention on Human Rights**, 2. baskı, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 246.

64 *Okçu/Türkiye* davasında Hükümet, davanın açıldığı zamandaki tazminat miktarı (100.000.000.000 TL) ile bilirkişi raporunda belirtilen tazminat miktarı (254.101.698.965 TL) arasındaki farkın tam yargı davası açılarak veya Borçlar Kanununun 105. maddesine dayanılarak talep edilebileceğini iddia etmiştir. AİHM bu argümanı yerinde bulmamıştır. Gerekçe olarak Mahkeme, Danıştay'ın konuyla ilgili farklı içtihatlarını ve İdari Yargılama Usulü Kanununun 13. maddesinde öngörülen süreyi öne sürmüştür. AİHM'ne göre, makul şartlar altında başvuru ek bir dava açmış olsaydı bile, bu ek dava zamanaşımı nedeniyle reddedilecekti. Borçlar Kanununun 105. maddesine göre bir dava açma imkânıyla ilgili olarak Mahkeme, Türk idare hukukunda böyle bir yolun öngörülmediğini söylemiştir. Kaldı ki AİHM, Hükümet'in bu konuda tezini destekleyen herhangi bir içtihat da sunmadığını belirtmiştir.

65 AİHM, *Alphan/Türkiye*, n° 770/04, 8 Şubat 2011 tarihli karar.

*Türkiye*⁶⁶ kararlarında da yine aynı nedenlerle Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

SONUÇ

Kanaatimizce, uygulamadan kaynaklanan birkaç durum dışında⁶⁷, mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili olarak Türk hukukunun Sözleşme hukukuyla yukarıda belirtilen noktalardaki uyumsuzluğunun giderilmesi, mevzuattaki bazı hükümlerin değiştirilmesi ile mümkündür. Adli yardım konusunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 334 ve devamı maddelerinin, AİHM'in ortaya koyduğu yukarıda belirtilen kriterler ışığında değiştirilmesi gerekmektedir. Bu değişikliklerle adli yardım talebinin mahkeme tarafından esas ile ilgili beyandan bulunulmadan incelenmesi, HMK.m. 337'de değişiklik yapılarak talebin reddi durumunda bu red kararına karşı bir itiraz yolunun öngörülmesi ve talepte bulunanların mutlaka dinlenmesi için gerekli düzenlemelerin HMK.m. 337/1 değiştirilerek yapılması gerekmektedir. Ayrıca yapılacak değişikliklerle, ilgili yargı organlarının dava harçlarından muaf olmak için yapılan adli yardım taleplerini incelerken, istenen harç miktarını, başvurunun istenen harç miktarını ödeyip ödeyememe durumunu ve davanın hangi aşamada olduğunun gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Bu şekilde dava harçlarının ödene-memesinden dolayı mahkemeye erişim hakkının engellenmesi ile ilgili olarak Sözleşme sistemi ile Türk yargı sistemi arasında varolan uyumsuzluğun giderileceği kanaatindeyiz. İlgili mevzuat değişikliği yapılana kadar Türk hakiminin

66 AİHM, *Çingil/Türkiye*, n° 29672/02, 21 Haziran 2011 tarihli karar.

67 Türkiye'de bazen uygulamalardan kaynaklanan sorunlar, şahısların mahkemeye erişim haklarını engelleyebilmektedir. Bunun en açık örneği *Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye* davasıdır. Mahkeme bu davada, İdari Yargılama Usulüne aykırı olarak kendisini ilgilendiren iki yargılamada başvuru kooperatife tebliğ yapılmamasından dolayı, başvurunun kendini savunma hakkından mahrum bırakıldığını ve dolayısıyla mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (AİHM, *Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye*, n° 44088/04, 9 Aralık 2008 tarihli karar). Uygulamadan doğan bir diğer ihlal kararı *Davran/Türkiye* davasında verilmiştir. Bu davada, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın tutuklu olan başvurucuya tebliğ edilmeden ilanla tebliğe çıkarılması ve bu nedenle başvurunun, aleyhine olan ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararı temyiz etme hakkından mahrum bırakılması söz konusudur. Bu durum da aynı şekilde mahkemeye ulaşma hakkının ihlali sonucunu doğurmuştur (AİHM, *Davran/Türkiye*, n° 18342/03, 3 Kasım 2009 tarihli karar).

Anayasa'nın 90. maddesini dikkate alarak, Sözleşme hukuku ile uyumsuz olan ulusal hukuk hükümleri yerine AİHM'in kriterlerini uygulaması, Türkiye'nin Strazburg'ta mahkum olmasını engelleyecektir.

Yukarıda detaylarıyla incelenen mahkeme'ye ulaşma hakkını engelleyen bir başka konu, zamanaşımı süresi dolduktan sonra bilirkişi raporuyla ortaya çıkan ek tazminat miktarının istenememesidir. İslah prosedürü idari yargılama usulünde öngörülmediği için ek tazminatı içerecek şekilde davanın ıslah edilmesi söz konusu değildir ve çoğu zaman ek tazminat ile ilgili talep davacının kusuru olmadan zamanaşımına uğramaktadır. Bu nedenlerle hakları bilirkişi raporuyla tespit edilmesine rağmen başvuru, ek tazminat ile ilgili olarak mahkemeye erişim hakkından mahrum bırakılmaktadırlar. AİHM içtihadına göre süre, tazminat miktarının kesin ve tam olarak hesaplandığı bilirkişi raporunun tarihi itibarıyla işlemeye başlamalıdır. Ek tazminat talebinin istenebilmesi ve Türk hukuku ile Sözleşme hukuku arasındaki uyumsuzluğun giderilebilmesi, hukuk yargılama usulünde varolan ıslah prosedürünün idari yargılama usulünde de tanınması ve zamanaşımı kavramını hak kaybını önleyecek şekilde yorumlamak ile mümkündür. Hükümet tarafından hazırlanan yeni reform paketinde idari yargılamada ıslah prosedürünün kabul edilmesi öngörülmektedir. Yapılması düşünülen değişikliğin AİHM standartlarına uygun olup olmadığını belirlemek için yapılacak değişikliği ve bu değişiklikten sonraki uygulamayı görmek gerekmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

David Harris & Michael O'Boyle & Ed Bates & Carla Buckley: **Law of the European Convention on Human Rights**, 2. baskı, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Ejder Yılmaz: **Hukuk Muhakameleri Kanunu Şerhi**, Yetkin, Ankara, 2012.

Feyyaz Gölcüklü & Şeref Gözübüyük: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması**, Ankara, 9. Baskı, 2011.

Frédéric Sudre vd: **Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme**, 6. baskı, Puf, Paris, 2011.

Güney Dinç: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre adil yargılanma hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006.

Güney Dinç: **Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2006.

Halil Kılıç, **6100 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu**, Cilt 2, Adalet, Ankara, 2011.

Jacques Velu & Ruşen Ergeç: **La Convention européenne des droits de l'homme**, Bruylant, Bruxelles, 1990.

Laure Milano: **Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme**, Dalloz, Paris, 2006.

Osman Doğru & Atilla Nalbant: **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi**, 1. Cilt, Avrupa Konseyi/Yargıtay, Ankara, 2012.

Seda Kalem Berk: **Türkiye'de Adalete Erişim, Göstergeler ve Öneriler**, TESEV, İstanbul, 2012.

Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.

Vincent Berger: **Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**, 12. baskı, Sirey, Paris, 2011.

MAKALELER

Ayşe Kılınç, «Bir insan hakkı olarak adli yardım », **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, Cilt 3, no 1, 2011, s. 1-10.

Benedetto Conforti, «Immunités de la juridiction civile et Convention européenne des droits de l'homme», **Bulletin des droits de l'homme**, n 11/12, 2005, s. 1-6.

Burak Pınar & Nedim Meriç, «Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargı Harçlarına Bakışı: Yiğit ve Ülger Davaları Işığında Hak Arama Özgürlüğü ve Yargı Harçları İlişkisi», **TBB Dergisi**, Sayı 84, 2009, s. 188-212.

Dilbadi Gasimov, «Comment trouver l'équilibre entre les droits du même individu lorsqu'ils entrent en conflit?», **Europe des libertés**, n° 31, Ocak 2010, s. 20-21.

Hanspeter Mock, «Le droit à un procès équitable », **Revue trimestrielle des droits de l'homme**, 1995, s. 385-400.

Jean-Paul Costa, «Le droit à un tribunal selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in **L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?**, Cowansville, Yvon Blais, (Québec), 2008, s. 405-420.

Jean-Paul Costa, «Le droit à un tribunal, et ses limites, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», in **Mélanges en l'honneur de Jean Buffet : la procédure en tous ses états**, Petites affiches, Paris, 2004, s. 159-169.

Josep Casadevall, «Droit à un procès équitable (Article 6 de la C.E.D.H.)», **Bulletin des droits de l'homme**, n° 11/12, 2005, s. 82-88.

Julie Meunier, «La notion de procès équitable devant la Cour européenne des droits de l'homme», in **Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs**, Hélène Ruiz Fabri (ed), Société de législation comparée, Paris, 2003, s. 185-208.

Mehmet Akif Poroy, «Harçlar Kanununun 28/a maddesinin AİHM'nin Ülger/Türkiye kararı ve Türk yargısının uygulaması ışığında değerlendirilmesi», **TBB Dergisi**, Sayı 86, 2009, s. 425-436.

-Nathalie Deffains, «Accès au droit et accès au tribunal dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», **Civitas Europa**, n° 25, Aralık 2010, s. 51-72.

Philippe Waquet, «L'aide juridictionnelle et l'instance », **Recueil Dalloz**, 185. sene, n° 32, 24 Eylül 2009, s. 2178-2182.

P. van Dijk, «Access to Court», in **The European System for the Protection of Human Rights**, Macdonald, R.St.J., Matscher, F., Petzold, H. (ed.), Nijhoff, Dordrecht - Boston - London, 1993, s. 345-379.

Pierre Lambert, «Le droit d'accès à un tribunal dans la Convention européenne des Droits de l'Homme», in **Le procès équitable et**

la protection juridictionnelle du citoyen, l'Institut des droits de l'homme des avocats européens et l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bordeaux, Bruylant, Brüksel, 2001, s. 57-66.

Rory Stephan Brown, «Acces to Justice for Victime of Torture», in **Access to Justice as a Human Right**, ed. Francesco Francioni, Collected courses of the Academy of European Law, vol. 16-4, Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 206-235.

Serkan Yolcu, «Adil yargılanma hakkı karşısında yasama dokunulmazlığını yeniden düşünmek: Atilla Kart olayı üzerine bir deneme», **AUHFD**, 60 (2) 2001, s. 367-411.

Yavuz Yılmaz, «Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir kanunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bulunması halinde uygulanacak normun tespiti, Türk Medeni Kanununun 187'inci ve Harçlar Kanununun 28/1 a) maddesi örneği», *Adalet Dergisi*, 37. Sayı, 2010, s. 50-67.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Golder/Birleşik Krallık, n 4451/70, 21 Şubat 1975 tarihli karar

Airey/İrlanda, n 6289/73, 9 Eylül 1979 tarihli karar

Ashingdane/Birleşik Krallık, n8225/78, 28 Mayıs 1985 tarihli karar

Tolstoy-Miloslavsky/Birleşik Krallık, n 18139/91, 13 Temmuz 1995 tarihli karar

Osman/Birleşik Krallık, n23452/94, 28 Ekim 1998 tarihli karar

Immobiliare Saffi/İtalya, n 22774/93, 29 Temmuz 1999 tarihli karar

Z. ve diğerleri/Birleşik Krallık, n 29392/95, 10 Mayıs 2001 tarihli karar

Kreuz/Polonya, n 28249/95, 19 Haziran 2001 tarihli karar

Moldovan ve diğerleri/Romanya, n 41138/98 ve n 64320/04, 12 Temmuz 2005 tarihli karar

Weissman ve diğerleri/Romanya, no 63945/00, 26 Mayıs 2006 tarihli karar

Bakan/Türkiye, n° 50939/99, 12 Haziran 2007 tarihli karar

Ülger/Türkiye, n° 25321/02, 26 Haziran 2007 tarihli karar

Mehmet ve Suna Yiğit/Türkiye, n° 52658/99, 17 Temmuz 2007 tarihli karar

Iambor/Romanya, n° 64536/01, 24 Haziran 2008 tarihli karar

Eyüp Kaya/Türkiye, n° 17582/04, 23 Eylül 2008 tarihli karar

Menemen Minibüsçüler Odası/Türkiye, n° 44088/04, 9 Aralık 2008 tarihli karar

Kart/Türkiye, n° 8917/05, 3 Aralık 2009 tarihli karar

Okçu/Türkiye, n° 39515/03, 21 Temmuz 2009 tarihli karar

Davran/Türkiye, n° 18342/03, 3 Kasım 2009 tarihli karar

Miragall Escolano ve diğerleri/İspanya, n° 38366/97, n° 38688/97, n° 40777/98, n° 40843/98, n° 41015/98, n° 41400/98, n° 41446/98, n° 41484/98, n° 41487/98 ve n° 41509/98, 25 Ocak 2000 tarihli karar

Fatih Yürük/Türkiye, n° 4930/05, 6 Nisan 2010 tarihli karar

Bek/Türkiye, n° 23522/05, 20 Nisan 2010 tarihli karar

Adnan Özdemir/Türkiye, n° 4574/06, 20 Mayıs 2010 tarihli karar

Açış/Türkiye, n° 7050/05, 1 Şubat 2011 tarihli karar

Alphan/Türkiye, n° 770/04, 8 Şubat 2011 tarihli karar

Eşref Çakmak/Türkiye, n° 3494/05, 15 Şubat 2011 tarihli karar

Kaba/Türkiye, n° 1236/05, 1 Mart 2011 tarihli karar

Sabri Güneş/Türkiye (2. Daire), n° 27396/06, 24 Mayıs 2011 tarihli karar

Çingil/Türkiye, n° 29672/02, 21 Haziran 2011 tarihli karar

Kıran/Türkiye, n° 23321/09, 10 Ocak 2012 tarihli karar

Alkan/Türkiye, n° 17725/07, 7 Şubat 2012 tarihli karar

Sabri Güneş/Türkiye (Büyük Daire), n° 27396/06, 29 Haziran 2012 tarihli karar

ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesi, 1999/1 Esas, 1999/33 Karar ve 20 Temmuz 1999 tarihli karar

Anayasa Mahkemesi, 2004/103 Esas, 2008/121 Karar ve 12 Haziran 2008 tarihli karar

Anayasa Mahkemesi, 2011/54 Esas, 2011/142 Karar ve 20 Kasım 2011 tarihli karar

DİĞER KAYNAKLAR

Avrupa Birliği Adalet Divanı, *Marguerite Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, n° 222/84, 15 Mayıs 1986 tarihli karar

Adalet Bakanlığı Stratejik Raporu, 2010-2014

AİHM KARARI

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

İKİNCİ DAİRE

AHMET YILDIRIM / TÜRKİYE DAVASI

(Başvuru No: 3111/10)

KARAR

STRASBOURG

18 ARALIK 2012

Bu karar; Sözleşmenin 44/2. maddesinde belirtilen koşullar uyarınca kesinleşecek olup şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

Ahmet Yıldırım - Türkiye davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Daire), aşağıdaki üyelerden oluşan heyetle toplanmış;

Başkan

Guido Raimondi,

Yargıçlar

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller,

Daire yazı işleri müdürü

Stanley Naismith,

20 Kasım 2012 tarihli oturum sonrasında aynı tarihte kabul edilen aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Dava İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 34. maddesi uyarınca Türk vatandaş M. Ahmet Yıldırım (başvurucu) tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine 12 Ocak 2010 tarihinde, 3111/10 numarayla yapılan başvurudan kaynaklanmıştır.

2. Başvurucu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, İzmir'de avukatlık yapan Bayan A. Kaymak, Türk Hükümeti (Hükümet) ise kendi vekili tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurucu kendisine ait internet sitesine erişimin ulusal makamlarca engellenmesinin, Sözleşme'nin, 6. ,7. ,10. ,13. maddeleri ve 1 No'lu Protokolün 2. maddesi ile güvence altına alınan haklarını ihlal ettiğini iddia etmektedir.

4. 31 Ocak 2011 tarihinde başvuruyu Hükümete tebliğ etme kararı alınmış ve Daire Başkanı, Sözleşmenin 29/1. maddesinin öngördüğü üzere davanın esas ve kabul edilebilirliği hakkında birlikte hüküm vermeyi kararlaştırmıştır.

5. Başvurucu, yazılı görüşlerini Mahkeme'ye sunmuştur. (İç Tüzük madde 59/1) Mahkeme Başkanı, başvurucudan başka Açık Toplum Adalet İnisiyatifi isimli sivil toplum örgütünü de yazılı görüş sunmaya davet ederek, anılı örgütün de görüşlerini almıştır. (Sözleşme'nin 36/2. ve İç Tüzüğü'nün 44/2. maddeleri)

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvurucu 1983 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedir.

7. Başvurucu, akademik çalışmaları ve çeşitli konulardaki yorumlarını yayınladığı "Google Sites" (<http://sites.google.com/>) adlı yer sağlayıcısı (hosting) konumundaki internet sitesini kullanarak kurmuş olduğu "<http://sites.google.com/a/ahmetyildirim.com.tr/academic/>" adresli kişisel web sitesinin sahibi ve kullanıcısıdır.

8. 23 Haziran 2009 tarihinde Denizli Sulh Ceza Mahkemesi, 5651

sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunun 8/1-b maddesi uyarınca Atatürk'ün manevi hatırasına hakaret içerikli ifadelerin bulunduğundan bahisle bir internet sitesi hakkında (<http://sites.google.com/site/kemalizminkarinagrisi/benimhikayem/atauerk-koessi/at>) (bundan böyle “uyuşmazlık konusu site” olarak anılacaktır) erişimi engelleme kararı vermiştir. Bu karar söz konusu site sahibine karşı yürütülen ceza soruşturması çerçevesinde verilmiş bir tedbir kararı niteliğindedir.

9. Aynı tarihte 5651 sayılı Kanunun 8/3. maddesi uyarınca, erişimin engellenmesi kararının bir sureti kararı infaz etmekle yetkili Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına (TİB) tebliğ edilmiştir.

10. TİB, uyuşmazlık konusu site sahibinin yer sağlayıcı belgesi olmadığından ve yurt dışında yaşadığından bahisle söz konusu siteye erişimin engellenmesinin tek yolunun tüm Google Sites'a erişimi yasaklamak olduğunu ifade etmiş ve bu hususu yerel mahkemeye bildirmiştir. 24 Haziran 2009 tarihinde TİB'in talebi üzerine Denizli Sulh Ceza Mahkemesi, 23 Haziran tarihli kararının kapsamını genişleterek, 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca sadece ihtilaf konusu siteye değil, başvurunun sitesine de erişim engellenecek şekilde tüm Google Sites'a erişimi yasaklayan bir karara imza atmıştır.

11. TİB, 24 Haziran 2009 tarihli kararı uygulayarak tüm Google Sites'a erişimi yasaklamıştır. Bu nedenle başvurunun kendisine ait siteye erişimi olanaksızlaşmıştır. Başvurunun bu durumu değiştirebilmek için yaptığı tüm itiraz girişimleri, Denizli Sulh Ceza Mahkemesince verilen erişimin engellenmesi kararı sebebiyle sonuçsuz kalmıştır.

12.1 Temmuz 2009 tarihinde başvuru, 24 Haziran 2009 tarihli erişim engelleme kararına itiraz ederek, uygulanan tedbir kararı nedeniyle kendisinin yasadışı içerikli diğer site ile hiçbir ilgisi olmamasına rağmen, akademik çalışmalarını paylaştığı ve farklı alanlardaki görüşlerini ifade ettiği web sitesine erişemediğini belirtmiştir. Başvuru ayrıca diğer web sitelerinin, tedbir kararından etkilenmemeleri için, sadece ihtilaf konusu siteye erişimin engellenmesi gerektiğini vurgulamış ve bu türdeki tedbire örnek olarak da URL engellemesini göstermiştir.

Başvurucu, itiraz dilekçesine kendi bloğuna (<http://sites.google.com/a/ahmetyildirim.com.tr/academic>) erişmek istediğinde web sayfasında beliren aşağıdaki ibareyi de eklemiştir:

“Denizli Sulh Ceza Mahkemesinin 24 Haziran 2009 tarihli koruma tedbiri kapsamında bu internet sitesi (sites.google.com) hakkında verdiği karar, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nca uygulanmaktadır.”

13. Denizli Asliye Ceza Mahkemesi, TİB’in “uyuşmazlık konusu siteye erişimin engellenmesinin tek yolunun “<http://sites.google.com>”a erişimi yasaklamak olduğuna dair görüşüne atfen, 13 Temmuz 2009 tarihinde başvurunun talebini reddetmiştir.

14. Başvurucu, 25 Nisan 2012 tarihli dilekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurarak, uyuşmazlık konusu sitenin sahibi aleyhine yürütülen ceza soruşturması sonucunda, yurt dışında yaşayan sanığın adres bilgilerinin ve kimliğinin tespit edilememesi gerekçesiyle, bilebildiği kadarıyla 25 Mart 2011 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiğini, ancak buna rağmen halen kendi sitesine erişimin imkânsız olduğunu belirtmiştir.

II- İLGİLİ İÇ HUKUK

A- 4 Mayıs 2007 tarih, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

15. Anılı 5651 sayılı Kanunun ilgili maddeleri, aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır.

Madde 2

Tanımlar

(1) Bu Kanunun uygulamasında;

(...)

e) Erişim sağlayıcı: Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanlığı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri,

f) İçerik sağlayıcı: İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan

her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri,

(...)

ğ) İnternet ortamında yapılan yayın: İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği verileri,

(...)

l) Yayın: İnternet ortamında yapılan yayını,

(...)

ifade eder.

Madde 4

İçerik sağlayıcının sorumluluğu

1) İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

2) İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. (...)

Madde 5

Yer sağlayıcının yükümlülükleri

1) Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

2) Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür.

Madde 6

Erişim sağlayıcının yükümlülükleri

a) Erişim sağlayıcı; herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka

aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle yükümlüdür.

(...)

Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.

(...)

