

YD

KURULUŞ : OCAK - 1975, YIL : 28, SIRA SAYI:108



CİLT : 28

EKİM 2002

SAYI 4

Sahibi : Yargıtay Adına, Birinci Başkan **Eraslan ÖZKAYA**
Yayın Müdürü : Yargıtay Yayın İşleri Müdürü **H.Bayram USLU**

YAYIN KURULU

Başkan : *Hakkı DİNÇ* (2. Hukuk Dairesi Üyesi)
Üyeler : *Dr. E. Işıl KOÇHİSARLIOĞLU* (6. Ceza Dairesi Üyesi)
Nazım KAYNAK (6. Hukuk Dairesi Üyesi)
Kudret Yalçın BAL (4. Ceza Dairesi Üyesi)
Mustafa KICALIOĞLU (4 Hukuk Dairesi Üyesi)

- Dergide yayınlanan yazılar, yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Müdürlüğümüzü başlalmaz.
 - Gönderilen yazının hiç bir yerde yayınlanmamış olması gerekir. Aksi durumda yazar (telif) hakkı ödemez.
 - Yayınlanan yazılar için yönetmelikte belirlenen ücret ödenir.
 - Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar istendiğinde geri verilir. Posta ile göndermelerde PTT, gideri yazı sahibine aittir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
 - Gerek görüldüğünde yazının özüne değinmeyen yazın ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
-

- Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü'nce **üç ayda bir kez yayımlanır.**
- **Yönetim ve yazışma adresi:** Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü (Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Caddesi, No:3) 06658 Ankara.
- **Telefon:** (0-312) 425 16 49; 425 16 32
- **Abone servisi:** (0312) 417 44 60/3505 , 3506
- **Faks:** (0-312) 419 41 11
- **Santral:** (Ek Bina): (0-312) 417 44 60 (20 hat); 417 51 50 (5 hat)
- %1 oranındaki katma değer vergisi içinde, **2002 yılı Yargıtay Dergisi abone bedeli 12.800.000.-liradır.**
- Dergi bedeli **Ziraat Bankası Kızılay Şubesi'ndeki 216826** sayılı veya **Posta Çekleri Merkezi'ndeki 92932 numaralı** hesaplarımızdan birine aktararak yada **PTT. kanalıyla** gönderilerek veya **Müdürlüğümüz Veznesine yatırılarak** abone olunur.
- Abone işleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.
- Yıllık abone olmaları koşuluyla, **Hâkim ve Cumhuriyet Savcıları ile Hukuk Fakültesi Öğrencilerine %30 indirim uygulanır.**
- **Ödemeli gönderilmez, temsilcimiz yoktur.**

ISSN 1300-0209

İÇİNDEKİLER

1- GENEL KONULAR	<u>Sayfa</u>
a) Eraslan ÖZKAYA	2002 - 2003 Adli Yıl Açış Konuşması493-515
b) Özdemir ÖZOK	2002 - 2003 Adli Yıl Açılışında Yaptığı Konuşma516-535
c) Teoman GÖKÇE	Savcılığın Niteliği, Yapısı ve Özellikleri536-556
1- CEZA HUKUKU	
a) Necati MERAN	Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma557-573
b) Dr. Çetin ASLAN	Memura Aktif Mukavemet - Birinci Bölüm -574-605
c) Dr. İlhan AKBULUT	Ülkemizde Uyuşturucu Maddeler Sorunu606-623
d) Levent ÜNSAL	Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY. md. 59624-655

3- BORÇLAR HUKUKU

Sayfa

a) Mutsafa ÖZBEK

Noter Senetlerinde Sahtelik
Halinde Noterlerin Hukuki
Sorumlulukları656-673

4- İŞ HUKUKU

a) Cihan Yüksel HATİPOĞLU

Sendika Genel Kurulunun
Yargısal Denetimi674 - 711

5- KAMU HUKUKU

a) Edip ŞİMŞEK

Kamu İhalelerine Geterilen
Yenilikler Üzerine Bir
İnceleme712 - 721

6- BIBLİYOGRAFI

a) H. Bayram USLU

2002 Yılı Yargıtay Dergisi
Bibliyografyası722 - 727

GENEL KONULAR

Yargıtay Birinci Başkanı
Sayın **Eraslan ÖZKAYA**'nın
2002 - 2003 Adli Yıl Açış
Konuşması

Sayın Cumhurbaşkanım,

2002-2003 Adli Yılı'nı, Yüce Türk Milletine hayırlı olması ve yargı yönünden başarılı geçmesi dileğiyle açıyorum.