Madde 8

Erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi

İnternet ortamında yapılan ve içeriği aşağıdaki suçları oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak erişimin engellenmesine karar verilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan;

1) İntihara yönlendirme (madde 84),

2) Çocukların cinsel istismarı (madde 103, birinci fıkra),

3) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190),

4) Sağlık için tehlikeli madde temini (madde 194),

5) Müstehcenlik (madde 226),

6) Fuhuş (madde 227),

7) Kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (madde 228), suçları.

b) 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar

Hakkında Kanunda yer alan suçlar: (...)

Erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde,

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Bu durumda Cumhuriyet savcısı kararını yirmidört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu süre içinde kararın onaylanmaması halinde tedbir, Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

Koruma tedbiri olarak verilen erişimin engellenmesine ilişkin karara 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz edilebilir.

Hâkim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen erişimin engellenmesi kararının birer örneği, gereği yapılmak üzere Başkanlığa gönderilir.

İçeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde (...) yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararı re'sen Başkanlık tarafından verilir. Bu karar, erişim sağlayıcısına bildirilerek gereğinin yerine getirilmesi istenir.

Erişimin engellenmesi kararının gereği, derhal ve en geç kararın bildirilmesi anından itibaren yirmidört saat içinde yerine getirilir.

(...)

7) Soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır. (...)

8) Kovuşturma evresinde beraat kararı verilmesi halinde, erişimin engellenmesi kararı kendiliğinden hükümsüz kalır (...)

9) İçeriğin yayından çıkarılması halinde; erişimin engellenmesi kararı (...)kaldırılır.

16. Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 3 Temmuz 2005 tarih ve 5397 sayılı Yasa ile değişik ek 7. maddesi uyarınca kurulmuştur. TİB, idari bir kurum olmasının yanı sıra özellikle iletişim araçları kanalıyla elde edilen bilgilerin kayıtl altına alınması ve denetlenmesi ile görevlidir.

17. Uygulamada mahkemelerce, belirli bir internet sitesine erişimin engellenmesi kararı verildiğinde, karar, infaz için TİB’e gönderilmektedir. İçerik ya da yer sağlayıcı yurt dışında bulunuyor ise TİB, 5651 sayılı Yasa’nın 8/3 ve 8/4. maddeleri gereğince, aracı sitelere erişimi tamamen engelleyebilmektedir. Bir erişim engelleme kararı verildiğinde, bu karar, sadece ceza soruşturmasına konu siteye erişimi engellemekle kalmaz, aynı zamanda internetteki tüm alan adları içeriğini de erişilememe tehlikesine maruz bırakır. Bu durumda, “blogspot.com”, “blogger.com”, “Google groups”, “myspace.com” ya da “youtube.com” gibi alan adlarına yer sağladıkları sitelere uygulanan erişim yasakları nedeniyle, uzun süreli olarak erişilemeyebilmektedir.

18. 5651 sayılı Yasa’nın 8/1. maddesinde öngörülen “yayın” kavramı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yorumculara göre “internet ortamında yapılan yayın”ın “internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler” biçiminde tanımlandığı (ğ) bendi, “yayın” tanımının “internet ortamında yapılan yayın” şeklinde kaleme alındığı (l) bendi ile çelişmektedir. Esasen bu husustaki zorluk, internetteki her türlü veriyi kapsayabilecek olan “internet üzerinde ulaşılabılır veri” cümlesinden doğmaktadır.

III- ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A- Avrupa Konseyi

1- Siber Suçlarla Mücadele Sözleşmesi

19. 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe giren Siber Suçlarla Mücadele Sözleşmesi, Avrupa Konseyi üyesi ülkeler, Kanada, Japonya, Güney Afrika ve Amerika Birleşik Devletleri tarafından imzalanmıştır. Sözleşmede, bilişim ortamında veya bilişim ağı sistemleri aracılığıyla işlenebilecek suçlar düzenlenmiştir: Bilgisayar veri ve sistemlerinin mevcudiyeti, bütünlüğü ve gizliliğine karşı işlenen suçlar, bilgisayarla ilişkili sahtekârlık ve dolandırıcılık suçları, içerikle ilgili suçlar, özellikle çocuk pornografisi ile ilgili suçlar, telif hakları ve benzer hakların ihlali ile ilgili suçlar. (Bölüm 2 Kısım 1, Başlık 1-4)

2- Bakanlar Komitesi

a. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Sonuç Bildirgesi CM (2005) 56

20. Bilgi toplumunda insan hakları ve hukuk devletine değin bildirgenin [13 Mayıs 2005 tarihli sonuç bildirgesi CM (2005) 56] giriş kısmında “Bilgi ve iletişim teknolojisine sınırlı erişim ya da erişememe hali, insanları temel haklarını bütünüyle kullanmaktan yoksun bırakabilir” denilmiş, “bilgi toplumunda insan hakları“ başlıklı birinci kısmında da aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

"1. İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğü hakkı

Bilgi ve iletişim teknolojisi, herkese, ifade özgürlüğünden yararlanmanın eşi benzeri olmayan olanaklarını sunmakta, ancak aynı zamanda herkesi, özel sektör ya da Devlet tarafından sansürlenme gibi ciddi bir sorunla da karşı karşıya bırakmaktadır.

İfade, bilgi ve iletişim özgürlüğü, sanal ortamda da gerçek dünyadaki gibi korunmalı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde öngörülenlerin dışında herhangi bir kısıtlamaya tabi olmamalıdır.

Üye Devletler, ifade özgürlüğünü güvence altına alarak, ulusal mevzuatlarının yasadışı içeriklerle (bilgi ve iletişim teknolojileri aracılığıyla işlenen ırkçı, ayrımcı nitelikli içerikler ve çocuk pornografisi) mücadele eder nitelikte olmasına özen göstermelidirler.

Üye Devletler, Devletin ve özel sektörün sansüründen kaçınabilmek için yasal tedbir ve uygulamaları güçlendirmek ve korumak durumundadırlar.”

b. 28 Mayıs 2003 Tarihli İnternette İletişim Özgürlüğü Bildirgesi

21. Avrupa Konseyi Delegeler Komitesi'nin 840. toplantısında kabul edilen 28 Mayıs 2003 tarihli “İnternette İletişim Özgürlüğü” bildirgesinin giriş bölümünde, internet iletişiminin a priori (öncül) denetiminin herhangi bir sınır gözetmeksizin istisnai bir uygulama olarak yapılması ve internete kişisel erişimin önündeki engellerin kaldırılması gerektiği belirtilmiştir.

1. İlke: İnternet için içerik kuralları

Üye devletler, internet üzerindeki içeriği diğer içerik dağıtım araçlarına uygulanandan daha öteye giden bir sınırlandırmaya maruz bırakmamalıdır.

(...)

3. İlke: Öncelikli devlet kontrolünün yokluğu

Kamu makamları, ulusal sınırlara bakmaksızın, genel sınırlandırma ya da filtreleme tedbirleri açısından, kamuoyunu internette bilgiye ya da diğer iletişim araçlarına erişmekten yoksun bırakmamalıdır. Bu durum, küçüklerin korunması bakımından, okullar ve kütüphaneler gibi özellikle küçüklerin erişimine açık yerlerde korunmaları için yapılacak filtrelemelere engel değildir.

AIHS 10. maddesi, 2. paragrafındaki koruyucu hükümlere uyulmasıyla şartıyla, yetkili ulusal otoritelerin internet içeriğinin yasa dışılığı hakkında geçici veya nihai bir karar almış olmaları halinde, açıkça belirlenebilir internet içeriğinin kaldırılması veya alternatif olarak bu içeriğe erişimin önlenmesine dair zorlayıcı tedbirler alınabilir.

(...)

22. Bildirgenin gerekçesinde, 3. İlke aşağıdaki şekilde yorumlanmıştır:

“Öncelikli devlet kontrolünün yokluğu”

Bu ilke kamuoyunun internette araştırabilecekleri üzerinde öncelikli devlet kontrolünün yokluğunun önemini vurgulamaktadır. Bazı ülkeler siyasi nedenlerle, yabancı internet sitelerinin içeriklerine erişimi engelleme eğilimindedirler. Bu uygulama ve benzer tüm uygulamalar, kesin bir dille kınanmalıdır.

Devletlerin istenmeyen içerikleri engellemeye yönelik geniş kapsamlı tedbirler almaması gerekliliğine rağmen, küçüklerin korunması için bazı istisnalara izin verilmelidir. Çocukların okuldan ya da kütüphaneden internete girebildikleri düşünüldüğünde, zararlı içeriklere erişimlerini engellemek için kamu yetkililerince bilgisayarlara filtre sistemleri yüklenebilir.

Öncelikli devlet kontrolünün yokluğu, ulusal makamlarca verilmiş bir tedbir kararı ya da nihai karar uyarınca, sadece ceza hukuku anlamında değil, medeni hukuk ya da idare hukuku anlamında da yasak sayılan bir internet içeriğini yayımdan kaldırmak ya da bu içeriğe erişimi engellemek için bazı tedbirlerin alınamayacağı anlamını taşımaz.

Bu kararlar, internet üzerinde yasadışı bir içerik yayımlamamaya dair kararlardır. Öncelikli kontrol olarak nitelenebilecek herhangi bir tedbir, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. paragrafındaki düzenlemelere uygun olmalı ve açıkça belirli bir web içeriğini hedef almalıdır.

c. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi CM/Rec (2007) 16 sayılı Tavsiye Kararı

23. 2007 yılında Bakanlar Komitesi, internetin kamu hizmeti değerini yükseltici tedbirlere değin CM/Rec (2007)16 Sayılı Tavsiye Kararını almıştır.

İkinci ve üçüncü bölümlerde, internete erişim ve erişime getirilebilecek kısıtlamalar konularına zımnen değinilmiştir.

d. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi CM/Rec (2007) 11 sayılı Tavsiye Kararı

24. Yine 2007 yılında, Bakanlar Komitesi, bilgi ve iletişimin yeni çevresinde ifade ve bilgi alma özgürlüğünün geliştirilmesine değin CM/Rec (2007)11 sayılı Tavsiye Kararını almıştır.

e. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi CM/Rec (2008) 6 sayılı Tavsiye Kararı

25. 2008 yılında, Bakanlar Komitesi CM/Rec (2008)6 Sayılı Tavsiye Kararını benimsemiştir. Tavsiye kararı ekinde, ifade ve bilgi alma özgürlüğünün tam olarak hayata geçirilmesi için internet filtrelerinin kullanımı ve denetlenmesine dair bir rehber yer almaktadır.

f. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi CM/Rec (2012) 3 sayılı Tavsiye Kararı

26. 4 Nisan 2012 tarihinde Bakanlar Komitesi, internet arama mo-

torları genelinde insan haklarının korunmasına değin CM/Rec (2012) 3 sayılı tavsiye kararını almıştır. Anılı kararın birinci paragrafında, “arama motorlarının, herkesin, bilgi, fikir ve diğer içerikleri araştırma, alma ve yaymalarına hizmet ettiği ve özellikle tartışmalarda taraf olabilmek ve demokratik sürece katılabilmek olanağı sunduğu” hususu vurgulanmıştır.

B- Avrupa Birliği

a. 2008/2160 (INI) sayılı tavsiye kararı

27. Avrupa Parlamentosunca 26 Mart 2009 tarihinde benimsenen 2008/2160 (INI) sayılı tavsiye kararında, devletlerin, internete eksiksiz ve güvenilir erişimin sağlanması adına bilgi-işlem demokrasisi sağlama yönündeki çabalara destek olması gerektiği belirtilmiştir. Böylelikle parlamento, internet sitelerinde araştırılacak içeriğin hükümetlerce sansüre uğratılmaması yönünde bir tavsiyede bulunmuştur.

Parlamento, üye devletleri, "İfade özgürlüğünün kamusal ve/veya özel alandan doğan keyfi kısıtlamalara tabi olmayacağını güvence altına almaya ve ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki bırakacak tüm yasal ve idari tedbirlerden kaçınmaya" davet etmiştir.

b. Belçika Yazarlar, Dizgiciler ve Editörler Derneği / Scarlet Extended S.A Davası (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı)

28. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), C-70/10 sayılı davada bir Belçika Mahkemesinin, Belçikalı bir servis sağlayıcısından, internet üzerinde sürekli bir denetim yapabilmek ve fikri mülkiyet haklarını ihlal edebilecek her faaliyeti bloke edebilmek için bir yazılım yerleştirmesini talep eden ön sorun niteliğindeki kararını değerlendirmiştir.

29. ATAD, 24 Kasım 2011 tarihli kararında fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin, servislerinin, üçüncü kişilerce kendi haklarını ihlal eder biçimde kullanılması halinde mahkemelerden, bu kişiler aleyhinde, ulusal yasal düzenlemeler uyarınca bir karar verilmesini isteyebileceklerini anımsatır Ancak bu ulusal kurallar, Avrupa Birliği hukuku ile getirilen sınırlamalara, özellikle elektronik ticarete değin 2000/31/CE sayılı direktife uygun olmak durumundadır. Bahse konu direktifte, ulusal makamların, bir internet erişim sağlayıcısını kendi ağından aktarılan bilgiler üzerinde genel bir denetim yapma anlamına gelebilecek

tedbirlere maruz bırakmamaları gerektiği belirtilmektedir. İnternet erişim sağlayıcısını bir filtreleme sistemi ile karşı karşıya bırakan böylesi bir buyruğun, bir yandan fikri mülkiyet hakkı, diğer yandan; girişim özgürlüğü, kişisel verilerin korunması hakkı ve bilgi alma ve yayma özgürlüğü arasındaki gerçek bir dengenin varlığı hususunu gözetmediği ortadadır.

Son olarak ATAD, mahkemece, internet erişim sağlayıcısının servisini kullanarak yapılan tüm elektronik iletişimin, ayırım gözetilmeksizin, zaman sınırlaması olmaksızın, önleyici tedbir adı altında filtrelenmesi anlamına gelecek bir sistemin devreye sokulmasının, Avrupa Birliği Hukuku ile bağdaşmadığına, bu durumun özellikle 2000/31/C direktifine ve uygulanabilir uluslararası kurallara uygun olmadığına hükmetmiştir.

C- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi

30. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, 102. oturumu (11-29 Temmuz 2011) sonunda, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19. maddesiyle ilgili 34 sayılı mütalaasında, aşağıdaki ifadelerle yer vermiştir:

“43. Web siteleri, bloglar ve internet kanalıyla bilginin yayılmasını sağlayan başkaca sistemler, elektronik iletişim araçları, internet hizmet sağlayıcıları veya arama motorlarına ek uygulama sistemlerine getirilen kısıtlamalara, ancak 3. paragrafla uyumlu oldukları sürece izin verilebilir.”

Yasal kısıtlamalar genel anlamda belirli bir içerik hedeflemelidir; bazı siteler ve işletim sistemleri üzerinde uygulanan genel yasaklamalar 3. paragraf ile uyumlu olmadığı gibi bir site ya da bilgilendirme sistemini, hükümet açısından ya da hükümetçe güdülen siyasal veya sosyal politika uyarınca kritik olabilecek bir içerikte olduğundan bahisle yasaklamak da üçüncü paragrafa uygun değildir.

IV- KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

31. İnternete dair mevzuatın, yeni teknolojilerin hızla evrildiği bir alanda yer alması, dinamik ve parçalı yapısı göz önüne alındığında, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde ortak ve standart karşılaştırmalı huku-

ki düzenlemeler yapılmasının zor olduğu açıktır. Mahkemece Avrupa Konseyi üyesi yirmi Devletin (Almanya, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, İspanya, Estonya, Finlandiya, Fransa, İrlanda, İtalya, Litvanya, Hollanda, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Romanya, Birleşik Krallık, Rusya, Slovenya ve İsviçre) mevzuatının incelenmesinden çıkan sonuca göre, internet erişimi, teoride, ifade, bilgi ve fikir alma özgürlüğü hakkı anlamında anayasal güvencelerle koruma altına alınmıştır. Bu hak, ulusal anayasalarca korunan bilgiye erişme ve iletişim hakkının ayrılmaz bir parçası olarak tanımlanmış olup, herkesin bilgi toplumuna dâhil olma hakkını ve devletlerin vatandaşlarının internete erişme hakkını güvence altına alma zorunluluğunu da içermektedir. Böylece ifade özgürlüğü alanındaki güvencelerin tümü, internete engelsizce erişme hakkını sağlama yönünde uygun bir temel oluşturmaktadır.

32. Özellikle 10 Haziran 2009 tarihli kararında Fransa Anayasa Konseyi (2009-580 DC) günümüzde ifade özgürlüğünün internete erişim hakkını da kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Kararda ayrıca, internet erişiminin kısıtlanmasına dair uluslararası ilkeler de belirlenmiştir: Kamunun iletişim kanallarına özgürce erişebilme hakkı ancak bir yargıç kararıyla, hakkaniyete uygun bir süreç sonucunda ve orantılı bir yaptırım uygulanmak suretiyle engellenebilir. Anayasa Konseyi'ne göre; "1789 bildirgesinin 11. maddesiyle güvence altına alınan özgürlüğün doğası gereği, yasa koyucu, asli ve tali hak sahiplerinin haklarını korumak amacıyla internet erişimini kısıtlama ya da engelleme yetkisini bir idari makama bırakamaz. Bu nedenle Anayasa Konseyi, hak sahibinin haklarının çiğnenmesi halinde, herhangi bir yargı kararı olmaksızın internet erişiminin engellenmesine olanak tanıyan yasa maddelerini Anayasaya aykırı bulmuştur. Vicahi bir yargılama süreci sonunda, tamamlayıcı bir ceza olarak, erişimin bir süre engellenebilmesi mümkündür. Anayasa Konseyi'ne göre, geçici tedbir/kararlar, ara karar vermeye yetkili yargıç tarafından ve "söz konusu hakların korunması için kesinlikle gerekli olduğu takdirde" verilebilir.

33. İnternet üzerinde yasak yayın bulunması halinde uygulanacak kısıtlama tedbirleri ile ilgili olarak Avrupa ülkeleri, mevzuatlarında, bireyselleştirilmiş ve geçici süreli kısıtlamalardan, yasak içeriğin silinmesi, belirli bir siteye erişimin yasaklanmasına dek uzanan çok farklı yaklaşımlar ve yasal tedbirler bulunmaktadır. İlke olarak, küçüklerin haklarının korunması ve cinsel olarak sömürülmelerine karşı mücade-

le edilmesi konusunda, Avrupa Devletlerinin çoğunluğunun (Almanya, Birleşik Krallık, İsviçre ve Fransa), belirli internet sitelerine erişimi kısıtlayıcı tedbirler aldığı saptanmaktadır. Genel suçlarla ilgili olarak ise kısıtlama tedbirlerinin farklı ve altı ülkede (Avusturya, Estonya, Finlandiya, İtalya, Litvanya, Hollanda) daha az sert olduğu görülmektedir.

34. Erişim kısıtlayıcı tedbirlerin kapsamına gelince genel olarak suçun niteliğine göre yani fikri mülkiyet haklarının ihlaline yol açan suçlar ya da genel suçlara dair bir ayırım yapıldığını ifade etmek mümkündür. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT) *“İnternette İfade Özgürlüğü: AGİT üyesi devletlerde internetle ilgili ifade özgürlüğü, bilginin özgür akışı ve medya çoğulluğu hakkındaki yasal önlemler ve uygulamalara dair çalışma”* başlıklı raporuna göre Avusturya, Almanya, Polonya ve Çek Cumhuriyeti'nde internet erişiminin engellemesine değin genel bir yasal düzenleme mevcut değildir. Genel yasal düzenlemeler olmaksızın, beş Devlette (Estonya, Rusya, Finlandiya, Hollanda, Birleşik Krallık) bazı suçlarla ilgili olarak erişimi engellemeye olanak tanıyan özel yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Sözü edilen suçlar, çocuk pornografisi, ırkçılık ve nefret söylemleri, terörizmin teşvik edilmesi ve hakaret suçlarıdır.

35. Rusya'da genel olarak internet erişimi yasaklanamasa da federal yasalar belirli sebeplerle, örneğin anayasal sistemin, genel ahlak ve sağlık sisteminin, üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerin korunması adına ya da ülke savunması ve güvenliği için; erişim kısıtlanabilmektedir. (149-FZ sayılı Federal Yasa)

36. Web sitelerin kapatılmasına ve/veya sitelere erişimin engellenmesine dair genel ya da özel herhangi bir yasal çerçeve belirlememiş ülkelerde, hukuki düzenlemeler olmaması, yargıçlarca kapatma kararları verilmeyeceği ve bu kararların uygulanmayacağı anlamını taşımaktadır.

37. İnternet erişimini engelleme tedbirlerine itiraz olanakları, genel bilgi alma ve ifade özgürlüğü hakkına tanınan güvencelere sıkı sıkıya bağlıdır. Azerbaycan, Belçika, İspanya, Litvanya, Birleşik Krallık ve Çek Cumhuriyeti'nde bir web sayfasına erişimin engellenmesi tedbi-

rine karşı yapılacak itirazlara değin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda ifade ve bilgi alma özgürlüğüne dair genel anayasal düzenlemelere ya da Birleşik Krallık'ta olduğu gibi kullanıcının, itiraz edilen tedbir konusuyla yeterli bir ilgisinin olduğunu kanıtlaması koşuluyla başvurabileceği “judicial review” olanağına atıf yapılır. Estonya'daki yasal düzenlemeye göre internetteki bilgiye erişimin kısıtlanmasına itiraz olanağı, yüksek bir idari makam, özel bir ajans önünde ya da kamusal bir bilgi söz konusu olduğunda, doğrudan idari yargı makamları önünde mümkündür. (Bilgi Edinme Hakkı Kanunu)

HUKUK

1- SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

38. Başvurucu, kendisiyle ve sahibi olduğu internet sitesiyle ilgili olmayan bir ceza soruşturması sonucunda verilen tedbir kararı gereğince kendi internet sitesine erişiminin olanaksız hale gelmesinden yakınmakta ve bu yakınmasını Sözleşme'nin 10. maddesine dayandırmaktadır. Başvurucu sözü geçen tedbir kararının, bilgi alma ve yayma özgürlüğü hakkı ile aşağıdaki biçimde kaleme alınmış olan Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

"1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir."

39. Hükümet herhangi bir itiraz dilekçesi sunmamıştır.

A- Kabul edilebilirlik

40. Mahkeme başvuruda, Sözleşme'nin 35/3. maddesi uyarınca herhangi bir kabul edilmezlik unsuru bulunmadığını kaydetmekte ve başvurunun kabul edilebilir nitelikte olduğunu belirtmektedir.

B- Esas

1. Tarafların tezleri

41. Başvurucu Google Sites'a erişimin yasaklanmasının dolaylı bir sansür olduğu kanaatindedir. Google Sites'e erişimin engellenmesine sebep olan yasadışı içerikle hiçbir bağlantısı ve ilgisi olmamasına rağmen söz konusu engellemenin başvuru açısından sonucu, kendi sitesine erişemez olmasıdır ki bu sonucun elde edilmek istenen amaçla orantılı olmadığı ortadadır. Başvurucu ayrıca, Google Sites'in yasaklanması sonucunu doğuran sürecin ne hakkaniyetli ne de tarafsız olduğunu düşünmektedir.

42. Hükümet herhangi bir itiraz dilekçesi sunmamıştır.

2- 3. Tarafın Davaya Müdahalesi

43. Davaya müdahil olan "Açık Toplum Adalet İnisiyatifi" adlı sivil toplum kuruluşu, AİHM'in içtihadına atfen, Google Sites'in çok sayıda veri ve bilgi içerdiğini ve bu anlamda büyük gazetelerin ya da geleneksel kütüphanelerin arşivleri ile karşılaştırılabilir olduğunu, dava konusu tedbirin yayının önceden kısıtlanması anlamını taşıdığını belirtmiştir. Mevcut olayda uygulanan tedbirin amacının Atatürk'ün anısına hakaret oluşturan bir içeriği barındıran tek bir web sitesini engellemek olduğunu ancak dava konusu siteyi de kapsayan tüm Google Sites'a erişimin engellendiğini özellikle vurgulamıştır. Bu kadar çok bilgi içeren bir siteye erişimin belli olmayan bir süre için engellenmesine yönelik böylesi bir tedbir, internet kullanıcılarını belirsiz bir süre boyunca engellenmiş içeriğe erişmekten alıkoyan önceden kısıtlamayla benzer olacaktır. Oysa ciddi tehlikeler içeren benzer kısıtlamalar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından büyük bir dikkatle incelenir ve değerlendirilir.

44. Açık Toplum Adalet İnisiyatifi, bir grup web sitesine erişimi engelleyen tedbirlerin "yakın sansür" riski taşıdığını ve teknik açıdan sadece suç içeren siteye erişimin yasaklanmasının mümkün olduğunu

hallerde böyle orantısız tedbirleri uygulamaktan kaçınmak gerektiğini belirtip; Avrupa Konseyi üyesi devletlerin uygulamalarından örnekler sunarak, Fransa, Almanya veya Birleşik Krallık'ta dava konusu olayda olduğu gibi büyük ölçekli bir içerik engellemesi tedbirinin hiçbir zaman uygulanmadığını ifade etmiştir.

45. Öte yandan Türk hukuk sistemi internete erişimde keyfi yasaklamalara karşı yeterli güvenceye sahip değildir. Sistemde içerik sağlayıcıları ya da engellemeden etkilenen diğer site sahiplerini tedbir kararından haberdar etme zorunluluğu da bulunmamaktadır. Türkiye’de daha önce "YouTube", "GeoCities", "Dailymotion" gibi milyonlarca kullanıcısı olan internet siteleri ile Google'ın çok sayıda hizmetine erişime aylar hatta yıllar boyu yasak getirilmiştir.

3- Mahkemenin Değerlendirmesi

a. Müdahalenin Varlığı Hakkında

46. Mahkeme, başvurunun akademik çalışmalarını ve çeşitli alanlardaki fikirlerini paylaştığı bir internet sitesinin sahibi ve kullanıcısı olduğunu saptadıktan sonra, başvurunun, kendi sitesiyle hiç ilgisi olmayan bir ceza soruşturması sonucunda uygulanan bir tedbir kararı sebebiyle kendi sitesine erişemediğinden yakındığını ve başvurucuya göre bu durumun, esastan inceleme yapılmaksızın uygulanan bir ön kısıtlama olduğunu belirtmiştir.

47. AİHM, Sözleşme’nin 10. maddesinin, bir yayının önceden kısıtlanmasını tamamen yasaklamadığını hatırlatmaktadır. Sözleşme’nin madde metninde geçen “sınırlamalar” “koşullar “ ve “önlemek” kavramları ve aşağıda sözü edilen davalar, bu duruma birer örnektir: Sunday Times / Birleşik Krallık Davası (no:1) (26 Nisan 1979, seri A NO: 30) ile markt intern Verlag GmbH ve Klaus Beerman / Almanya (20 Kasım 1989, seri A No: 165) Ancak bu nitelikteki kısıtlamalar çok büyük tehlikeler doğurabileceğinden AİHM tarafından titizlikle değerlendirilirler. Aynı durum, basınla ilgili olarak da geçerlidir. Bilgi geçicidir ve kısa bir süre için bile olsa yayımı geciktirildiğinde, tüm değerini ve yararını yitirme riski vardır. Benzer risk, güncel bir konu hakkındaki yayınlar için de mevcuttur.

48. İfade özgürlüğünün hayata geçirilmesinde internet sitelerinin

önemi ile ilgili olarak AİHM, Times Newspapers Ltd./ Birleşik Krallık Davasında (no 1 ve 2), (no 3002/03 ve 23676/03, & 27, AİHM 2009) aşağıdaki ifadelerle yer verdiğini anımsatmaktadır:

“İnternet siteleri, barındırıp yayımladıkları çok sayıda veri ile ve erişilebilirlikleri sayesinde, kamuoyunun gündemi izlemesine ve genel anlamda bilginin iletilmesine hizmet ederler.”

49. Yukarıdaki değerlendirilmeler, işbu dava konusu için de geçerlidir. AİHM, Google Sites’in bir web sitesinin bir grup nezdinde kurulum ve paylaşımını kolaylaştıran ve böylelikle ifade özgürlüğünü hayata geçirmenin bir aracını oluşturan bir Google modülü olduğunu belirtmektedir.

50. AİHM, Sözleşme’nin 10. maddesinin ulaşılmak istenen amacın özüne ya da kişilerin bu özgürlüğün hayata geçirilmesinde maddeten veya manen takındıkları tutuma göre bir ayırım yapmayıp “herkesin” ifade özgürlüğünü güvence altına aldığını vurgular. (Çetin ve diğerleri/ Türkiye no 40153/98 ve 40160/98 & 57 AİHM 2003-III) Bu güvence sadece bilginin içeriğine değil, aynı zamanda onun dağıtılma araçlarına da uygulanır. Çünkü bu hakka getirilen tüm kısıtlamalar, bilgi alma ve iletme özgürlüğü hakkına dokunur. (Bakınız mutatis mutandis Autronic AG / İsviçre 22 Mayıs 1990 & 47 Seri A, No: 178) AİHM bununla birlikte Sözleşme’nin 10. maddesinin sadece bilgi iletme hakkını değil, bilgi alma hakkını da kapsadığını birçok kere ifade ettiğini anımsatmaktadır. (Observer ve Guardian/ Birleşik Krallık, 26 Kasım 1991, & 59 b Seri A, No: 216 ve Guera ve diğerleri/ İtalya, 19 Şubat 1998, & 53, Derlemeler 1998-I)

51. AİHM, başvurunun sahibi olduğu siteye erişimin engellenmesinin esasen Atatürk’ün manevi hatırasına hakaret oluşturan ifadelerin yer aldığı gerekçesiyle hakkında soruşturma yürütülen başka bir internet sitesinin sahibine karşı Denizli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen karardan kaynaklandığını gözlemlemektedir. Denizli Sulh Ceza Mahkemesi, hakkında soruşturma yürütülen internet sitesi hakkında erişimin engellenmesi kararı vermiştir. Ancak bu tedbiri uygulamakla görevli idari makam (TİB) yerel mahkemeden, ihtilaf konusu site ile başvurunun sahibi olduğu sitenin yer sağlayıcısı olan Google Sites’a erişimin tamamen engellenmesi yönünde bir karar vermesini talep et-

miştir. Yerel mahkeme, 24 Haziran 2009 tarihinde TİB'in talebini haklı bulmuştur. Başvurucunun bu karara itirazı üzerine ise itiraz reddedilerek, ihtilaf konusu siteye erişimin engellenmesinin tek yolunun *Google Sites*'a erişimin tamamen engellenmesi olduğu ifade edilmiştir. TİB, Denizli Sulh Ceza Mahkemesinin tedbir kararını uygulamak amacıyla tüm *Google Sites*'a erişimi engelleyerek, başvurunun kendi sitesine ulaşmasının da önünü kapatmıştır. AİHM'e göre dava dosyası içeriğinden de saptanabileceği üzere başvurunun kendi web sitesine erişemediği belirsiz bir süreç yaşadığı ve bu durumu ortadan kaldıracı için yaptığı tüm girişimlerin, mevcut tedbir kararı sebebiyle başarısız olduğu açıktır. Bu bağlamda başvuru, bahse konu tedbir kararının haber, bilgi alma ve bilgi iletme özgürlüğü hakkını etkilediğini ileri sürmekte haklıdır.

52. Davanın temelinde bir soruşturma sonucunda verilen tedbir kararının dolaylı etkisi yer almaktadır: Yukarıda bahsi geçen ceza soruşturmasının konusunu oluşturmamalarına rağmen *Google Sites* ve başvurucuya ait siteye erişim, TİB'in Denizli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından hükmolunan tedbir kararını infazı sonucu teknik olarak imkânsız hale gelmiştir. Bu erişim engeli, *Google Sites*'in yer sağlayıcısı olduğu sitedeki yasadışı içeriğin yayından kaldırılmasına dair esas hakkında karar verilene dek sürecektir. (5651 Sayılı Yasa madde: 9) Bu bağlamda, esastan yargılama yapılmadan önce hükmolunan bir ön kısıtlamanın mevcudiyeti ortadadır.

53. AİHM, yasal dayanağı ne olursa olsun benzer nitelikli bir tedbir kararı internete erişimi engellediğinde, savunmacı Devletin, Sözleşme'nin 10. maddesinden kaynaklanan sorumluluğunun başladığını tespit etmektedir. (Bakınız mutadis *mutandis Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi/Avusturya* 19 Aralık 1994 & 27 Seri: A No:302)

54. AİHM, dava konusu engellemenin, bir başkasının internet sitesine getirilen yasaklamadan kaynaklandığını ancak *Google Sites* isimli yer sağlayıcısı siteye erişimin tamamen engellendiğini, başvurunun sahibi olduğu internet sitesinin yer sağlayıcısı *Google Sites* olduğundan, başvurunun kendi web sitesine erişiminin de engellendiğini saptamaktadır. AİHM'e göre; dava konusu olayda internet sitesine erişimin tamamen yasaklanmasından bahsedilemez, ancak ortada, başvurunun

kendi web sitesine erişimini engelleyen bir kısıtlamanın olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte AİHM, insanların internette siyasi sorunlara ya da kamu yararına değin tartışmalara katıldıkları, çeşitli aktivitelerde bulundukları ve bu şekilde haber alma- verme ve ifade özgürlüğü haklarını kullandıklarını; dolayısıyla internetin bu hakkın hayata geçirilmesi yönünde günümüzdeki başlıca araçlardan biri olduğunu, bu nedenle kısıtlamanın sınırlı etkisinin, internetin önemini azaltmadığını gözlemlemektedir.

55. Sonuç olarak AİHM, ihtilaf konusu erişimi engellemeye yönelik tedbir kararının, koruma tedbiri niteliğinde bir kısıtlama olduğu kanaatindedir. Bu tedbirin uygulanabilmesi için yerel mahkeme, TİB'in tavsiyesi üzerine başvuru internet sitesinin de yer sağlayıcısı olan Google Sites'e erişimi engellemiş, başvuru bu nedenle sitesine erişim olanağını yitirmiştir. Bu durum, AİHM'in uygulanan tedbir kararının başvuru kişinin ifade özgürlüğü hakkını bütünüyle, haber-fikir alıp verme hakkına "kamu makamlarınca müdahale edildiğine" hükmetmesi için yeterlidir. (Bakınız *mutadis mutandis Ayşe Öztürk/Türkiye* No: 24914/94 15 Ekim 2002 & 42)

56. Benzer bir müdahale "yasayla öngörülüyorsa" Sözleşme'nin 10/2. maddesi uyarınca bir veya birçok meşru amaç taşıyorsa ve "demokratik bir toplumda gerekli görülüyorsa" Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline sebep olacaktır.

b- Yasayla Öngörülen

57. AİHM, Sözleşme'nin 10/2. maddesinde yer alan "yasayla öngörülen" kavramının, öncelikle ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta bir dayanağı olmasını gerekli kıldığını, ancak aynı zamanda uygulanacak yasanın nitelikli bir yasa olması hususunu da kapsadığını belirtmektedir. Yasanın ilgili kişiye, kendisi için doğabilecek sonuçları ve bu sonuçların hukukun üstünlüğüne uygun olup olmadığını öngörebilme olanağını sunması gerekmektedir. (Benzer birçok karar arasından bakınız *Dink/Türkiye* No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, & 114, 14 Eylül 2010) AİHM'in yerleşik içtihadına göre bir yasa, uygulanacağı her kişinin davranışlarını yasa uyarınca belirlemesine olanak sağlayacak açıklıkta kaleme alındığı takdirde "öngörülebilir" kabul edilir. (Benzer birçok karar arasından, bakınız *RTBF/Belçika* No: 50084/06,

&103, 29 Mart 2011, Akçam/Türkiye No: 32964/96 , &87, 30 Ekim 2001)

58. AIHM, öncelikle ilgili siteye erişimin yargılama sonucunda engellenmesinin, yasal bir temeli bulunduğunu, bu temelin de 5651 sayılı Yasa'nın 8. maddesi olduğunu gözlemlemektedir. Bu bağlamda yanıtlanması gereken soru, anılı yasa maddesinin ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik gereklerini sağlayıp sağlamadığıdır. Başvurucu bu soruya olumsuz yanıt vererek, mevcut düzenlemenin kendisini belirsiz bir duruma sürüklediğini ifade etmiştir.

59. AIHM'in içtihadı uyarınca, bu koşulları yerine getirecek bir düzenleme, kamu makamlarının sözleşmede korunan haklara keyfi müdahalelerini engelleyecek nitelikte olmalıdır. Temel haklara dokunan konularda yürütme organına tanınan takdir yetkisi sınırsız olduğunda, iç hukuktaki yasa, Sözleşmece benimsenen, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden olan hukukun üstünlüğü ilkesinden uzaklaşacaktır. Sonuç olarak yasada böyle bir sınırlama yetkisinin kapsam ve yöntemi yeterli açıklık ve kesinlikle belirtilmelidir. [Benzer birçok karar arasından, bakınız Sunday Times Davası, &49 ve Maestri/İtalya (Büyük Daire) No: 39748/98 , &30, AIHM 2004-I]

60. Bu noktada, erişimin engellenmesi kararı alındığı anda, başvurunun izleyeceği yolu saptamasına yardımcı olabilecek açık ve net bir yasal düzenleme bulunup bulunmadığının saptanması gerekmektedir.

61. 5651 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesi uyarınca yargıç, "internet ortamında yapılan ve içeriği suç oluşturduğu hususunda yeterli şüphe sebebi bulunan yayınlarla ilgili olarak" erişimin engellenmesine karar verebilir. Aynı Yasanın 2. maddesinde, "yayın" kavramının iki tanımı verilmektedir. 1 bendinde yayın "internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler" biçiminde tanımlanmış; 2 bendinde ise "internet ortamında yapılan yayın" şeklinde kaleme alınmıştır. "Yayın" kavramının çok geniş kapsamlı olduğu ve internet üzerinde bulunan tüm verileri kapsayabileceği düşünülecek dahi olsa başvurucuya ait web sitesinin ve Google Sites'in içerikleri itibarıyla bu düzenleme bağlamında 5651 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesinin uygulama alanına girmedikleri açıktır.

62. Bununla birlikte ne Google Sites ne de başvurucun sitesi mev-

cut davaya ilişkin ceza soruşturmasının konusunu oluşturmuştur. 24 Haziran 2009 tarihli kararda; karara dayanak gösterilen (yukarıda 10. paragraf) 5651 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca Google Sites'in ihtilaf konusu siteye yer sağlamaktan sorumlu olduğu tespit edilmiştir. Ancak 5651 sayılı Yasanın içerik, yer ve erişim sağlayıcıların yükümlülüklerinin belirlendiği 4,5 ve 6. Maddelerinde, mahkeme tarafından hükmedildiği için erişimi toptan engellemeye olanak tanıyan bir düzenleme bulunmamaktadır. Öte yandan yasa, fikir ve bilgi paylaşımlarının yapıldığı Google Sites örneğinde olduğu gibi, genel nitelikli erişime engelleme kararlarına izin vermemektedir. Dahası dava dosyasında Google Sites'a, 5651 Sayılı Yasa'nın 5/2. maddesi uyarınca, bünyesinde, illegal içerik yer alan bir sitenin bulunduğu ve bu sitenin, hakkında ceza soruşturması yürütülen illegal içerikli internet sitesine dair verilen tedbir kararına uymayı reddettiğinin bildirildiğine dair hiçbir belge yer almamaktadır.

63. AİHM, 5651 sayılı Yasa'nın 8/3 ve 8/4. maddelerinin; idari bir organa, TİB'e belirli bir siteye erişimin engellenmesi yönünde alınan kararların uygulanması çerçevesinde geniş bir takdir yetkisi tanıdığı olduğunu gözlemlemiştir. Davadaki olgular, TİB'in web sitesi sahibi ile alan adı sahibine karşı herhangi bir usuli işlem yürütmeksizin rahatlıkla ilk kısıtlama kararının kapsamının genişletilmesini talep edebildiğini göstermektedir.

64. AİHM, bu tür (7. paragraf) önlemlerin her halde sözleşmeyi ihlal edeceğinin belirtilemeyeceğini ancak konunun; erişimi, sınırları ve olası keyfi müdahaleye karşı etkili yargısal denetimi içeren katı bir yasal çerçeve ile düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. [bakınız &49 ve Ekin/ Fransa Davası, No: 39288/98 , &58, AİHM 2001-VIII; mutadis mutandis Pravoye Delo Yazarlar Komitesi ve Shtekel / Ukrayna No: 33014/05 & 55 AİHM 2011 (derlemeler)] Bu bakımdan yargı makamlarınca verilen bu türdeki tedbir kararlarının yargısal denetimi, çatışan menfaatlerin dengeye oturtulduğu bir temel üzerinde yükselmelidir. İfade özgürlüğünün önleyici tedbirlerle kısıtlanması, bu konuda sabit bir çerçeve çizen belirli ve özel kuralların varlığı halinde mümkündür. (Sözü edilen RTBF, &114) Denizli Sulh Ceza Mahkemesi, sadece soruşturma konusu siteye erişimi engellemek için uygulanabilecek daha az sınırlayıcı bir tedbir kararının varlığını araştırmaksızın, TİB'in görüşüne göndermede bulunmakla yetinerek; 5651 sayılı Yasa uyarınca

doğrudan Google Sites isimli yer sağlayıcısını, bütünüyle erişime kapatmıştır. (Yukarıda 10. paragraf)

65.Öte yandan AİHM, başvurucunun 1 Temmuz 2009 tarihli itiraz dilekçesinde, diğer web sitelerinin uygulanan tedbir kararından etkilenmemesi için sadece ihtilaf konusu siteye erişimi engelleyen bir yöntem bulunması gerektiği hususunu özellikle vurguladığını anımsatmaktadır.

66. AİHM, yerel mahkemenin, özellikle Google Sites’a erişimin tamamen engellenmesinin gerekli olup olmadığını değerlendirirken, ihtilaf konusu olaydaki çatışan farklı menfaatler arasındaki dengeyi araştırmaya çalışmadığını kaydetmektedir. AİHM’e göre bu eksiklik yargıçlara, Google Sites isimli yer sağlayıcısının bütünüyle erişime kapatılmasının yerindeliğini; dolayısıyla AİHM’in Sözleşme’nin 10. maddesi bağlamında ortaya koyduğu ölçütleri değerlendirme zorunluluğu yüklemeyen, 5651 Sayılı Yasa’nın 8. maddesinden kaynaklanmaktadır.

Esasen sözü edilen bu zorunluluk, Sözleşme’ye ve AİHM içtihatlarına dayanmaktadır. Yerel Mahkeme kararında, ihtilafli siteye erişimi engellenmenin tek yolunun, Google Sites’a erişimi tümünden engellemek olduğuna kanaat getirilmiştir. (Yukarıda 8, 10 ve 13. paragraflar) Oysa mahkemece, böylesi bir tedbirin internette yer alan çok büyük miktarda bilgiyi erişilemez kılacağı, bu durumun internet kullanıcılarının haklarını doğrudan ve olumsuz yönde etkileyeceği ve buna bağlı olarak bazı önemli dolaylı etkilerin de söz konusu olabileceğinin dikkate alınmış olması gerekirdi.

67. Konuyla ilgili yasal mevzuatın incelenmesi ve davadaki olguların değerlendirilmesi sonucunda AİHM, 5651 sayılı Yasa’nın 8. maddesinin öngördüğü müdahalenin, Sözleşme’nin gerektirdiği öngörülebilirlik koşuluna cevap vermediği sonucuna ulaşmıştır. Yasada öngörülen müdahale aynı zamanda, başvurucunun demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği ölçüde yeterli bir korumaya sahip olmasına da olanak tanımamıştır. AİHM bu noktada, Sözleşmenin 10. maddesinin 1. paragrafında düzenlenen ifade özgürlüğü hakkının “ülke sınırları gözetilmeksizin” korunan bir hak olduğunu anımsatmaktadır. (Bakınız, yukarıda sözü edilen Ekin Davası & 62)

68. AİHM’e göre, söz konusu tedbir kararı, sadece ihtilaf konusu siteye değil, Google Sites’ı yer sağlayıcı olarak kullanan tüm sitelere

erişimi kısıtladığından, keyfi sonuçlar doğurmuştur. Ayrıca, sitelere erişimin engellenmesine ilişkin yasal denetim, kötüye kullanım hallerinden kaçınmak için yeterli şartları taşımamaktadır. İç hukukta, belirli bir siteye dair verilen erişimi engelleme kararının, genel bir erişim engelleme kanalı olarak kullanılabilmesinin önüne geçecek hiçbir güvence yer almamaktadır.

69. Sonuç olarak, Sözleşmenin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

70. Yukarıda varılan sonuç ışığında AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. paragrafında yer alan gerekliliklerinin yerine getirilip getirilmediğini incelemeye yer olmadığına karar vermiştir.

III- SÖZLEŞMENİN 6.7.13. MADDELERİNİN VE 1 NO.'LU PROTOKOLÜN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

71. Başvurucu, Sözleşme'nin 6 ve 13. maddelerini ileri sürerek, yerel mahkemece verilen ihtilaf konusu tedbir kararının denetimi ile ilgili olarak etkili bir yargısal başvuru olanağından yararlanamadığından ve yetkili makamların bu anlamdaki suistimalinin onaylanmış olmasından yakınmaktadır.

Başvurucu ayrıca, Sözleşme'nin 7. maddesi ışığında, bu maddede ifade bulan, suç ve cezaların yasallığı ilkesinin ihlal edildiğini belirtmektedir.

Başvurucu son olarak, uyuşmazlık konusu tedbir kararının, kendisini, doktora eğitimini sürdürmekten alıkoyduğundan bahisle, 1 numaralı Protokolün 2. maddesinin ihlal edilmesi suretiyle, eğitim hakkından yoksun bırakıldığını dile getirmiştir.

72. AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğinin tespit edilmiş olmasını (yukarıda 70. paragraf) göz önünde bulundurarak, işbu davadaki temel yasal sorunların değerlendirilmiş olduğunu belirtmektedir. Davanın genel koşulları ışığında AİHM, başvurucunun Sözleşme'nin 6,7 ve 13. maddeleri ile 1 No.'lu Protokolün 2. Maddesi hakkındaki şikâyetlerinin kabul edilebilirliği ve yerindeliği ilgili ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir. (22 Kasım 2011 tarih, 23164/09 numaralı Recep Kurt/ Türkiye kararı, paragraf 70-10 Mayıs 2007 tarih,37410/97 numaralı Kamil Uzun/ Türkiye Kararı, paragraf 64)

III- SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

73. Sözleşme’nin 41. maddesi uyarınca;

“Mahkeme, işbu sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci tarafın iç hukuku, bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.”

A. Manevi Tazminat

74. Başvurucu, manevi zararı karşılığı olarak 10.000 Avro talep etmektedir.

75. Hükümet, başvurunun talebine itiraz etmektedir.

76. Mahkeme, başvurucuya manevi tazminat olarak 7.500 Avro ödenmesini uygun bulmaktadır.

B. Yargılama Masraf ve Giderleri

77. Başvurucu, ulusal yargı işlemleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sürecinde tahakkuk eden masraf ve giderler için 3.300 Avro talep etmektedir. Başvurucu, davasının ulusal yargı makamları önünde ve Strasbourg’da yürütülmesi işlemlerinin 28 saatten daha fazla bir çalışmayı gerekli kıldığını, bir saatlik çalışmanın karşılığının, İstanbul ve İzmir Baroları asgari ücret tarifelerinde 250 TL. olarak saptandığını belirtmektedir.

78. Hükümet başvurunun taleplerine itiraz etmektedir.

79. AIHM içtihadına göre bir başvuru masraf ve giderlerin kendisine ödenmesini, ancak bunların gerçekliği, gerekliliği ve miktarlarının makullüğünü kanıtladığı ölçüde sağlayabilir.

Başvurucunun dosyaya sunduğu belgeler ve yukarıda belirtilen ölçütler ışığında AIHM, yargılama masraf ve giderleri için başvurucuya 1.000 Avro ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme faizi

80. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası’nın marjinal kredi faizlerine

uyguladığı orana üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın, gecikme faizi oranı olarak benimsenmesini uygun bulmuştur.

AİHM BU GEREKÇELERLE, OYBİRLİĞİYLE;

1. Başvurucunun, bilgi alma ve bilgi verme özgürlüğünün ihlal edildiğine dair şikâyetinin kabul edilebilir olduğuna

2. Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine

3. Sözleşme'nin 6,7 ve 13. maddeleri ile 1 No.'lu Protokolün 2. maddesi hakkındaki şikâyetlerinin kabul edilebilirliği ve yerindeliği ile ilgili ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek olmadığına

4.

a) Sorumlu Devletin başvurucuya, kararın; Sözleşmenin 44/2. maddesine göre kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki rayiç oran üzerinden Türk Lirasına çevrilmek üzere; aşağıdaki tutarları ödemesine karar vermiştir.

i) Manevi tazminat olarak 7.500 Avro (yedi bin beş yüz avro) ve bu meblağa tekabül edecek her türlü yasal kesinti,

ii) Ücret ve harcamalar karşılığı 1.000 Avro (bin avro) ve bu meblağa tekabül edecek her türlü yasal kesinti

b) Süre bitiminden ödeme gününe dek geçecek sürede, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

5. Hakkaniyete uygun tatmine ilişkin diğer tüm taleplerin reddine;

Karar vermiştir.

İşbu karar, Fransızca hazırlanmış ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77/2 ve 77/3. maddeleri uyarınca, 18 Aralık 2012 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Daire Yazı İşleri Müdürü

Guido Raimondi
Başkan

İşbu karar ekinde, Sözleşme'nin 45/2 ve İç Tüzüğün 74/2. maddelerine uygun olarak yargıç Paulo Pinto de Albuquerque'in ayrık görüşü yer almaktadır.

YARGIÇ PİNTO DE ALBUQUERQUE’NİN AYRIK GÖRÜŞÜ (Çeviri)

Yıldırım Davası, dolaylı etkileri olan bir erişim engellemesi kararıyla ilgilidir. Alınan bir mahkeme kararı ile Google Sites alan adından Türkiye’de hosting hizmeti alan, başvurunun web sitesi de dâhil tüm web sitelerine erişim engellenmiştir. Esasen, dava konusu olay, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Mahkeme) önüne Web 2.0 platformlarında ifade özgürlüğü ile ilgili gelen ilk sorundur. Mahkeme’nin, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine dair saptamasına katılıyorum ancak kararın gerekçesinde, olması gerektiği gibi, ifade özgürlüğü kısıtlamaları halinde uygulanacak temel ilkelere değinilmediğini düşünüyorum. Kararda, iki önemli nedenle, sözü edilen ilkelerin kesin bir dille belirtilmesi gerekiyordu. İlk olarak, Savunmacı Devletin, sabit olmayan ve çelişen içtihatlardan sakınmak için tüm yeni ve karmaşık sorunlara dair ilkesel bir yaklaşıma sahip olması gerekir. İkinci olarak, Savunmacı Devletin yasal reform adı altındaki düzenlemelerindeki boşluklar sebebiyle, zorlayıcı, açık ve AİHM’in düzenlemeleriyle uyumlu yasal bir çerçeveye gereksinimi vardır.

Başvurucunun İfade Özgürlüğü Hakkına Müdahale

Yerel Mahkeme tarafından 23-24 Haziran 2009 tarihlerinde verilen karar, başvurunun kendisine ait web sitesini kurmak için yer sağlayıcı (hosting) olarak kullandığı Google Sites’a erişimi engellediğinden, başvurunun ifade özgürlüğü hakkına müdahale oluşturmuştur. 5651 sayılı Yasa’nın 8/1-b maddesine dayanılarak verilen dava konusu tedbir kararı, Google Sites’tan hosting hizmeti alan bir başka sitenin sahibi hakkında sitede, Mustafa Kemal Atatürk’ün manevi hatırasına hakaret edilen bir içerik yer aldığından bahisle yürütülen ceza soruşturması kapsamında alınmıştır. AİHM, dava dosyasının incelenmesi sonucunda, Google Sites’ın sahibi ve operatörü olan Amerika Birleşik Devletleri merkezli Google Inc. şirketine tedbir kararı verilmeden önce, bu konuyla ilgili hiçbir tebligat yapılmadığını, tebligat yapılmaya teşebbüs dahi edilmediğini saptamıştır.

Atatürk ile ilgili yasadışı içeriğin yayınlandığı siteden çok farklı olarak, başvuru, kendisine ait web sitesinde sadece akademik çalışmalarını ve sosyal web, semantik web, karmaşık ağlar, karmaşık sistemler

ve bilim filozofisi gibi farklı konulardaki kişisel görüşlerini paylaşmaktadır. Ancak tedbir kararı verilirken, ceza soruşturmasına konu site ile hiçbir ilgileri olmamasına rağmen, ne başvurucaia ait web sitesi ne de Google Sites'tan yer sağlama hizmeti alan diğer sitelerin akıbetleri düşünölmüştür.

İnternet Üzerindeki Yayınlara Erişimin Engellenmesine Dair Avrupa Normları

Avrupa Konseyi, internette ifade özgürlüğü ile ilgili olarak, Siber Suç Sözleşmesi ve eki Protokol'den başka kararlar, tavsiye kararları, bildirgeler yayımlamıştır. Tüm bu sayılanlar içinde, aşağıda değinilecek üç tavsiye kararı, dava konusu olaya ışık tutma açısından büyük önem taşımaktadır.

-Bakanlar Komitesi'nin internet arama motorları genelinde insan haklarının korunmasına değin CM/Rec (2012) 3 Sayılı tavsiye kararında aşağıdaki ifadelere yer verilmiştir:

“12. İnternet üzerinde ücretsiz bilgi tarama ve dinleme, etkili arama motorlarının varlığı için bir önkoşuldur. Arama sağlayıcıları tarafından gerçekleştirilen internet üzerindeki filtreleme ve içerik engelleme işlemleri, içerik sağlayıcı ve kullanıcılara bilgiyi yaymak ve bilgiye erişmek adına Sözleşme'nin 10. maddesiyle tanınan ve bu maddeyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkına ihlal teşkil edebilir.

13. Arama sağlayıcıları, muhtemel bir yasadışı içerik tespit etmek için kendi ağıları ve servisleri üzerinde bir ön denetim yapmakla yükümlü olmadıkları gibi, herhangi bir mahkeme kararı ya da yetkili bir makamın buyruğı olmaksızın, önceden bir filtreleme ya da engelleme yapmakla da yükümlü değildirler. Bazı hallerde, örneğın diğer haklar ifade ve bilgi alma özgürlüğü hakkının önüne geçtiğinde, arama motoru sağlayıcılarından dinlerlerinden belirli kaynakları çıkarmaları talep edilebilir. Ancak, ifade özgürlüğü hakkı, ifade özgürlüğü hakkını kullanan kişinin niyeti ötesine geçerek, içeriğı erişimin bir uzantısı olarak yorumlanamaz.

(...)

16. Üye Devletler, arama sağlayıcıları ile birlikte, aşağıdaki biçimde çalışmalıdır:

- Gerekli tüm filtreleme ve engelleme işlemlerinin kullanıcılar için şeffaf olmasını sağlamak gerekmektedir. Belirli anahtar kelimeler kullanılarak yapılan aramalarda tüm arama sonuçlarının engellenmesi denetim ve işbirliği mekanizmaları tarafından öngörülmemeli ve teşvik edilmemelidir. Düzenleyici ve işbirliği sağlayıcı rejimler; bireylerin ifade özgürlüğü ve medya aracılığıyla bilgi, fikir ve içerik arama, alma ve verme hakkına engel olmamalıdır. Üye Devletler, demokratik süreç içerisinde belirlenen bazı içeriklere ve belli kullanıcı kategorilerine ilişkin olarak erişim engellenmesi gerektiğinde, diğer kullanıcıların erişim haklarına dokunmamak için genel bir dizinleme yapmaktan kaçınılmalıdır. Pek çok durumda, arama sağlayıcılarını, grupların korunması için isteğe bağlı filtreleme mekanizmalarını devreye sokmaya yönlendirmek gerekmektedir.

- Kamusal alana ilişkin dahi olsa, içeriklerin dizinlenmelerinin, doğrudan iletişim ya da kitle iletişim gruplarını hedef almama olasılığını da değerlendirmek gerekmektedir.

- Bakanlar Komitesi'nin internette filtreleme işlemlerinde ifade ve bilgi alma özgürlüğünün korunmasına ilişkin tedbirlere değin CM/Rec (2008)6 Sayılı Tavsiye Kararında aşağıdaki düzenlemelere yer verilmiştir:

III- Kamusal Alanda ve Özel Sektörde İnternet Filtrelemesi Kullanımı ve Uygulama

Fitrelerin uygulanması ve denetlenmesinde, yukarıda da değinildiği gibi, kullanıcıların sorumluluğunun önemi açıktır. İnternetin yaygın kamu hizmeti değeri göz önünde bulundurulduğunda, tüm kademelerde (devlet binaları, kütüphaneler veya devlet okulları) gerçekleşen filtreleme işlemlerinde, ifade ve bilgi alma özgürlüğü hakkına, bireylerin özel hayatlarına ve giz aşanlarına tam bir saygı gösterilmesi gereklidir.

Bu bağlamda, Üye Devletler:

i. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce yorumlanan Avrupa İnsan

Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. paragrafında belirtilen sebepler ve sair nedenlerle; büyük bir kesim tarafından kullanılan elektronik haberleşme ağları üzerindeki içeriği filtrelemekten kaçınmak

ii. Tüm dünya üzerindeki filtreleme ve engelleme tedbirlerinin (Bahse konu tedbirler, filtrelemenin özel ve açıkça tanımlanabilir bir içeriğe değin olması, yetkili bir makamca içeriğin yasadışı olduğuna karar verilmiş olması ve bir mahkemece ya da bağımsız bir yasal düzenleme neticesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine riayet edilmek suretiyle verilmiş bir karar olması halinde alınabilmelidir.) Devletlerce uygulanmasının, ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. paragrafında belirtilen hallerde mümkün olacağını güvence altına almak.

iii. Filtrelemelerin, vatandaşların yasal içeriklere de erişmelerini engelleyecek sonuçlar doğuracak biçimde kötüye kullanımını önlemek için gerekli ve uygun ulusal düzenlemeler yapmak

iv. Filtreleme işlemi öncesinde ve filtreleme esnasında, filtrelemenin etkilerinin uygulanan tedbirin amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığını denetlemek ve demokratik bir toplumun gereği olarak içeriklerin tamamen engellenmesinin önüne geçmek

v. Kullanıcılar ve/veya içerik yazarının bir içeriğe erişimin yanlışlıkla gerçekleştirildiğini beyan ettikleri takdirde, kolay erişilebilir ve etkili çözümler üreten başvuru yolları öngörmek

vi. Filtrelemenin korumayı hedeflemediği bir gruba dâhil olan kullanıcıları da etkileyecek biçimde içeriklerin genel olarak engellenmesinden sakınmak. İstisnai hallerde, özellikle araştırma amaçlı olarak yasadışı içeriklere erişim hakkı sahibi olduklarını ya da bu yönde menfaatleri bulunduğunu kanıtlayabilecek durumda olan kişiler için, yasadışı içeriklere erişimin tamamen engellenmesinin önüne geçmek

vii. Filtrelerin kullanımı ve uygulanması sırasında, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hakkına özen göstermek ve kayıtlı, arşivlenmiş kişisel verilerin sadece ticari olmayan meşru amaçlar için kullanılmasını sağlamak ile yükümlüdürler.

- Bakanlar Komitesi'nin, İnternet'in Kamu Hizmeti Değerini Yükseltici Tedbirlere Değın CM/Rec (2007) 16 Sayılı Tavsiye Kararı

III- Giriş

Üye Devletler, ifade özgürlüğü ve internette bilginin serbest dolaşımını, bireyin diğer hak ve meşru menfaatlerine halel getirmeksizin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin aşağıda yer alan içtihadında belirtilen koşullar uyarınca, sağlamalıdır:

- Kamuoyunu internet ve diğer bilgi teknolojilerini aktif biçimde kullanmaya ve içeriklere katkıda bulunmaya özendirmek

- Aşağıdaki önlemler yoluyla, ülke sınırlarına bağlı olmaksızın, internet üzerinde iletişim ve yaratım özgürlüğünü desteklemek:

a. Aynı türden herhangi bir lisans veya zorunlu bir belge dayatmak, kamu güçlerinin herhangi genel bir filtreleme ve tedbir uygulamaması, içeriklere erişimi diğer yollardan engelleyecek kısıtlamalara gidilmemesi

b. “Yeniden kullanıcıları”, yani sanal içerikleri kullanarak onlardan yeni içerik yaratmak isteyen bireyleri, fikri mülkiyet haklarına saygı göstererek, özendirmek

c. Farklı kullanıcı ve sosyal grupların ihtiyaçlarına cevap verebilecek, açık bir servis hizmeti ve erişilebilir içerikler sunmak; özellikle

-Servis sağlayıcılara ulusal ve uluslararası iletişim ağlarına herhangi bir kısıtlama olmaksızın erişimi güvence altına alan bir yasal çerçevede hareket etme olanağı sunmak

-Servis hizmetlerini vatandaşların ve firmaların nezdinde genişletmek ve hizmetlerin şeffaflaşmasını sağlamak

-Koşullar uygun olduğunda, kamuoyunu iletişimin kullanıcı topluluklarından ziyade, resmi web siteleri aracılığıyla yapılmasına dair teşvik etmek

-Uygun olduğu takdirde, ticari olmayan kullanıcıları, her birinin bilgilere erişimini, kamusal yaşama ve demokratik süreçlere kolaylıkla katılımını sağlamak için, kamusal bilgileri yeniden kullanmaya teşvik etmek

- Herkesin demokratik sürecin parçası olmasını sağlamak adına kamu kaynaklı belgelerin, örneğin hükümete dair belgelerin, kamu

makamlarınca tutulan kişisel verilerle ilgili bilgilerin, bilimsel ve tarihi verilerin, kamuoyunun, bilgi toplumunun bilgi sistemleri sağışını ve insan haklarına yapılan diğler tehditleri anlamasını sağlamak için teknolojik devlete değıin bilgilerin, ilgililerin toplumlarının tarihi ve kùltürünü hayatlarının aktif bir yönü haline getirebilmeleri için ortak kùltürel mirasın bir parçası olan yaratıcı eserlerin, internete sunulmasını teşvik etmek

- Bakanlar Komitesi'nin Bilgi Toplumunda Medyanın Rolü konulu Rec (2007) 3 sayılı Tavsiye Kararına uygun olarak, medyanın kamu hizmeti misyonunu interneti ve diğler yeni iletişim servislerini kapsayacak şekilde zaman zaman genel, zaman zaman belirgin, kişiselleştirilmiş, ayırt edici, interaktif ve talebe karşılık veren içerikler sunarak genişletmek

AİHM'in içtihadına göre, aşağıda konu edilen üç dava, internet üzerindeki yayınlarla ilgilidir:

K.U/ Finlandiya Davasında AİHM, aşağıdaki saptamaları yapmıştır:

“Her ne kadar ifade özgürlüğü ve iletişimin gizliliğı başlıca kaygılardan da olsa, telekomünikasyon ve internet servisleri kullanıcıları özel yaşamlarının gizliliğı ve ifade özgürlüklerinin korunacağına dair mutlak bir güvence sahibidirler. Ancak bu güvence, kamu düzeni, bazı suçların önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi nedenlerle ortadan kaldırılabilir. Yasa koyucu, İnternet üzerinde yasadışı bilgiyi yayınlayan kişinin tutumunun Sözleşme'nin 8. ve 10. maddelerinin sağladığı korumayı ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorusunun yanıtını da verecek biçimde, her koşulda korunması gereken farklı menfaatleri bağdaştıracak bir yasal çerçeve öngörmelidir.”

Times Newspapers Ltd / Birleşik Krallık (No:1 ve 2) aşağıdaki ifadelere yer vermiştir:

“İnternet siteleri, çok sayıda veriyi barındırma ve yayma kapasiteleri ile erişilebilirlikleri sayesinde, kamuoyunun günceli izlemesini sağlayarak, genel anlamda bilginin iletilmesini kolaylaştırırlar. İnternet üzerinde arşiv oluşturulması hususu, internet sitelerinin işlevinin temel bir tezahürü olduğundan, AİHM, bu durumun Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulama alanına girdiğı kanaatindedir.”

Son olarak, Pravoye Delo ve Shtekel Yayın Kurulu/ Ukrayna Davasında AİHM:

“İç hukukta, gazetecilere, internet üzerinden elde ettikleri bilgileri, ağır bir yaptırıma uğramaktan korkmadan kullanmalarını, dolayısıyla gazetecilik faaliyetlerini yürütebilmelerini sağlayan yeterli bir yasal çerçeve bulunmaması” halinden söz etmiştir.

Tüm sözü geçen belgelerin ve karar gerekçesinde uygulamalarına atıf yapılan Devletlerin uygulamaları ışığında, internet erişimi ile ilgili yasal düzenlemelerin, Sözleşme ile uyumlu olabilmesi için gözetilmesi gereken asgari ilkeler şunlardır:

1) Erişimi engellenmiş yayınları görebilecek kişi ve kurumların kategorik tanımı,

içeriklerin yerli ya da yabancı sahipleri, yasak site ya da platformlar, bu site ya da platformların kullanıcıları ya da yasak site ve platformlarla büyük bağlantılar oluşturanlar ve içeriği üstlenenler

2) Erişim engelleme kararlarının kategorik tanımı; örneğin, site engelleme, IP adresi engellemesi, port engellemesi, ağ protokolleri engellemesi ya da sosyal ağlar gibi kullanım amaçlı engellemeler

3) Erişim engelleme kararının uygulanacağı alan ile ilgili düzenleme; bölgesel, ulusal ya da evrensel engellemeler

4) Erişim engelleme kararı süresine getirilen sınırlama

5) Sözleşme’nin 10/2. maddesinde belirtilen hususlar anlamında, erişim engelleme kararını haklı kılabilecek “ilgililerin” belirtilmesi

6) Oranlılık ölçütü belirlenmesi;

İfade özgürlüğü ve yarışan menfaatler arasında, ifade özgürlüğü hakkının esasına ve özüne dokunmadan, tam bir denge sağlanması

7) Gereklilik ilkesine saygı

Müdahalenin, “sosyal ihtiyaç”ı karşılamak için gerekli olduğu sonucuna varılmamasını sağlayan bu ölçüt, ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin güdülen menfaatlere uygun biçimde gerçekleşip gerçekleşmediğini saptamaya yarar.

8) Erişim engelleme kararı verebilecek yetkililerin ve makamların belirtilmesi

9) Erişim engelleme kararının yayını için izlenecek bir prosedür belirlenmesi

Erişim engelleme talebi üzerine dosyanın yetkili makamca incelenmesi ve dinlemenin olanaksız olduğu hallerde ya da “menfaatler” gereği dinlenilememe halleri dışında mağdur kişinin ya da kurumun ifadelerine başvurulması

10) Erişim engelleme kararı ve gerekçesinin mağdur kişi ya da kuruma tebliğ edilmesi

11) Erişim engelleme kararına karşı itiraz olanağının mevcudiyeti

Benzer bir ereve özel yasal düzenlemeler için de geçerli olmalıdır.

Zira ne hukuki ya da cezai sorumluluk doğuran genel düzenleme ve kayıtlar ne de elektronik ticaret hakkındaki tavsiye kararı (Avrupa Parlamentosu ve Konseyi’nin 8 Haziran 2000 tarih, 2000/31 CE sayılı direktifi) internet üzerinde erişim engelleme kararı verebilmek adına geçerli temeller içerirler.

Her ne olursa olsun, internete ya da internetin bir kısmına erişimin tüm kişilere ya da belirli kişilere engellenmesinin, adalet adına, kamu düzeni ya da güvenliği adına da olsa savunulabilir bir yanı yoktur. Yasak içerikleri, siteleri ya da platformları kapsayan tedbir kararlarından ötürü, yasal içerik site ve platformları da etkileyen tüm erişim engelleme “kr” tedbirleri, ”makul bağlantı” içermediklerinden, yani müdahale ve gözetilen sosyal ihtiyaç arasında makul ve belgeli bir bağlantı bulunmadığından gereklilik ölçütü ile bağdaşmamaktadır. Bunun yanında web siteleri ve platformlara sürekli ya da çok uzun süreli olarak uygulanan erişim engelleme kararlarının, kabul edilebilir yanı olmayan n tedbirlerden daha farklı bir deyişle, katıksız sansürden hiçbir farkı yoktur.

İstisnai haller yasadışı bir içeriğe erişimin engellenmesini gerektirdiğinde, tedbiri yasadışı içeriğe göre düzenlemek ve tedbirin yasadışı yayımla yasal olarak ya da pratikte (de jure ve de facto) hiçbir ilgisi olmayan kişi ya da kurumları etkilemesinden kaçınmak gerekmektedir.

Bir suçun işlendiğine dair şüpheden kaynaklanan, haklı ve makul gerekçelere dayanan geçici ve önleyici tedbirlerin uygulanmasında ise ifade özgürlüğü hakkı “net bir yasal ereve” ve mahkemelerce yapılan titiz değerlendirmeleri ve özel ve ayrıık bir uygulamayı gerekli kılar.

Dava konusu olayla ilgili olarak, ulusal yargılama neticesinde verilen uyuşmazlık konusu kararlarda sözü edilen güvencelerin hiçbirinin mevcut olmadığı görülmektedir.

Avrupa normlarının dava konusu olaya uygulanması

5651 sayılı Yasa, erişimin engellenmesi kararı ve bu kararın yerine getirilmesi noktasında salt aşağıdaki ölçütleri getirmiştir:

Erişim engelleme kararı verilmesine sebep olan suçların niteliği ve mevcut delillerin derecesi (“yeterli şüphe sebebi”) yargıcın, mahkemenin ya da acil durumlarda kararı vermekle yükümlü savcının yetkisi, anılı karara yapılan itiraz ve şüphelinin beraat etmesi ya da kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi sonucunda tedbir kararının hükümsüz kalması veya suç oluşturan içeriğin yayından kaldırılması.

Ulusal yasa, yetkili makamlara erişim engelleme kararı verilmesi ya da verilmemesi konusunda yetki tanıdığından, keyfilüğün önüne geçtiği düşünülebilir. Ancak Yasa, geri kalan konularda çok sayıda boşluk içermektedir. Yasa, yetkili yargısal makamların bu noktadaki icrai faaliyetlerini tüm koşullar ve güvenceleri içerecek şekilde geniş biçimde düzenlememiş olup, internet içerik sağlayıcılarına ifade özgürlüğünün asıl güvencelerini sunmamaktadır.

Ulusal yargı makamları, her daim AIHM içtihatlarında belirtildiği biçimde ifade özgürlüğüne değin ölçütlere riayet etmekle yükümlü idiler ve hala da bu yükümlülükleri sürmektedir. Ulusal makamların, 5651 sayılı Yasa’nın 8. maddesi ile kendilerine tanınan yetkileri, dar anlamda yorumlamaları gerekirken, bunu yapmadıkları görülmektedir. Ulusal makamlarca, erişimin engellenmesi kararında gözetilen kamu yararının başvurunun ifade özgürlüğü hakkından daha üstün olduğu ya da başvurunun sitesindeki yayınlardan kaynaklanan muhtemel hatta eli kulağında bir riskin var olup olmadığının dikkate alındığını gösterir hiçbir haklı gerekçe gösterilememiş olması çok üzücüdür. Tüm bunlara ek olarak, ne yazık ki Denizli Asliye Ceza Mahkemesi, 13 Temmuz 2009 tarihli kararı ile başvurunun, daha hafif bir tedbirin varlığından dem vurarak yaptığı itirazı da reddetmiştir.

İnternet üzerindeki kamusal alanda başvurunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, Savunmacı Devletin takdir payı oranını hâlihazırda azaltan Sözleşme’nin 10. maddesindeki negatif yükümlülükler açısından değerlendirildiğinde, mevcut erişim engelleme kararının geçici ve

önleyici niteliğinin, Savunmacı Devletin takdir payı oranını daha da azaltacağı görülecektir.

Anılı tedbirin yasa uyarınca, İnternet üzerindeki yayınların bazı suçları oluşturduğu hususunda “yeterli şüphe”nin varlığına dayandığı düşünülecek olursa, bu durum sadece mahkemelerin vermekle yükümlü oldukları kararların eğreti niteliğini (salt “şüphe”) vurgulamakla kalmaz, aynı zamanda tedbirin uygulanmasını haklı gösterir mevcut delillerin (“yeterlilik” unsuru) sınırlılığını da gösterir. Bununla birlikte dava konusu olayda, tedbirin geçici özünün gerektirdiği yargısal ve özellikli tutum ile çok yetersiz bir yasal çerçeve dahi bulunmamaktadır.

Sonuç

Kanaatimce, Banatan Books, Inc davasında yer verilen ifadeleri de göz önünde bulundurarak, internette ifade özgürlüğüne değin önceden alınan tüm tedbirler, bu uygulamanın Sözleşme ile bağdaşmadığına dair kuvvetli bir karine oluştururlar. Kaldı ki dava konusu olayda Savunmacı Devlet, böylesi bir tedbire başvurulmasını haklı gösterecek deliller sunma konusunda oldukça yetersiz kalmıştır.

Devletin, başvurucunun internette ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı müdahalelerden kaçınma konusundaki negatif yükümlülüğünü göz önünde bulundurarak, yerel mahkemece, Sözleşme’de ifade bulan ölçütler dikkate alınmaksızın 5651 sayılı Yasa’nın uygulanması, başvurucunun ifade özgürlüğünün özü ve meşruiyeti karşısında, yasadışı ifadeler içeren site ile başvurucunun sitesi arasında hiçbir bağlantı bulunmaması ve ulusal makamların sınırlı takdir yetkileri ışığında sundukları gerekçeleri değerlendirerek, başvurucunun, Sözleşme’nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini düşünüyoruz.

Ayrıca, 5651 sayılı Yasa’nın internet üzerindeki yayınlara erişim yasağı getirilmesi konusunda öngördüğü güvencelerin yetersiz olması sebebiyle 46. madde uyarınca, Savunmacı Devlet’in anılı yasayı, yukarıda sözü edilen düzenlemelere uygun hale getirmek için değiştirmesi gerektiği yönündeki kanaatimi de bildiriyorum.

Fransızca aslından çeviren: Av. Senem Uygun Kılıç

YARGI KARARLARI

İDARİ BÖLÜM

T.C.

İZMİR

4. VERGİ MAHKEMESİ

Esas No : 2011/1301

Karar No : 2012/1317

Özet: Davacının 6111 sayılı yasa çerçevesinde yararlanmış olduğu dönemlerin 2006-2010 yılları olduğu, hakkında düzenlenen vergi inceleme raporunun ise 2004 yılına ilişkin olduğu dikkate alındığında, davacının söz konusu dönemlerde, 6111 sayılı yasanın 9/6. maddesinde belirtilen kapsamda herhangi bir fiil işlememesi sebebiyle tahakkukun düzeltme yoluyla terkinine ilişkin işlemde yasal isabet bulunmamaktadır.

Davacı : - İZMİR

Davalı : Vergi Dairesi Müdürlüğü - İZMİR

Davanın Özeti : Davacı tarafından 6111 sayılı Yasa kapsamında bulunulan matrah artırımı üzerine yapılan tahakkukların, sahte fatura kullanma nedeniyle Yasadan yararlanılamayacağı gerekçesiyle yapılan düzeltme fişi ile terkin işleminin; Yasanın verdiği bir imkanın ikincil nitelikli genel tebliğle uygulama imkansızlığına dönüştürülemeyeceği, ayrıca haklarında düzenlenmiş somut bir raporun bulunmadığı iddiasıyla iptali istenilmektedir.

Savunma Özeti : Davacı tarafından 6111 sayılı Yasa uyarınca matrah artırımında bulunularak tahakkuk eden vergilerin idarelerince terkinin yerinde olduğu, zira davacının sahte belge kullanma fiilinin yanında alt ve üst nüshaları farklı olacak şekilde fatura düzenlediğinin sabit olduğu, bu durumda 6111 sayılı Yasanın 9/6. maddesi uyarınca matrah artırımında bulunmak suretiyle Yasadan yararlanmasının mümkün bulunmadığı, matrah artırımı sonucunda doğan tahakkukun terkinde ve dolaylı olarak davacının 6111 sayılı Yasa hükümlerinden yararlandırılmamasında hukuka aykırılık bulunmadığı ve davanın reddi gerektiği savunulmaktadır.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren İzmir 4. Vergi Mahkemesi'nce, dava dosyası incelenerek işin gereği görüldü:

Uyuşmazlık; davacı tarafından 6111 sayılı Yasa uyarınca matrah artırımında bulunmasına ilişkin işlemin düzeltme fişiyle terkinine ilişkin işlemin iptali isteminden kaynaklanmıştır.

6111 sayılı Yasanın 6,7,8 ve 9. maddelerinde; gelir vergisi, kurumlar vergisi, katma değer vergileri ile vergi tevkifatı ile ilgili matrah artırımını düzenlemelerine yer verilmiş, sayılam maddelerde belirtilen şekilde matrah artırımında bulunulması halinde, artırımda bulunulan dönemlerle ilgili KDV bakımından artırımda bulunulan dönem için sonraki döneme devreden KDV yönünden ve artırımda bulunulan dönemler için ihraç kaydıyla teslimlerden veya iade hakkı doğuran işlemlerden doğan terkin ve iade işlemleri dışında vergi incelemesi ve tarhiyat yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Yasanın 9. maddesinin 6. bendinde matrah artırımında bulunamayacak mükellef fiilleri, 213 sayılı Kanunun 359'uncu maddesinin (b) fıkrasındaki "defter, kayıt ve belgeleri yok edenler veya defter sayfelerini yok ederek yerine başka yapraklar koyanlar veya hiç yaprak koymayanlar veya belgelerin asıl veya suretlerini tamamen veya kısmen sahte olarak düzenleyenler olarak sayıldıktan sonra, bu fiilleri gerçekleştirenlerin bu Kanunun 6'ncı, 7'nci ve 8'nci madde hükümlerinden yararlanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu hükümlerde mükelleflerin yararlanabilmesi için 9. maddenin 6. bendinde sayılan fiillerin gerçekleştirilmemiş olma şartı yer almakla beraber, bu şartın yararlanılmak istenen döneme münhasır olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira; her ne şekilde olursa olsun bir kere bu fiilleri işleyenlerin söz konusu yasadan yararlanamayacağı yönünde kısıtlayıcı bir düzenlemenin yer almadığı açıktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; 6111 sayılı Yasa hükümleri uyarınca 2006, 2007, 2008, 2009 ve 2010 yıllarına ilişkin matrah artırımında bulunularak beyan edilen tahakkukların, davacının sahte belge düzenlediği yolunda vergi tekniği raporu bulunduğundan bahisle 6111 sayılı Yasadan yararlandırılmayarak matrah artırımını tahakkukunun düzeltme fişiyle iptaline ilişkin işlemin iptali istemiyle iş bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Olayda; her ne kadar davacının sahte ve muhteviyatı itibariyle yanıltıcı belge düzenlediği gerekçesi ile 6111 sayılı Yasadan yararlandırılmadığı görülmekte ise de; davacının 6111 sayılı Yasa çerçevesinde yararlanmış olduğu dönemlerin 2006-2010 yılları olduğu, hakkında düzenlenen vergi inceleme raporunun ise 2004 yılına ilişkin olduğu dikkate alındığında davacının söz konusu dönemlerde 6111 sayılı Yasanın 9/6. maddesinde belirtilen kapsamda her hangi bir fiil işlemediği açık olduğundan 6111 sayılı Yasa çerçevesinde matrah artırımından yararlanan davacının, söz konusu tahakkukların düzeltme yoluyla terkinine ilişkin işlemde yasal isabet bulunmayıp iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle; davanın kabulüne, davacının 6111 sayılı Yasadan yararlandırılmaması yolunda tesis edilen işlemin ve düzeltme fişlerinin iptaline, aşağıda dökümü yapılan 70,40.-TL. yargılama giderinin davalı idareden alınarak davacıya ödenmesine, artan posta avansının kararının kesinleşmesini müteakip davacıya iadesine, kararın tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere 07/11/2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan
Ahmet ÇİMEN
37977

Üye
Bünyamin ÇİTİL
101645

Üye
Barış ÇELİK
101171

Gönderen: Dr. Mustafa ALPASLAN

T.C.

DANIŞTAY

ÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2012/1800

Karar No : 2012/3898

Özet: İhbarnamelerin eklenmediği, tarih, sayısının yazılmadığı, tebliğ tarihinin belirtilmediği, yetki belgesinin eklenmediği, aralarında maddi, hukuki ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmayan birden fazla yıla ilişkin özel usulsüzlük cezasına karşı açılan davalarda ret kararı verilmesi üzerine verilen yinleme dilekçelerinde işlem tarihi belirtilmeyerek, işlem ve yetki belgesi eklenmeyerek aynı yanlışlıkların yapılması 2577 sayılı İYUK'un 15/5. Maddesine aykırıdır.

Temyiz Eden : Nakliyat Otomotiv ve Servis Hizmetleri Turizm Ticaret Limited Şirketi - İZMİR

Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü - İZMİR

İstemin Özeti : Davacı adına 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 355'inci maddesine göre 2009 yılı için kesilen özel usulsüzlük cezasına karşı dava açılmıştır. İzmir 2. Vergi Mahkemesi'nin 20.12.2011 gün ve E:2011/2037, K:2011/2153 sayılı kararıyla, Mahkemelerinin 20.09.2011 gün ve E:2011/1428, K:2011/1575 sayılı kararıyla; dava dilekçesinde dava konusu olarak özel usulsüzlük cezası yazılmasına karşın ihbarnamelerin eklenmediği, tarih sayısının yazılmadığı,tebliğ tarihinin belirtilmediği, yetki belgesinin eklenmediği, aralarında maddi, hukuki ya da sebep sonuç ilişkisi bulunmayan birden fazla yıla ilişkin özel usulsüzlük cezasına karşı bir dilekçe ile dava açıldığı anlaşıldığından dilekçe ret kararı verilmesi üzerine verilen yenileme dilekçeleri ile üç ayrı dava açılmasına karşın, yenileme dilekçelerinde işlemin tebliğ tarihinin belirtilmediği, işlem ve yetki belgesi eklenmeyerek aynı yanlışlıkların yapıldığının görüldüğü gerekçesiyle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 15'inci maddesinin 5'inci bendi uyarınca davanın reddine karar vermiştir. Davacı, dilekçelerinde dava konusunu açıkça belirttiklerini, ihbarnamelerin dilekçeye eklenmemesinin davanın reddine sebep olmayacağını ileri sürerek kararın bozulmasını istemiştir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi: İsa AYDEMİR

Düşüncesi: Temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca 43,90 TL. maktu harç alınmasına, 23.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
S. Nilgün	Serap	Mehmet Ali	Hanifi	S . Ü m i t
AKPINAR	AKSOYLU	SAMUR	DOĞAN	AKSOY

Gönderen: Dr. Mustafa ALPASLAN

T.C.

DANIŞTAY

ÜÇÜNCÜ DAİRE

Esas No : 2010/5052

Karar No : 2012/3411

Özet: Hakkında yapılmış bir tarh ve tahakkuk işleminin dava konusu edilmeyerek bu işlemlere hazırlayıcı mahiyette olan ve ortaklık kazancı ile katma değer vergisi matrahlarının takdir komisyonu tarafından re'sen takdir edilmesini öngören inceleme raporunun dava konusu edilmesi, dava konusu edilen kısmının tek başına kesin ve yürütülmesi gerekir nitelikte bir işlem mahiyetinde değildir.

Temyiz Eden : Ortakları Bayraklı/İZMİR

Karşı Taraf : Vergi Dairesi Müdürlüğü - Bornova/İZMİR

İstemin Özeti : Davacılar tarafından, davalı idarece tanzim edilmiş olan 23.11.2009 tarih ve VDENR-2009-1182/41 sayılı inceleme raporunun 2.5 bölümünde yer alan "ortaklık kazancı ve katma değer vergisi matrahının takdir komisyonu tarafından re'sen takdir edilmesi gerektiğine ilişkin" kısımlarının iptali istemiyle dava açılmıştır. İzmir 2. Vergi Mahkemesi'nin 13.05.2009 gün ve E:2009/1899, K:2010/786 sayılı kararıyla; 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 14/3-d maddesinde; davaya konu işlemin idari davaya konu olacak ve kesin yürütülmesi gereken bir işlem olup olmadığı yönünden inceleneceği hükmüne yer verildikten sonra aynı Kanunun 15/1-b maddesinde de; davaya konu edilen işlemin kesin ve yürütülmesi gereken bir işlem olmaması halinde davanın reddine karar verileceğinin hükme bağlandığı, diğer taraftan, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 20'nci maddesinde; verginin tarhi, vergi alacağının kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak, bu alacağı miktar itibarıyla tespit eden idari muamele olduğu, 22'nci maddesinde; verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesi olduğu belirtilmekte olup, aynı Kanunun 134'üncü maddesinde ise; vergi incelemesinden maksat, ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak tespit etmek ve sağlamak olduğu hükmü-

ne yer verildiği, yukarıdaki yasal düzenlemelerden, vergi incelemesinin yapılacak vergi tahakkukuna hazırlayıcı mahiyette bir ön işlem olduğunun anlaşıldığı, bakılan davada, davacı tarafından, hakkında yapılmış bir tarh ve tahakkuk işleminin dava konusu edilmeyerek bu işlemlere hazırlayıcı mahiyette olan ve ortaklık kazancı ile katma değer vergisi matrahlarının takdir komisyonu tarafından re'sen takdir edilmesini öngören inceleme raporu dava konusu edildiğinden dava konusu edilen kısmının tek başına kesin ve yürütülmesi gerekir nitelikte bir işlem mahiyetinde olmadığı gerekçesiyle davayı incelenmeksizin reddetmiştir. Davacılar tarafından gerek şahsi gerekse adi ortaklık olarak menfaatlerinin muhtel olduğu, zaman aşımı iddiaları ve 5811 sayılı Varlık Barışı Kanunu hükümlerinden yararlandırılmadıklarından bahisle varlık barışı talebinin kabulüne karar verilmesi istemlerinin kararda karşılanmadığı, dava konusu edilen inceleme raporu ile zamanaşımı süresinin durdurulmasının amaçlandığı ve sonrasında takdir komisyonu kararına dayalı olarak yapılan tarhiyata karşı açılan davanın derdest olması nedeniyle bağlantı kararı verilmesi gerektiği ileri sürülerek kararın bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti: Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi: Nermin ZEĞEREK PÖGE

Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar vergi mahkemesi kararının bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmüştür.

Savcı: Sevil ÇAKMAK

Düşüncesi: İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizden incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49'uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen husular, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Üçüncü Dairesince işin gereği görüşülüp düşünüldü:

Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan Vergi Mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle Dairemizce de uygun görülmüş olup temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına, davacıdan 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (3) sayılı Tarife uyarınca 43,90 TL. harç alınmasına, 6.11.2012 gününde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
S. Nilgün	Serap	E.Fahrünnisa	Mehmet	Mehmet Ali
AKPINAR	AKSOYLU	TUNCA	SOLGUN	SAMUR

X. KARŞI OY

Dosyanın incelenmesinden, davalı idarece tanzim edilmiş olan 23.11.2009 tarih ve VDENR-2009-1182/41 sayılı inceleme raporunun 2.5 bölümünde yer alan "ortaklık kazancı ve katma değer vergisi matrahının takdir komisyonu tarafından re'sen takdir edilmesi gerektiğine ilişkin" kısımlarının iptali istemiyle davacı adi ortaklığı oluşturan kişilerce imzalanmış olan dilekçe ile açılan davanın vergi inceleme raporunun dava konusu edilen kısmının tek başına kesin ve yürütülmesi gerekir nitelikte bir işlem mahiyetinde olmadığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine ilişkin olarak verilmiş olan kararın yine davacı adi ortaklığı oluşturan kişilerce temyiz edildiği anlaşılmıştır.

2577 sayılı Kanunda, tarafların sübjektif ehliyetleri (menfaat ilişkileri) konusunda düzenleme öngörülmüş; objektif ehliyetleri konusunda ise, 31'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun ilgili düzenlemelerine göndermede bulunulmakla yetinilmiştir. Adı geçen Kanunun yerine yayımlanan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 50'nci maddesinde ise; medeni haklardan yararlanma ehliyetine sahip olanın davada taraf ehliyetine de sahip olduğu, 51'inci maddesinde de dava ehliyetinin medeni hakları kullanma ehliyetine göre belirleneceği açıklanmıştır.

Görüldüğü üzere, yargı yerlerinde dava ikame edilebilmesinin ilk koşulu, ikame edenin, medeni haklara sahip olması, ikinci koşulu da bu hakları kullanma ehliyetinin bulunmasıdır.

Türk Medeni Kanununda; gerçek kişilerde, hak ehliyetinin (kişiliğin), çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu; tüzel kişilerde ise, ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişiliğin kazanıldığı anda başlayacağı düzenlenmiş olup; bunun dışında, tüzel kişiliğin kazanıldığı ve hak ehliyetinin doğduğu başka bir durum mevcut değildir. Aynı şekilde, vergi kanunları karşısında mükellef sayılmak da, Medeni Kanunda, kişilik kazanılmasına olanak tanıyan bir durum olarak öngörülmemiştir.

6098 sayılı Borçlar Kanununun 620 ve devamı maddelerinde yer alan düzenlemelere göre tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın, medeni haklara sahip olma ve bu hakları kullanma ehliyeti olmadığından, yargı mercilerinde temyiz dahil yargılamanın hiçbir aşamasında taraf olmasına olanak yoktur. Görülen davada dava dilekçesinin ve Ortakları: a) b) olarak düzenlendiği ve her ikisi tarafından imzalanmış olmasına karşın Mahkemece kararın davacı ve Ortakları şeklinde verildiği görülmektedir. Aynı şekilde temyiz isteminde bulunan davacılar tarafından temyiz dilekçesinin yukarıda aktarılan şekilde düzenlenmiş olmasına karşılık kararda taraf bilgilerinin "..... ve Ortakları" yazılması nedeniyle temyiz isteminin incelenmeksizin reddi gerektiği oyuyla karara katılmıyorum.

Üye

E. Fahrünnisa TUNCA

Gönderen: Dr. Mustafa ALPASLAN

YARGI KARARLARI

HUKUK BÖLÜMÜ

T.C.
YARGITAY
Hukuk Genel Kurulu
Esas : 2012/9-838
Karar : 2012/715
Karar Tarihi : 17.10.2012

Özet: İşçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru değildir. Bu nedenle, talep konusu işçilik alacaklarının belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi gerekmektedir.

ÖZET: Dava, fazla mesai ücretinin ödenmemesi nedeni ile iş akdini haklı nedenle feshettiği iddiasıyla, işçi tarafından açılan kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti alacağının... TL'lik kısmının tahsili istemine ilişkindir. Dava konusu fazla mesai ve kıdem tazminatı istemi için talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğundan söz edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan yerel mahkemenin, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyması gerekirken, direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup; verilen kararın bozulması gerekmiştir.

(1475 S. K. m. 14) (4857 S. K. m. 8, 24, 25, 41, 67) (2004 S. K. m. 67) (6100 S. K. m. 107, 109, 114, 115, 119, Geç. m. 3) (6098 S. K. m. 75) (818 S. K. m. 46) (YHGK 02.04.2003 T. 2003/4-260 E. 2003/271 K.) (YHGK 14.07.2010 T. 2010/19-376 E. 2010/397 K.) (YHGK 05.05.2010 T. 2010/9-239 E. 2010/247 K.)

Dava: Taraflar arasındaki "kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti alacağı" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Konya 1. İş Mahkemesi'nce davanın reddine dair verilen 07.12.2011 gün ve 2011/945 E., 2011/592 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 27.02.2012 gün ve 2012/1756 E., 2012/5741 K. sayılı ilamı ile;

(...A) Davacı İsteminin Özeti: Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde 13.12.2005 tarihinden 02.08.2011 tarihine kadar hafta içi 08.30-18.30, hafta sonu Cumartesi günleri de 08.30-13.30 arası çalıştığını, haftalık 45 saati aşan çalışması olmasına rağmen fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini noterden gönderdiği ihtarname ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/II.e maddesi uyarınca haklı nedenle feshettiğini belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı olmak kaydı ile 200,00 TL kıdem tazminatının, 100,00 TL fazla çalışma ücretinin davalı işverenden tahsili amacı ile kısmi dava açmıştır.

B) Davalı Cevabının Özeti: Davalı vekili, davacının 01.08.2011 tarihinde ücretin azlığı nedeni ile çalışmak istemediğini ve ayrılacağını söylediğini, istifa dilekçesi yazması gerektiği belirtilmesi üzerine tazminatlarını alıp almayacağını araştıracağını beyan ederek işyerini terk ettiğini, devamsızlık yaptığını, iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile 03.08.2011 tarihinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II.g maddesi uyarınca haklı nedenle feshedildiğini, davacının yeni bir iş bulduğunu, kıdem tazminatına hak kazanmadığını, fazla mesai ücret alacağı da bulunmadığını, bir an için fazla mesai ücret alacağı olduğu kabul edilse bile 27.09.2006 tarihinden öncesinin zamanaşımına uğradığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti: Mahkemece ön inceleme aşamasında davacının çalıştığı süreyi ve ücretini bildiği, kullandırılmayan fazla çalışma süresini de bildiği, bu bilgiler doğrultusunda alacağının tamamını bildiği halde, HMK. 109/1 maddesi anlamında kısmi dava açtığı, aynı madde 2. fıkrasına göre alacak açıkça belli olduğundan kısmi dava açmasının mümkün olmadığı, HMK. 114/1-h maddesine göre hukuki yararın dava şartı olduğu, bunun yanında davacının talep sonucunu dava dilekçesinde HMK.'nın 119/1-ğ maddesine göre açıkça bildirmek başka ifade ile taleplerini somutlaştırmak zorunda olduğu, bu zorunluluğu yerine getirmeyen davacının dava açmakta hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceği gerekçesi ile HMK. 109/2 maddesine aykırı davanın usulden reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz: Karar davacı vekili tarafından "tazminata ve alacağı esas ücretin belirlenmesi gerektiği, ayrıca fazla mesaide hakkaniyet indirimi yapıldığı, hak arama özgürlüğünün kısıtlandığı, kısmi davanın belirsiz alacak davasına göre daha geniş kapsamlı olduğu, kararın hatalı olduğu gerekçesi ile temyiz edilmiştir.

E) Gerekçe: Uyuşmazlık davanın niteliği üzerinde toplanmaktadır.

Davacının aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan alacağının veya hakkının tümünü değil, belirli bir kısmını talep ederek açtığı davaya kısmî dava denir.

Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden (örneğin iş sözleşmesinden) doğmuş olması ve bu alacağın şimdilik bir kesiminin dava edilmesi gerekir (Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, Ankara, 2011, s. 286).

Kısmi dava 6100 sayılı HMK.'nın 109. maddesinde tanımlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasına göre "Talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmı da dava yoluyla ileri sürülebilir". İkinci fıkrasına göre ise "Talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmaz".

Belirtilen düzenleme karşısında kısmi dava açılabilmesi için;

1) Talep konusunun niteliği itibari ile bölünebilir olması,

2) Talep konusunun miktarının, taraflar arasında tartışmalı veya açıkça belirli olmaması gerekir.

Talep konusu taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirlenebilir ise kısmi dava açılmayacaktır. (Pekcanitez/Atalay/Özekes: Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara, 2011, s. 313).

Dava konusu edilen alacak, yargılama sırasında hesap raporu alınmasını gerektiriyor (Kuru/Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler. İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı, 2011/5, s. 13) veya miktar veya değerinin belirlenmesi yargılama sırasında başka bir olgunun tespit edilmesini gerektiriyor ise talep konusu alacağın tartışmalı veya açıkça belirlenemeyeceği kabul edilmeli ve kısmi dava olarak görülmelidir.

Keza alacak miktarı veya değerinin hakimın takdiri veya yasal nedenlerle indirim yapılarak belirlendiği durumlarda da alacak belirsizdir. Fazla mesai ve tatil çalışmalarının kayda dayanmadığı durumlarda Dairemiz istikrarlı olarak "hastalık, izin gibi nedenlerle çalışılmayacak günler olduğu düşünülerek" bu tür alacaklarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğini kabul etmektedir.

Diğer taraftan, işçilik tazminat ve alacakların belirlenmesinde ispat yükü dışında ilgili yasalarda hesabın unsurları olarak bazı kriterlere yer verilmiştir.

İşçilikte bu hesabın unsurlarında hizmet süresi ile işçinin aldığı gerçek ücret önemli kriterlerdir. Kıdem ve ihbar tazminatı giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer tazminat ve alacaklar çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Giydirilmiş ücrette, işçinin asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dahil edilmektedir. Keza yıllık izin ücreti dışında çalışma olgusuna bağlı diğer işçilik alacakları muaccel oldukları tarihteki ücret üzerinden hesaplanmaktadır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki tazminat ve alacakların belirlenmesine ilişkin kayıtlar ise genelde işveren tarafından tutulmaktadır. Dava konusu edilen alacağın (talep sonucunun) miktar olarak belirlenmesi, karşı tarafın vereceği (elindeki belgelerle) bilgi sonucu mümkün ise alacağın tartışmalı ve belirli olmadığı sonucuna varılmalıdır. (Kılıçoğlu, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, Legal Yayınevi, İstanbul, 2012 s: 582.)

4857 sayılı İş Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca, "günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur". Aynı kanunun 8/3 maddesine göre ise "Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür". Özellikle fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının belirlenmesi için işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi şarttır.

HMK.'nin 107/son maddesine göre ise "kısmi eda davasının açıldığı hâllerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir". Davacının kısmi dava açabilmesi için hukuki yararının olması şarttır. Buradan hareketle bir davanın kısmi dava olarak görülebilmesi için dava şartı olan davacının hukuki yararının bulunması gerekir.

Hukuki yarar, kanunun 114/h maddesi uyarınca dava şartı olarak kabul edilmiştir. Takip eden 115/2 maddedeki kurala göre ise "Mahke-

me, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar verir. Ancak, dava şartı noksanlığının giderilmesi mümkün ise bunun tamamlanması için kesin süre verir. Bu süre içinde dava şartı noksanlığı giderilmemişse davayı dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddeder”. Düzenleme gereğince, eksik olan bir dava şartı, belirli bir süre verilerek giderilebilecek ise, hakim tarafından eksikliğin giderilmesi için kesin süre verilmesi gerekir. Bu süre içinde dava şartı eksikliği tamamlanmaz ise dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddedilmelidir.

Diğer taraftan kanunun 119. maddesinde dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar sayılmış ve açık bir şekilde talep sonucunun da bulunacağı belirtilmiş ve maddenin ikinci fıkrasında ise talep sonucunun açık olmaması halinde hakimin davacıya talebini açıkça belirlemesi için süre vermesi gerektiği belirtilmiştir. Gerek 115 ve gerekse 119. maddelerde verilen kesin sürenin bir haftalık süre olacağı da belirtilmiştir.

Dosya içeriğine göre davacı vekili, davacı işçinin aldığı ücreti ve çalışma süresini, davacının iş sözleşmesini fazla çalışma ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile 4857 sayılı İş Kanunu’nun 24/II.e maddesi uyarınca feshettiğini ve kıdem tazminatı ile ödenmeyen fazla mesai ücret alacağının ödenmesi gerektiğini belirterek, fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak ve her bir talebine ilişkin miktar belirterek kısmi dava olarak davalı işverenden tahsiline karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı işveren davacının ücretine ilişkin bordro ve banka hesap ekstresi sunmuştur. Bordro ve hesap ekstresindeki ücretler farklılık göstermektedir.

Davacının istenilen alacağın türü ve hukuki niteliği belli olmasına rağmen, miktarını dava açarken tam olarak saptaması, belirlemesi olanaklı olmayabilir. Hesap raporu alınmasını, yargılama yapılmasını gerektiren bu durumda davacı fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak kısmi dava yoluna başvurabilir. Kısmi dava olarak açılan bu davada yargılama sırasında belirlenen bakiye alacağı için davalının muvafakat etmemesi halinde, ek dava yolu ile ayrı bir davada isteyebileceği gibi aynı davada ıslah sureti ile dava ettiği miktarları arttırarak talepte bulunabilir.

Kısmi dava olarak açıldığı uyuşmazlık dışı olan davada yukarıda belirtilen somut maddi ve hukuki olgulara göre;

1. Dava konusu edilen kıdem tazminatı ve fazla mesai ücret alacağına esas ücret taraflar arasında uyuşmazlık konusudur. Diğer taraftan fazla mesai ücretinin belirlenmesine esas kayıtlar sunulmadığı gibi, davalı işveren İş Kanunu'nun 8 ve 67. maddesindeki yükümlülüklerini de yerine getirdiğini savunmamıştır. İş davalarına yansıyan yönüyle işçi ve işveren arasında en temel uyuşmazlık temel ücretin belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay uygulamasına göre işçinin iddia ettiği temel ücret miktarı işverence kabul edilmediğinde meslek kuruluşlarından olası (adet-em-sal olan) ücret yönünden araştırmaya gidilmekte ve çoğunlukla meslek odasının bildirdiği ücret hesaplamaya esas alınmaktadır. Bu ihtimalde işçi iddia ettiği ücreti kanıtlayamamış olmaktadır. Zira ücretle ilgili tüm deliller işveren uhdesindedir ve işçinin çoğu kez bu delillere ulaşmasına imkan tanınmamaktadır. Bu yönüyle temel ücretin tespitindeki ve ispatındaki ülkemize has güçlükler sebebiyle kısmi davanın açılmasında işçinin hukuki menfaatinin olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca kıdem tazminatı giydirilmiş ücretten, fazla mesai alacağı da muaccel olduğu tarihteki ücret üzerinden hesaplanacak, fazla mesai alacağı kayda dayanmadığı takdirde indirime tabi tutulacaktır.

Tazminat ve alacaklar tartışmalı ve açıkça belirli değildir. Yargılama sırasında hesap raporu alınmasını, tazminat ve alacağı esas ücretin tespit edilmesini gerektirmektedir. Kısmi dava açılmasında yasanın aradığı unsurlar ve hukuki yarar şartı gerçekleştiğinden davanın görülmesi gerekir. Aksi gerekçe ile davanın usulden doğru değildir.

2. Kabule göre ise;

a) Dava dilekçesinde talep sonucu açıkça belli olduğundan, mahkemenin "davacının talep sonucunu dava dilekçesinde HMK.'un 119/1-ğ maddesine göre açıkça bildirmek başka ifade ile taleplerini somutlaştırmak zorunda olduğu, bu zorunluluğu yerine getirmeyen davacının dava açmakta hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceği" gerekçesi yerinde değildir. Kaldı ki talep sonucunun açık olmadığı kabul edilse dahi 119/2 maddesi uyarınca dava dilekçesindeki bu eksikliğin tamamlanması için süre verilmesi gerekirken bu kurala da uyulmamıştır.

b) Diğer taraftan mahkemece dava konusu alacağın belli olduğu, kısmi dava açılmasında davacının hukuki yararının olmadığı kabul edilmiştir.

Dava şartı olan hukuki yarar şartı tamamlanması gereken şartlardandır. Bu kabule göre ise yine davacı vekiline davasını tam dava olarak devam etmesi ve dava şartı olan hukuki yarar şartında eksikliği gidermesi için HMK.'un 115/2 maddesi uyarınca bir haftalık kesin süre verilmesi gerekirken Mahkemece kesin süre verilmeden yazılı şekilde davanın usulden reddi de isabetsizdir...)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Karar: Dava, fazla mesai ücretinin ödenmemesi nedeni ile iş akdini haklı nedenle feshettiği iddiasıyla, işçi tarafından açılan kıdem tazminatı ve fazla mesai ücreti alacağının 300,00 TL.'lik kısmının tahsili istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkilinin, davalıya ait işyerinde 13.12.2005 tarihinden 02.08.2011 tarihine kadar hafta içi 08.30-18.30, hafta sonu cumartesi günleri de 08.30-13.30 arası çalıştığını, haftalık 45 saati aşan çalışması olmasına rağmen fazla mesai ücretlerinin ödenmediğini, fazla mesai ücretlerinin ödenmemesi nedeni ile iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı olmak kaydı ile 200,00 TL kıdem tazminatının, 100,00 TL fazla çalışma ücretinin davalı işverenden tahsilini istemiştir.

Davalı vekili, davacının iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile 03.08.2011 tarihinde haklı nedenle feshedildiğini, davacının yeni bir iş bulduğunu, kıdem tazminatına hak kazanmadığını, fazla mesai ücret alacağı da bulunmadığını, bir an için fazla mesai ücret alacağı olduğu kabul edilse bile 27.09.2006 tarihinden öncesinin zamanaşımına uğradığını, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Yerel Mahkemece, ön inceleme aşamasında dilekçe üzerinde yapılan inceleme sonucu, davacının çalıştığı süreyi ve ücretini bildiği, fazla çalışma süresini de bildiği, bu bilgiler doğrultusunda alacağının tamamını bildiği halde, HMK. 109/1 maddesi anlamında kısmi dava açtığı, aynı madde 2. fıkrasına göre alacak açıkça belli olduğundan kısmi dava açmasının mümkün olmadığı, HMK.114/1-h maddesine göre hukuki

yarar dava şartı olduğu, bunun yanında davacı talep sonucunu dava dilekçesinde HMK. nın 119/1-ğ maddesine göre açıkça bildirmek başka ifade ile taleplerini somutlaştırmak zorunda olduğu, bu zorunluluğu yerine getirmeyen davacının dava açmakta hukuki yararının varlığından söz edilemeyeceği, gerekçesiyle HMK. 109/2 maddesine aykırı olarak açılan davanın usulden reddine karar verilmiştir.

Özel Dairece, hüküm yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hükümü temyize davacı vekili getirmiştir.

Davanın, kısmi dava ve dava konusu alacağın bölünebilir alacak olduğu uyuşmazlık konusu değildir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; somut olayda davaya konu olan kıdem tazminatı ve fazla mesai ücretine ilişkin alacak miktarının " taraflar arasında tartışmasız ve açıkça belli" olup olmadığı, varılacak sonuca göre de bu alacaklara ilişkin olarak HMK'nın 109. maddesine göre kısmi dava açılmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle kısmi davanın hukuki niteliğinden bahsetmekte yarar bulunmaktadır.

Alacağın yalnızca bir bölümü için açılan davaya kısmi dava denir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için, alacağın tümünün aynı hukuki ilişkiden doğmuş olması ve alacağın şimdilik belirli bir kesiminin dava edilmesi gerekir. Diğer bir söyleyişle, bir alacak hakkında daha fazla bir miktar için tam dava açma imkânı bulunmasına rağmen, alacağın bir kesimi için açılan davaya, kısmi dava denir. Kısmi dava açılabilmesi için talep konusunun bölünebilir olması gerekli olup, açılan davanın kısmi dava olduğunun dava dilekçesinde açıkça yazılması gerekmez. Dava dilekçesindeki açıklamalardan davacının alacağının daha fazla olduğu ve istem bölümünde "fazlaya ilişkin haklarını saklı tutması" ya da "alacağın şimdilik şu kadarını dava ediyorum" demesi, kural olarak yeterlidir (Yargıtay HGK 02.04.2003 gün ve 2003/4-260 Esas 271 K. sayılı ilamı; Pekcanitez H./Atalay M./Özekes M.; Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, s. 320; Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 22. Bası, s.286).

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça kısmi dava düzenlenmediği halde, söz konusu Kanunun yürürlükte olduğu dönemde de kısmi dava açılması mümkün bulunmaktaydı. Çünkü alacak hakkının bir bölümünün dava edilip geriye kalan kısmının ikinci bir dava ile istenmesini engelleyen bir hüküm bulunmamaktaydı. Kısmi dava, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinde ise, ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında; talep konusunun niteliği itibarıyla bölünebilir olduğu durumlarda, sadece bir kısmının da dava yoluyla ileri sürülebileceği; İkinci fıkrasında ise; talep konusunun miktarı, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli ise kısmi dava açılmayacağı belirtilmiştir.

Bu durumda; davadaki talep konusunun miktarı taraflar arasında "tartışmasız" ise veya taraflar arasında miktar veya parasal tutar bakımından bir tartışma olmakla beraber, tarafların anlaşmasına gerek kalmaksızın, objektif olarak talep konusunun miktarı herkes tarafından anlaşılabilir şekilde "belirli" ise o talep konusunun sadece bir kısmı dava edilemeyecektir. Örneğin satım sözleşmesinde alıcının ödemesi gereken bedel, sözleşmede tereddüde yer bırakmayacak biçimde, açıkça yazılı ise kısmi dava caiz değildir.(Pekcanitez H./Atalay M./Özekes M, age s.328; Kuru/Arslan/Yılmaz, age s.286).

Doktrinde; talep konusunun miktarının, tarafların anlaşmasına gerek kalmaksızın objektif olarak belirlenebilmesinde, İİK m. 67 hükmünde öngörülen icra inkâr tazminatına ilişkin "likit alacak" kavramının yol gösterici olabileceği ileri sürülmüştür.(Kuru/Budak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 85, Sayı, 2011/5, s. 11; Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 s.737 vd.).

Genel bir kavram olarak "likid (ligiude) alacak"; "tutarı belli (muayyen), bilinebilir, hesaplanabilir olacaktır" Likit bir alacaktan söz edilebilmesi için; ya alacağın gerçek miktarının belli ve sabit olması ya da borçlusu tarafından belirlenebilmesi için bütün unsurların bilinmesi veya bilinmesinin gerekmekte olması; böylece, borçlunun borç tutarını tahkik ve tayin etmesinin mümkün bulunması; başka bir ifadeyle, borçlunun yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilecek durumda olması gerekir. Bu koşullar yoksa, likit bir alacaktan söz edilemez (YHGK 14.07.2010 gün ve 2010/19-376 Esas 397 K.sayıli ilamı).

Likit alacak bakımından aranan "borçlunun, talep edilen alacağı veya alacağın bütün unsurlarını bilmesi veya bilmek (kolayca hesap edebilmek) durumunda olması; bu bağlamda alacağın miktarının belirlenmesi için tarafların ayrıca mutabakata varmasına (anlaşmasına) veya mahkemenin tayin edeceği bilirkişi eliyle bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaması, diğer bir anlatımla borçlunun, yalnız başına ne kadar borçlu olduğunu tespit edebilir durumda olması" ölçütü bir çok tartışmayı sona erdirmekle beraber, bir davada bilirkişi incelemesine gidilmesinin, alacağın likit olup olmadığı ile ilgili başlı başına bir kıstas olarak kabul edilmesi de doğru değildir. Çünkü mahkeme uygulamasında "hesap işi", çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerden olduğundan borçlunun, kendi başına hesaplayabilecek durumda olduğu asıl alacak ve temerrüt faizine itiraz etmesi halinde, mahkemenin, alacaklının alacağının miktarını, bizzat tespit etmeyip bilirkişi vasıtasıyla belirleneceğinden, likit olan bir alacağın sırf bilirkişi incelemesi yapıldığı gerekçesi ile likit sayılmaması doğru olmayacaktır (Yılmaz, age s. 737, 740).

Doktrinde, talep konusunun belirlenmesinin imkânsız olduğu durumlara örnek olarak: Biyolojik nedenlere bağlı imkânsızlık hali (ağır yaralanan kişinin tedavisi sonuçlanmadan zararının belirlenmesinin mümkün olmaması; TBK. 75, mülga BK 46/2 maddeleri gibi) ; hukuki anlamda imkânsızlık hali (davacının talep sonucunu belirleyebilmesi için gereken bilgilerin üçüncü kişi veya davalının bünyesinde olması, hakimın takdir yetkisinin bulunduğu gibi durumlar); subjektif imkânsızlık hali (kullanılmış bir aracın kısmen zarar görmüş olması durumunda araç değerindeki azalmanın tespit hali gibi) hususlar gösterilmektedir. (Pekcanıtez: Belirsiz Alacak Davası, Ankara, 2011, s. 43,44)

Sonuç olarak; işçilik alacaklarının özelliği de dikkate alınarak, bu alacaklarda, talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğunu söylemek mutlak olarak doğru olmadığı gibi, aksinin kabulü de doğru değildir. Bu nedenle, talep konusu işçilik alacakları belirli olup olmadığının somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi ve sonuca gidilmesi daha doğru olacaktır.

Kıdem tazminatı alacağı ve fazla mesai ücreti alacağının hesaplanmasında, hizmet süresi ile işçinin aldığı gerçek ücret önemli kriterlerdir. Kıdem tazminatı, giydirilmiş ücretten hesaplanırken, diğer işçilik alacakları çıplak ücretten hesaplanmaktadır. Giydirilmiş ücrete, işçinin

asıl ücretine ek olarak sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler de dahil edilmektedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 67. maddesi uyarınca, "Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçilere duyurulur". Aynı Kanunun 8/3 maddesinde de: "Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür." hükmüne yer verilmiş olup, özellikle fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının belirlenmesi için işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi şarttır.

Uyuşmazlığa konu fazla mesai ücreti alacağı ve kıdem tazminatı alacağı istemleri yönünden yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, gerçek fazla mesai ücretine ulaşmak için kesin delillerle fazla mesai süresinin ispatlanamadığı durumlarda, takdiri delillerle belirlenen süreden bir miktar sürenin indirilmesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay HGK 05.05.2010 gün ve 2010/9-239 Esas 247 K. sayılı ilamı). Ayrıca somut olayda, davacı vekili dava dilekçesinde, müvekkilinin aldığı ücretin ne olduğu konusunda bir açıklamada bulunmamış, keza davalı vekili de cevap dilekçesinde ücret ile ilgili açıklayıcı bir beyanda bulunmamıştır. Dosya içerisinde bulunan davacının 2011 yılı 7. aya ait ücret bordrosunda 30 günlük ücretinin 860,35 TL olduğu halde, banka hesap ekstresinde davacıya 05.07.2011 tarihinde 408,00 TL, 19.07.2011 tarihinde 250,00 TL olmak üzere 2011 yılı 7. ayında 658,00 TL ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. Davacının ücreti ile ilgili iş yeri ücret bordroları ile banka hesap ekstresi farklılık gösterdiği gibi işverenin, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 8/3 maddesi uyarınca işverene yüklenen yükümlülükleri yerine getirdiğini gösterir bir delil de davalı tarafça dosyaya sunulmamıştır.

Somut olayda, tüm bu açıklamalar dikkate alındığında dava konusu fazla mesai ve kıdem tazminatı istemi için de HMK m.109/2 anlamında talep konusunun miktarının taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belirli olduğundan söz edilmesi mümkün değildir. Bu bakımdan Yerel

Mahkemenin, Hukuk Genel Kurulu çoğunluğunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyması gerekirken, direnme kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olup; verilen kararın bozulması gerekmiştir.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının açıklanan değişik gerekçe ve nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulanmakta olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun m. 8/3. hükmü uyarınca karar düzeltme yolu kapalı olmak üzere, 17.10.2012 gününde oyçokluğu ile karar verilmiştir.

Kesin Borç İpoteği/, Üst Sınır (Maksimal) İpotek Ayrımı / İpotekli Alacak Çeşitlerinde Faiz ve Fer'iler/ İpotek Takibinde İcra Emri, Ödeme Emri

T.C.

YARGITAY

Hukuk Genel Kurulu

Esas : 2011/12-778

Karar : 2012/94

Özet: TMK'nın 875. maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan toplam borç miktarı, bu tür ipotekte tarafların ipotek tesis edilirken rızaları ile tespit edilen bu limiti aşması mümkün değildir. Bu özellik üst sınır ipoteğini kesin borç ipoteğinden ayıran en önemli unsurdur. Zira kesin borç ipoteğinde ipotek akit tablosunda belirtilen ana alacaktan başka TMK'nın 875. maddesi uyarınca takip giderleri ile faiz ve diğer ferileri de teminat kapsamına girmektedir.

Üst sınır ipoteğindeki bu ana ilke başlangıçta belirli olmayan bir borca giren ve taşınmazında alacaklı lehine ipotek tesis ettiren borçlu veya borçlu lehine ipotek veren üçüncü kişiler bakımından önem taşıdığı gibi, tapu sicilinde kayıtlı ipotek limitine itibar ederek aynı taşınmazda alacakları için ipotek tesis ettirecek üçüncü kişiler yönünden de tapu sicilindeki kayda itibar edilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi : İzmir 5. İcra Hukuk Mahkemesi
Tarihi : 08/03/2011
Numarası : 2011/85-2011/1252
Davacı :
Davalılar :

Taraflar arasında "şikayet" kanun yolundan dolayı yapılan yargılama sonunda; İzmir 5. İcra Hukuk Mahkemesi'nce şikayetin kısmen kabulüne dair verilen 13.04.2010 gün ve 2005/444 E., 2010/538 K. sayılı kararın incelenmesi karşı taraf/alacaklılardan "....." vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi'nin 16.12.2010 gün ve 2010/18045-30381 sayılı ilamı ile;

("...Şikayete konu 3.11.1999 tarihinde ilk takibin düşmesi üzerine alacaklı banka ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip başlatmıştır.

Takip dayanağı ipotek akit tablosunun incelenmesinde ipoteğin kesin borç ipoteği niteliğinde kurulduğu aylık faiz oranlarının belirtildiği görülmüştür.

Nitekim 1994 yılında yapılan takip nedeniyle borçlu tarafça İzmir Asliye Ticaret Mahkemesi'ne yaptığı sözleşmenin uygulanmasına ilişkin başvuru sonucunda da 25.11.1999 tarihli ilamla borç belirlenmiştir.

Mahkemece itirazın açıklanan ilam ve ipotek doğrultusunda değerlendirilerek oluşacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken ipotek nevi ve tarihi nazara alınmaksızın somut olaya uygun düşmeyen gerekçelerle bilirkişi raporundan ayrılarak yazılı şekilde sonuca gidilmesi isabetsizdir...")

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

TEMYİZ EDEN: Karşı taraf/alacaklılardan vekili

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

İstek, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, icra müdürlüğü işlemini şikayete ilişkindir.

Şikayetçi/borçlu vekili, alacaklı banka tarafından ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılmış ise de hesap kat ihtarının usulünce tebliğ edilmediği, muacceliyet şartı bu nedenle gerçekleşmemiş olmakla takip başlatılamayacağı gibi ipotek limitini aşar şekilde yapılan takibin usulsüz olduğu, faize faiz yürütülemeyeceği, fahiş oranda faiz istendiği, 16.02.2001 tarihi itibarıyla istenen alacak miktarının gerçeğe uygun olmadığını, ifadeyle takibin iptalini istemiştir.

Karşı taraf/alacaklı vekili, şikayetçi borçlunun bankalarından konut destek kredisi kullanıp, ipoteğin kesin borç ipoteği olduğunu, borçlunun açtığı uyarılama davasında borcun taksitler halinde ödenmesine karar verilmesine karşın, ödemeleri yapmayarak temerrüde düştüğünü, bu nedenle borcun muaccel hale geldiğini, faize yapılan itirazın da yerinde olmadığını, ifadeyle şikayetin reddini savunmuştur.

Yerel Mahkeme'nin ilk kararı kısa ve gerekçeli kararın birbirinden farklı ve çelişkili oluşturulması nedeniyle bozulmuş; bu usuli bozmayaya uyularak verilen ikinci kararda ise, takibin ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılmış olduğu, ipotek sözleşmesinde haricen yapılacak kredi sözleşmesine açık atıfta bulunulmadığı, kredi sözleşmesi ve uyarılama kararının ayrı bir takip konusu yapılması gerektiği, icra takip tarihi itibarıyla karz ipoteğinde belirtilen anlaşma koşulları dikkate alınarak yapılan hesaplama sonucu toplam borç miktarının 16.118,78 TL olduğunun anlaşıldığı, ancak şikayet dilekçesinde takip tarihi itibarıyla borcun 23.156,69 TL olduğunun kabul edildiği gerekçesiyle ve kabulle bağlılık ilkesi de nazara alınarak toplam alacağın, kabul edilen miktar üzerinden düzeltilmesine karar verilmiştir.

Özel Dairece, yukarıda başlık bölümünde belirtilen gerekçelerle hükmün bozulmasına karar verilmiş; mahkemece, önceki kararda dirlenilmekle, hükmü temyize karşı taraf/alacaklı vekili getirmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlık; ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla başlatılan takibin dayanağı kredi sözleşmesinin uyarlanmasına ilişkin mahkeme kararı ile belirlenen miktarın ve ipoteğin eldeki şikayetin çözümünde gözetilmesinin gerekip gerekmediği noktasında toplanmaktadır.

Uyuşmazlık çözümü bakımından konuyla ilgili yasal düzenlemelere değinilmesinde yarar vardır:

Öncelikle, ipotek kavramı üzerinde durulması ve kesin borç (anapara) ipoteği ile üst limit (maksimal) ipoteği arasındaki ayrımın ortaya konulması gerekmektedir.

İpotek ile sağlanan amaç alacağa teminat sağlamaktadır. İpotek, rehni verenle alacaklı arasında yapılacak resmi senede dayanır. Rehin hakkı, ayni hak olarak bu senede dayanılarak tapu kütüğüne yapılacak tescille doğar. Doğmuş bir alacağı teminat altına almak için kurulan ipotek kesin borç ipoteğidir. İlerde doğacak ve doğması muhtemel alacaklar için kurulan ipotek ise üst limit ipoteğidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK)'nın 881/1. maddesi hükmüne göre; "Halen mevcut olan veya henüz doğmamış olmakla beraber doğması kesin veya olası bulunan herhangi bir alacak, ipotekle güvence altına alınabilir." Aynı kanunun 851/1. maddesi gereğince, "Taşınmaz rehni, miktarı Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilir. Alacağın miktarının belli olmaması halinde, alacaklının bütün istemlerini karşılayacak şekilde taşınmazın güvence altına alacağı üst sınır taraflarca belirtilir."

Kesin borç ve üst sınır ipoteği ayrımı, ipotekle alacak arasındaki ilişkinin yoğunluğu esas alınmak suretiyle yapılmıştır. İpotek tesis edilirken alacağın miktarının belirli ve borcun mevcut olması kaydıyla ipotek miktarı dışında faiz ve takip giderlerinin de rehin teminatından yararlanacağının öngörülmüş olması halinde, tarafların anapara ipoteği kurmak istedikleri kabul edilebilir. Rehin sözleşmesinde ipoteğin alacağa bağlı olarak limitli tesis edildiği hallerde üst sınır ipoteği olduğu kabul edilmelidir. İpoteğin kesin borç veya üst sınır olması yapılacak takibin türü bakımından önem taşımaktadır.

Kesin borç ipoteğinde temel ilişkiden (borç ilişkisinden) doğan bir alacak teminat altına alınmaktadır. Temel borç ilişkisinin geçersiz

olması nedeniyle alacak doğmamışsa yapılan tesci görünürde alacaklı lehine bir rehin hakkı doğurmaz. Rehin sözleşmesinde temel borç ilişkisinin gösterilmesi geçerlilik şartı olmamakla beraber hangi alacak için rehin kurulduğunun ispatını kolaylaştırır. Paraya çevirme anında geçerli bir alacağın varlığı rehin hakkının kullanılması için zorunludur. Alacak mevcut değilse, tescil edilmiş ipotek alacaklı için güvence oluşturulmaz. Bu halde hakkın kullanılmasında ipoteğin alacağa bağlılığı mutlaklıdır.

Üst sınır ipoteği, ileride doğacak veya doğması muhtemel olan bir alacağın teminatı olarak tesis edildiği için bu belirsizliğin ileride getireceği sorunları önlemek amacıyla taşınmazın bu belirsiz borca azami ne miktar için teminat teşkil edeceği ipotek akit tablosunda bir limitle belirlenir. İşte bu nedenledir ki ileride vücut bulacak ana borç ile buna eklenecek faiz, icra takip giderleri ile yanlarca kararlaştırılan diğer ferileri, yani THK'nun 875. maddesinde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan toplam borç miktarı, bu tür ipotekte tarafların ipotek tesis edilirken rızaları ile tespit edilen bu limiti aşması mümkün değildir. Bu özellik üst sınır ipoteğini kesin borç ipoteğinden ayıran önemli bir unsur olmaktadır. Zira, kesin borç ipoteğinde ipotek akit tablosunda belirtilen ana alaktan başka TMK'nın 875. maddesi uyarınca takip giderleri ile faiz ve diğer ferileri de teminat kapsamına girmektedir. Üst sınır ipoteğindeki bu ana ilke başlangıçta belirli olmayan bir borca giren ve taşınmazında alacaklı lehine ipotek tesis ettiren borçlu veya borçlu lehine ipotek veren üçüncü kişiler bakımından önem taşıdığı gibi tapu sicilinde kayıtlı ipotek limitine itibar ederek aynı taşınmazda alacakları için ipotek tesis ettirecek üçüncü kişiler yönünden de tapu sicilindeki kayda itibar edilmesi bakımından büyük bir önem taşımaktadır. (YHGK'nın 24.05.1989 gün ve 1989/11-294., 1989/378 K. sayılı ilamında aynı hususlar vurgulanmıştır.)

Hemen burada, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin yasal düzenlemeler ve taşıdığı özelliklerin belirtilmesinde yarar bulunmaktadır:

Borç ödenmediğinde alacaklı rehni paraya çevirerek alacağını elde eder. 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK'nın) Rehnin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip başlıklı Beşinci Babı'nda yeralan ipoteğin paraya çevrilmesi Kanun'un (148-150d) maddeleri arasında düzenlenmekte, ilamlı takip (149-149a,150.), ilamsız takip (149b-150a) maddelerinde yer almaktadır.

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte kesin borç ipoteğine dayanılmış ise; eş söyleyişle, doğmuş bir alacağın temini için düzenlenen ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız bir para borcuna ihtiva ediyorsa başvurulacak yol, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamlı takiptir ve bu durumda 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun (İİK'nun) 149. maddesi gereği borçluya ve taşınmaz sahibi üçüncü şahsa birer icra emri gönderilir. Aynı kanunun 149/a maddesine göre, ilamların icrasına ilişkin aynı kanunun 33/1, 2, 3. maddeleri hükmünce, icranın durdurulması kararı alınmazsa da taşınmaz satılır. Nitekim bu husus, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun "İcra emri" başlığı taşıyan 149. maddesine;

"İcra memuru, ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarına ihtiva ettiğini ve alacağın muaccel olduğunu anlarsa, borçluya ve taşınmaz üçüncü şahıs tarafından rehnedilmiş veya taşınmazın mülkiyet üçüncü şahsa geçmişse ayrıca bunlara birer icra emri emri gönderir.

Bu icra emrinde borcun otuz gün içinde ödenmesi ve bu müddet içinde borç ödenmez ve icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasına dair bir karar getirilmezse, alacaklının taşınmazın satışını isteyebileceği bildirilir." şeklinde düzenlenmiştir.

Buna karşılık, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte üst sınır ipoteğine dayanılmışsa, kredi sözleşmesi-cari hesap ilişkisi nedeniyle hesap özeti-ihbarname tebliğ edilip edilmemesine göre uygulama yapılarak;

Buna karşılık, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte üst sınır ipoteğine dayanılmışsa, kredi sözleşmesi-cari hesap ilişkisi nedeniyle hesap özeti-ihtarname tebliğ edilip edilmemesine göre uygulama yapılarak;

a) Kredi sözleşmesi-cari hesap ilişkisi nedeniyle hesap özeti-ihtarname tebliğ edilmiş ise; İİK'nın 150/1 maddesine göre yukarıda açıklanan şekilde İcra emri gönderilmeli; şikayet vukuunda icra mahkemesince, ihtarnameye 8 gün içinde itiraz edilmesi halinde krediyi kullandıran tarafın alacağını İİK 68/b kapsamında diğer belgelerle ispatlanması halinde şikayet reddedilmeli; eğer ihtarnameye 8 gün içinde itiraz edilmişse de İİK'nın 149. maddesine göre ilamlı takibe ilişkin işlem yapılarak ve İİK 149/a maddesi göndermesi ile ilamların icrasına ilişkin

İİK'nın 33/1, 2, 3. maddeleri hükmü uygulanmalı; icranın durdurulması kararı alınmazsa da taşınmaz satılmalıdır.

b) Kredi sözleşmesi-cari hesap ilişkisi nedeniyle hesap özeti-ihtarname tebliğ edilmemiş ise; bu durumda ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamsız takip yoluna başvurulmalı; borçluya İİK 149/b maddesine göre ödeme emri gönderilmelidir.

Bütün bu hususlar yasal düzenlemeler ve öğretide de kabul edilip, savunulmaktadır. (Bkz. C. Weland, İsmail Hakkı Tercümesi, Kanunu Medenide Ayni Haklar, İsviçre MK. 794. madde Şerhi; Ord. Prof. Dr. F. H. Saymen-Prof. Dr. M. Kelbir, Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul, 1963 sh. 533; Prof. Dr. B. Davran, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul, 1972, sh. 23; Prof. Dr. J. Akipek, Türk Eşya Hukuku, 3. Kitap, Ankara-1972, sh. 193; Prof. Dr. KT. Gürsoy, Prof. Dr. F. Eren, Prof. Dr. E. Cansel, Türk Eşya Hukuku, Ankara-1978, sh. 1028 vd.; Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman-Prof. dr. Ö. Selici, Eşya Hukuku 3. bası, İstanbul-1982, sh. 894; Prof. Dr. Bülent Köprülü, Dr. S. Kaneti, Sınırlı Ayni Haklar, 2. bası, İstanbul, 1893, sh. 288. Yücel Tunç Müjgan, Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi, Levha, İstanbul, 2010, s:156, Oğuzman, Selici, Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s:728-729. Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuk El Kitabı, Türkmen Yayınevi 2004, s:863, Budak A. Cem, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2008, s.92 Aybay-Hatemi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 s:275 vd).

Bu genel açıklamaların ışığında somut olaya dönüldüğünde;

Karşı taraf-alacaklı banka tarafından 13.04.1993 tarihli Destek Kredi Sözleşmesi ile kredi müşterisi şikayetçi borçluya 150.000 Amerikan Doları (1.423.650.000 TL) limitli bir destek kredisi açılması, krediyi taşınmaz mal rehni karşılığı kullanılabileceği, müşteri, bankanın yazılı onayını almadan bankaya iş bu krediden doğmuş ve doğacak borçlarının teminatını teşkil etmek üzere ipotek ettiği gayrimenkulünü satarsa bankanın tüm alacağının muaccel kılma hakkına sahip olacağı kararlaştırılmıştır.

Şikayetçi-borçlu tarafından kredi taksitlerinin zamanında ödenmemesi üzerine başlatılan takip nedeniyle karşı taraf alacaklı banka aleyhine açılan sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin dava sonucu İzmir 3. As-

liye Ticaret Mahkemesi ‘nin 25.11.1999 gün ve 1997/1965-1999/1026 K sayılı kararı ile; 17.06.1994 tarihli dava dilekçesinde, şikayetçinin, karşı taraf bankadan 09.04.1993 tarihinde dövize endeksli kredi sözleşmesi ile 150.000 ABD Doları kredi kullandığını, dolardaki ani yükselmeler nedeniyle sözleşmenin uyarlanması, birleşen davada ise icra takip tarihi itibarıyla belirtilen miktarda borçlu olmadığına tespitine karar verilmesini istediği belirtilerek, sözleşmenin uyarlanmasına, 09.04.1993 tarihli dövize endeksli konut kredisi sözleşmesinden doğan şikayetçi borcunun bilirkişi raporunda belirtilen miktarda olduğunun tespiti ile şikayetçi borcunun 06.10.1999 tarihinden başlamak suretiyle aylık 1.476.777.196 TL tutarındaki taksitler halinde ve toplam 51 taksitte ödenmesine, sözleşmenin uyarlanmasına karar verildiğinden menfi tespit istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Şikayetçi borçlu tarafından kredinin teminatı olarak 13.04.1993 tarih ve 2524 yevmiye nolu ipotek belgesi ile 1046 ada 9 parselde 198,50 m2 yüzölçümlü altında dükkanı olan kargir evin tamamı borçlu-şikayetçi adına kayıtlı iken malik bu kerre tamamını 1.430.460.000 TL bedelle banka lehine ipotek edeceği 1. Maddesi ile işyeri destek kredisi nedeniyle 12.04.1993 tarihi itibarıyla anapara taksitlerini (faiz ve teferruatı ayrıca hesaplanıp ilave edilmek kaydıyla) aşağıda belirtilen vade miktarlarda ödeyeceği, 10.11.1997 tarihinde 185.444.974 TL; 10.12.1997 tarihinde 203.970.927 TL; 10.01.1998 tarihinde 224.347.623 TL; 10.02.1998 tarihinde 246.759.951 TL; 10.03.1998 tarihinde 271.411.270 TL; 10.04.1998 tarihinde 298.525.255 TL, bankaya borçlu olduğu 1.430.460.000 TL anapara borcuna borçlanma tarihinden itibaren aylık %9 oranında faiz tahakkuk ettirilmesini, faiz, vergi ve fon ilave edilerek 10.05.1993 tarihinden başlamak üzere borcun tamamen tasfiye oluncaya kadar müteakip ayın 10.unda aylık anapara faizi olarak ödemeyi kabul ve taahhüt edeceği, bu nedenle maliki bulunduğu ve bütün vasıfları bu resmi senedin arka sayfasında özel sütunda yazılı taşınmazını banka lehine anapara 1.430.460.000 TL borç tamamen tasfiye edilinceye kadar aylık %9 faiz ve ferileri ile sözleşmeden doğacak sair borçların teminatını teşkil etmek üzere birinci derecede ve serbest dereceden istifade etmek kaydıyla ipotek ettiği, belirtilen anapara taksitlerinden veya aylık olarak hesaplanacak ferilerinden herhangi birini gününde ve tam olarak ödemediği takdirde hiç bir ihbar yapılmasına gerek olmaksızın bakiye borcun kendiliğinden muaccel olacağını ve bu

sebeple anapara ve faizlerinin fon ve gider vergisi ile birlikte derhal nakden ödenmediği takdirde borca muacelliyyet tarihinden itibaren bu krediye uygulanan aylık akdi faizin senelik karşılığının %50'sinden az olmamak kaydıyla bankanın kısa vadeli ticari kredi faiz oranının %50 fazlası kadar temerrüt faizi, faizin yasal oranda KKDF ve gider vergisi hesaplanması ve bu yüzden yapılacak her türlü masraflarla %10 oranında avukatlık ücreti ödemeyi kabul ve taahhüt edeceği, 9. Maddesi ile, bu resmi senette hüküm bulunmayan hallerde ipoteğin temin ettiği krediye ilişkin ilgisince imzalanmış olan işyeri destek kredisi sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasını aynen kabul ettiğini beyan ve taahhüt edeceğini belirtmiştir.

Alacaklı karşı taraf banka tarafından uyarılma davası sonucu belirlenen taksit miktarının ihtara rağmen süresi içinde ödenmemesi üzerine; 23.02.2001 tarihinde şikayetçi borçlu aleyhine fazlaya dair alacakları ile bakiye temerrüt faiz alacağı talep hakkı saklı kalmak kaydıyla 16.02.2001 tarihi itibarı ile konut destek kredisinden doğan alacak olan 96.916.614.610 TL'nin takip tarihinden itibaren işleyecek %200 temerrüt faizi, faizin %5 oranında gider vergisi, vekalet ücreti, icra harç ve masrafları ile birlikte tahsili için ipotek resmi senedi, ipotek akit tablosu, konut destek kredisi sözleşmesi, İzmir 3. Ticaret Mah. 25.11.1999 tarih ve 1997/1965 1999/1026 K. Sayılı kararı, 16.01.2001 tarihli ihtarname dayanak gösterilerek İzmir 1. İcra Müdürlüğü'nün 2001/5109 sayılı dosyası ile ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takibe girildiği, 151 örnek ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip taleplerinde icra emri gönderildiği icra emrinin 26.02.2001 tarihinde tebliğ edildiği, İzmir 5. İcra Hakimliği'nin 07.05.2001 tarih ve 2001/173 sayılı kararı ile takibin borçlu yönünden geçici olarak durdurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasında ipoteğin kesin borç ipoteği olduğu hususunda bir uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Kesin borç ipoteğinde borç ilişkisinden doğan bir alacak teminat altına alınmakta olup paraya çevirme anında geçerli bir alacağın varlığı rehin hakkının kullanılması için zorunludur. Bu halde hakkın kullanılmasında ipoteğin alacağa bağlılığı mutlak olup, ipoteğin dayanak yapıldığı Destek Kredi Sözleşmesi'nin uyarlanması sonucu belirlenen miktar ipoteğin temelini oluşturmakla alacağın belirlenmesinde göz önüne alınması gerekir.

Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle direnme kararı bozulmalıdır.

SONUÇ: Karşı taraf vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının Özel Daire bozma kararında ve yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı 6217 sayılı Kanun'un 30. maddesi ile 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" atfıyla uygulamakta olan 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 22.02.2012 gününde oybirliği ile karar verildi.

Erdal SANLI Birinci Başkanvekili	İ. Ulusoy 15. H. D. Bşk.	İ. Karadaş 14. H. D. Bşk.	A. Alkan 13. H. D. Bşk.
Y. Uluç 8. H. D. Bşk	M. L. Tombaloğlu 6. H. D. Bşk.	Ş. Öztürk 4. H. D. Bşk.	M. Kılıç 11. H. D. Bşk.
İ. H. Asarlıoğlu 7. H. D. Bşk.	K. Doğan	M. Dolu	N. Koyuncu
F. E. Kabasakal	G. Dülger	A. Göcen 10. H. D. Bşk. V.	M. Tekin
E. Buyurgan 5. H. D. Bşk. V.	K. Karahan	Ö. U. Gençcan	A. Ş. Sertkaya
R. Tunç	N. Şatır	M. Acır	N. Tanlık 12. H. D. Bşk. V.
T. Toprak	E. G. Elverici	U. Sayın	H. H. Ünalı
İ. Aytaç	M. Erdoğan	B. Soner	A. Orhan

TMK 851/1, 875, 881/1 İİK 148-150d

Gönderen: Av. Mehmet Fatih TOKSAL

Çekin İbraz Edilmesi

T.C.
YARGITAY
19. Hukuk Dairesi
Başkanlığı
Esas : 2007/10730
Karar : 2008/1459

Özet: Çek ödenmek üzere muhatap bankaya ibraz edilir. Muhatap banka çek hesabının bulunduğu bankadır. Çek muhatap bankanın herhangi bir şubesine de ibraz edilmeyip başka bir bankanın şubesine ibraz edilmeyip başka bir bankanın şubesine ibraz edildiğinden usulüne uygun bir ibrazdan sözedilemez.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi: Küçükçekmece 2. Sulh Hukuk Mahkemesi
Tarihi : 06.11.2006
Numarası : 1332-1568
Davacı :
Davalılar :

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabülüne yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davalı vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili müvekkilinin davalı bankanın şubesine 10 adet çeki süresinde ibraz ettiğini, davalı şubesinin 10 günlük ibraz süresi ile sınırlı olarak ödeme yaptığı gerekçesiyle çek bedellerini ödemediğini, 3.700,00 YTL alacağın tahsili için yapılan icra takibinin haksız itiraz nedeniyle durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline, %40 tazminata karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı cevap vermemiştir.

Mahkemece çeklerin süresinde takas şubesine ibraz edildikleri, karşılıklarının bulunmadığına dair kaşe basıldığı, davalı bankanın yasanın öngördüğü miktarı davacıya ödemek zorunda olduğu gerekçesiyle davanın kabulüne, Küçükçekmece 4. İcra Müdürlüğü'nün 2006/ 10581 sayılı dosyasındaki davalı itirazının iptaline, %40 tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiş, hüküm davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Çek ödenmek üzere muhatap bankaya ibraz edilir. Muhatap banka çek hesabının bulunduğu bankadır. Çek muhatap bankanın herhangi bir şubesine de ibraz edilebilir. Bu takdirde çek hesabının bulunduğu şubeden provizyon alınır. Somut olayda çek muhatap banka veya bankanın herhangi bir şubesine ibraz edilmeyip Denizbank Adana Şubesi'ne ibraz edildiğinden usulüne uygun bir ibrazdan söz edilemez ve bu nedenle bankanın 3167 sayılı Çekle Ödemenin Düzenlenmesi ve Çek Hamil-lerinin Korunması Hakkında Kanun'un 10. maddesinde düzenlenen karşılıksız kalan çek yaprağı nedeniyle yasal yükümlülüğü doğmadığı gözetilmeden yazılı şekilde davanın kabulünde isabet görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün temyiz eden davalı yararına BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 19.02.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Coşkun Koçak	S. Çavdar	M. Bilgen	H. Dündar	A. Karayığit

Gönderen: Av. Alper UYAR

Tasarrufun İptali Davasında Vekalet Ücretinin Hesaplanması

T.C.
YARGITAY
17. Hukuk Dairesi
Esas : 2012/2982
Karar : 2012/12123

Özet: Davalı yararına hükmedilecek vekalet ücretinin daha düşük olan tasarrufun değerine davalı yararına hükmedilecek vekalet ücretinin de daha düşük olan alacak miktarına göre ayrı ayrı hesaplanması gerekirken tapudaki satış bedelleri toplam üzerinden tek vekalet ücreti takdiri de isabetli görülmüştür.

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi: İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi
Tarihi : 27/12/2011
Numarası : 2009/467-2011/670
Davacı :
Davalılar :

Tarfalar arasındaki tasarrufun iptali davasının yapılan yargılaması sonunda; kararda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine dair verilen hükmün süresi içinde davacı vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği düşünüldü:

KARAR

Davacı vekili, davalı borçlu'nın alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla adına kayıtlı taşınmazlardan birini 16.1.2009 tarihinde davalı'a, diğerini de 22.12.2008 tarihinde davalı'a sattığını belirterek tasarruflarının İİK. 277 ile BK. 18. maddeler gereğince iptalini dava ve talep etmiştir.

Davalı borçlu vekil, müvekkilinin aciz halinde olmadığını, dava konusu taşınmazların tapudaki satış bedellerinin gerçek bedel olduğunu, satışının takipten önce yapıldığını ve borcun kısmen ödendiğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı vekili, dava konusu taşınmazı yatırım amacıyla 70.000,00 TL bedelle aldıklarını ve bedelini banka havalesiyle ödediklerini, borçlunun Aydın'da varlıklı biri olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı vekili, dava konusu taşınmazı 215.000,00 TL bedelle aldıklarını, ödeme olarak borçlunun alacaklısı olduğu'a tanesi 23.000,00 TL'den beş adet arsa devrettiklerini, bakiye 100.000,00 TL için de 25.11.2008, 17.12.2008 ve 17.2.2009 tarihinde nakit ödeme yapılacak şekilde anlaştıklarını, sözleşme gereği 17.12.2008 vadeli 70.000,00 TL, 17.2.2009 vadeli 13.000,00 TL iki senet verdiklerini ve senetleri ve nakit miktarı ödediklerini, taşınmazı iyi niyetle aldıklarını belirterek, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece iddia, savunma, toplanan delillere göre, davalı borçlunun davalı'a yaptığı tasarruf yönünden tapudaki satış bedeline davalı ve eşi tarafından dava dışı'a devri yapılan beş adet arsa bedeli de eklendiğinde bulunan 186.000,00 TL ile bilirkişi tarafından belirlenen 250.259,00 TL bedel arasında misli fark bulunmaması, borçlunun davalı'e yaptığı tasarruf yönünden ise tapudaki satış bedelinin bilirkişi tarafından belirlenen rayiç değere uygun olması, borçlunun mal kaçırma amacıyla taşınmazları diğer davalılara devir ettiğinin kanıtlanamaması nedeniyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Dava İKK 277 ve devamı maddeleri gereğince açılmış tasarrufun iptali istemine ilişkindir.

İKK 278/3-2 madde gereğince akdin yapıldığı sırada kendi verdiği şeyin değerine göre borçlunun ivaz olarak pek aşağı bir fiyat kabul ettiği akitler bağışlama hükmünde olup iptale tabidir.

Somut olayda davalı borçlu vekili 1.10.2009 tarihli cevap dilekçesinde dava konusu taşınmazların tapuda gösterilen satış bedellerinin gerçek bedel olduğunu hatta taşınmazların değerinin üzerinde bir bedelle dahi satıldığını savunmuştur. Davalı vekili ise

9.2.2010 tarihli savunmasında dava konusu taşınmazı adi nitelikte ve tarihsiz sözleşme hükümleri gereğince 215.000,00 TL bedelle aldıklarını satış bedelinin 115.000,00 TL si için beş arsa, bakiyesi için de 83.000,00 TL meblağlı iki senet 17.000,00 TL için nakit ödeme yapıldığını belirtmiştir. Satış bedeline mahsuben biri davalı, dördü eşi adına kayıtlı arsalar tapu kaydına göre tanesi 6.000,00 TL bedelle 2.12.2008 tarihinde dava dışı’a devredilmiştir. Mahkemece beş arsa bedelli olarak bilirkişi tarafından tespit edilen 126.000,00 TL bedel tapudaki satış bedeli olan 60.000,00 TL’ye eklenerek taşınmazın satış bedeli olarak 186.000,00 TL kabul edilmiş ve bilirkişi tarafından belirlenen 250.259,00 TL rayiç bedelle arasındaki bedel farkı olmadığı belirlenmiş ise de varılan sonuç dosya kapsamı ve mevcut delildurumuna uygun düşmemektedir. Satış bedeline mahsuben devredilen beş arsa borçluya değil dava dışı’a devredilmiş olup borçlu ile arasındaki ilişki kanıtlanmadığı gibi, biran için’ın borçlu tarafından arsaların devredilmesi istenen şahıs olduğu kabul edilse bile satış bedeline mahsuben yapılan arsa devri mutad ödeme olmadığından satış bedeline eklenmesi doğru görülmemiştir. O halde davalı tarafından borçlunun savunmasının aksine tapudaki 60.000,00 TL ödeme dışında başka ödeme yapıldığı resmi ve geçerli belge ile ispatlanamadığından 22.12.2008 tarihli tasarrufun İİK 278/3-2 madde gereğince takip konusu alacak ve fer’ileriyle iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi isabetli görülmemiştir.

Borçlu ile davalı arasındaki tasarruf yönünden ise tapudaki satış bedeli ile bilirkişi tarafından belirlenen bedel arasında misli fark bulunmamasına rağmen 20.11.2009 tarihli keşifte dava konusu taşınmazın borçlu vekili tarafından gezdirilmesi, borçlu vekilin keşif ve bilirkişi raporu sunulduktan sonra davalı vekili olarak da vekalet sunarak savunma yapması ve 1.3.2010 tarihli savunmasından borçlunun varlıklı bir insan olarak tanındığını ve taşınmazın yatırım amaçlı alındığını belirttiği, ancak 16.1.2009 tarihinde satışı yapılan taşınmazın 20.11.2009 keşif tarihinde yani on aydır boş olduğu anlaşıldığından yukarıdaki maddi ve hukuki olgulara göre borçlu ile davalı arasındaki dava konusu 16.1.2009 tarihli tasarrufun da İİK. 280/1. Madde gereğince iptale tabi olup olmadığının karar yerinde tartışılmaması ve eksik incelemeye dayalı hüküm tesisi isabetli görülmemiştir. O halde mahkemece anılan 16.1.2009 tarihli tasarrufun İİK

280/1. madde gereğince iptale tabi olup olmadığının değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gereklidir.

Kabule göre de davalı yararına hükmedilecek vekalet ücretinin daha düşük olan tasarruf değerine, davalı yararına hükmedilecek vekalet ücretinin de daha düşük olan alacak miktarına göre ayrı ayrı hesaplanması gerekirken tapudaki satış bedelleri toplamı üzerinden tek vekalet ücreti takdiri de isabetli görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün BOZULMASINA ve peşin alınan harcın istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine 6.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
A. Velioğlu	A. Ş. Sertkaya	L. E. Köksal	M. Özcan	S. Kul

Karşılaştırıldı.
S. İ. A.E.

Gönderen: Av. Buse AKKAYA

İflas Kararı Kesinleşmeden Açılan İtirazın İptali Davası

T.C.
YARGITAY
19. Hukuk Dairesi
Esas : 2012/8453
Karar : 2012/16194

Özet: Kural olarak iflasın açılmasından sonra müflis aleyhine dava açılmazsa da somut olayda iflas kararı kesinleşmeden itirazın iptali olması açıldığından bu dava İİK'nun 235. Maddesi uyarınca açılmış kayıt..... davası gibi değerlendirilip..... göre işlem yapılmalıdır..

YARGITAY İLAMI

Mahkemesi: Ankara 9. Asliye Ticaret Mahkemesi
Tarihi : 18/05/2011
Numarası : 2009/73-2011/178
Davacı :
Davalılar :

Taraflar arasındaki itirazın iptali davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı banka vekilince temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR

Davacı vekili, müvekkili banka ile davalılardan arasında yapılan genel kredi sözleşmelerini diğer davalıların müşterek borçlu ve müteselsil kefil olarak imzaladıklarını, kredi alacağının tahsili ve teminat mektubunun bedelinin depo edilmesi için yapılan icra takibinin davalıların haksız itirazı nedeniyle durduğunu ileri sürerek itirazın iptaline %40 tazminat karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar yetkilileri şirketlerin iflasına karar verildiğini, kararın temyiz edildiğini, iflas masası tarafından birinci alacaklılar toplantısının 12.02.2009 tarihinde yapıldığını belirterek İİK'nun 194. Maddesi uyarınca davanın durdurulmasına karar verilmesini istemiştir.

Diğer davalılar ve davaya cevap vermemişlerdir.

Davalı şirketlerin iflas idaresi vekili, davacı alacaklının iflas masasına başvurduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Mahkemece, davalı şirketler hakkında dava tarihinde kesinleşmiş bir iflas kararının bulunduğu, iflas eden şirketlere husumet yöneltilemeyeceğinden haklarındaki davanın pasif dava ehliyeti yokluğu nedeniyle reddinin gerektiği, bu iki şirketin iflas idarelerine karşı açılan davanın ise şirketlerin iflaslarıyla birlikte haklarındaki takip düştüğünden görülemeyeceği, diğer davalılar ve hakkında açılan davanın ise İcra Hukuk Mahkemesi tarafından bu kişiler hakkındaki takibin kaldırılmasına karar verildiği ve hükmün onanarak kesinleştiği gerekçesiyle tüm davalılar hakkındaki davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı banka vekilince temyiz edilmiştir.

1- Dosyadaki yazılar kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öteki temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Davalı ve davalı'nin 27.11.2008 tarihinde iflas ettiği anlaşılmaktadır. Bu şirketler aleyhine ilamsız icra takibi 13.06.2008 tarihinde başlatılmış olup itiraz üzerine itirazın iptali davası 10.12.2009 tarihinde açılmıştır.

İcra İflas Kanunu'nun 193. Maddesine göre iflasın açılmasıyla müflisin borçlu olduğu takipler kural olarak durur, iflas kararının kesinleşmesiyle takipler düşer. İtirazın iptali davasının açıldığı tarihte iflas kararı kesinleşmediğinden davalı şirketler aleyhine başlatılan takip düşmemiştir. Kural olarak iflasın açılmasından sonra müflis aleyhine dava açılmazsa da somut olayda iflas kararı kesinleşmeden itirazın iptali davası açıldığından bu dava İİK'nun 235. Maddesi uyarınca açılmış ka-

yıt kabul davası gibi değerdendirilip sonucuna göre işlem yapılmalıdır. Dava konusu alacağın iflas masasınabildirilmesi ve ikinci alacaklılar toplantısında kabulü halinde itirazın iptali davası konusuz kalacak, alacağın kabul edilmemesi halinde bu davaya kayıt kabul davası olarak devam edilip iflas tarihi itibariyle tespit edilen alacağın iflas masasına kaydına karar verilecektir. Mahkemece açıklanan yönler gözetilmeden yazılı şekilde davalı şirketler yönünden davanın reddine karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle davacı vekilinin diğer temyiz itirazlarının reddine, (2) nolu bentte açıklanan nedenlerle hükmün BOZULMASINA, peşin harcın istek halinde iadesine, 07.11.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Seyit Çavdar	K. Doğan	U. Sayın	A. Değnekli	A. Şentürk

Gönderen: Av. Nail Yılmaz TOKSÖZ



İZMİR BAROSU MAKALE YARIŞMASI

‘HUKUKTA KADIN’

KONU: “Kadının insan haklarının ve temel özgürlüklerinin tanınması, korunması, geliştirilmesi ile bu hak ve özgürlüklerin kullanımını engelleyen ya da hükümsüz kılan ulusal ve ulusalüstü her türlü normatif düzenleme”

SARTLAR:

- 1) Hukuk Fakültesi mezunu olmak.
- 2) Yarışmaya gönderilecek makalelerin;
 - Daha önce yayımlanmamış olması,
 - Yazı dilinin Türkçe olması,
 - “Times New Roman” yazı karakterinde 12 punto ve dipnotlar 10 punto ve 1,5 satır aralığında olması (herhangi bir sayfa sınırlaması yoktur),
 - Dipnotların sayfa altında gösterilmesi,
 - Eser sahibinin adının eserde açıkça belirtilmemiş olması (Yazarın, eğitim gördüğü, görev veya staj yaptığı kurum, haberleşme adresleri ile telefon numaraları ve e-posta adresleri üst yazıyla bildirilmelidir),
 - 30.09.2013 pazartesi günü saat 17.00’ye kadar elektronik ortamda ve ayrıca 5 nüsha halinde İzmir Barosu’na gönderilmek üzere taahhütü olarak postaya veya kargoya teslim edilmesi veya elden verilmesi gerekmektedir.
- 3) Yayın hakkı İzmir Barosu Başkanlığına ait olacağından gönderilen makaleler, yazara geri verilmeyecektir.
- 4) Ödül alan ve ayrıca yarışma jürisinin uygun gördüğü makaleler İzmir Barosu Dergisi’nde hakemli makale statüsünde yayınlanacaktır.
- 5) Yarışma sonucu 15.11.2013 tarihinde açıklanacak ve ödülleri 25.11.2013 tarihinde İzmir Barosu’nda düzenlenecek törenle verilecektir.

ÖDÜLLER:

- Birincilik Ödülü** : Bir adet dizüstü bilgisayar
İkincilik Ödülü : Bir adet tablet bilgisayar
Üçüncülük Ödülü : İçtihat programı
Not: Yarışma jürisi İzmir Barosu tarafından belirlenecektir.