Sayın Cumhurbaşkanım, Adli Yargının bu anlamlı gününe onur vermenizden dolayı şükranlarımı sunarken, varlıklarıyla bizleri onurlandıran seçkin konuklarımızı ve meslektaşlarımızı en içten sevgi ve saygılarımla selamlıyorum.

Başta hakim ve Cumhuriyet savcıları olmak üzere, tüm yargı mensuplarına, cumhuriyetin, demokratik hukuk devletinin, Yüce Atatürk'ün ilke ve devrimlerinin, hukukun üstünlüğü ve laiklik ilkesinin, devletin bölünmez bütünlüğünün korunup kollanmasında, adaletin yansız ve etkin bir biçimde dağıtılmasında gösterdikleri üstün çaba ve özen için takdir ve teşekkürlerimi sunmaktan büyük zevk duyuyorum.

Kurumlar kalıcı kişiler geçicidir. Türk yargısına uzun yıllar üstün gayret ve özveriyle hizmet ettikten sonra yaş haddi yada istekleriyle emekli olan, yaşamlarının en güzel yıllarını adalet hizmetine adanmış, Yargıtay'ın değerli başkanı ve üyeleriyle, hakim ve Cumhuriyet savcılarına, diğer yargı görevlilerine, bundan sonraki yaşamları için sağlık, esenlik ve mutluluklar diliyor, aramızdan ebediyen ayrılan meslektaşlarımızı ve adalet mensuplarını ise; minnet, şükran ve saygı ile anıyorum.

Görüldüğü gibi yargının olanaksızlıkları ve güç koşulları bu salonda da hi kendini göstermektedir. Yargıtay'ın yüceliğine ve onuruna yakışır binamız ve salonumuz olmadığından, sizleri bu daracık salonda ağırlamak zorunda kaldığımız için üzgünüz.

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar,

Adli yılın açılmasına ilişkin törenler 1943 yılından itibaren bir anane olarak devam edegelmiş, daha sonra da Yargıtay Yasasının 59. maddesi ile yasa hükmü şekline dönüşmüştür.

Adli yargı yılının açılmasına ilişkin bu törenlerin asıl amacı, hukukumuzda ve bunun uygulanıp hayata geçirilmesinde görülen eksikliklerin ve aksaklıkların nedenlerini ortaya koymak, gelecekte bunların düzeltilmesini sağlamak suretiyle hukuk devleti ilkesini evrensel boyutlarına uygun olarak geliştirmek ve gerçekleştirmektir. Aksi halde bu törenler, hiçbir sonucu ve işlevi olmayan, içi boş alâde toplantılar olarak kalmaya mahkumdur.

Hukuk ve yargı adına çok üzülererek belirtmek isterim ki, daha önceki yıllarda bu yönde önemle dile getirilen istek ve temennileri bugün yine tekrar etmek zorunda kalıyorum. ***Hukuka ve yargıya karşı olan bu kayıtsızlığa ve ilgisizliğe niyet eksikliğinden başka haklı ve geçerli hiçbir neden ve mazet göremiyorum.***

HUKUK VE ADALET REFORMU

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar,

Büyük Atatürk'ün önderliğinde Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşundan sonra büyük bir hukuk devrimi gerçekleştirilmiş, Türk hukuk sistemi dini esaslardan kurtarılıp; demokratik, laik, çağdaş hukuk devleti temelleri üzerine oturtulmuştur. Kabul edilen ilerici, devrimci, temel yasaların uzun yıllar uygulanması ile de ulusal, laik, demokratik Türk Hukuku oluşmuştur.

Ne var ki, bu uzun süreç içerisinde sosyal, ekonomik, siyasal koşullar büyük değişikliğe uğramış, teknoloji baş döndürücü bir hızla gelişmiştir. Elektronik çağ ve küreselleşme başlamış, fert ve toplumun ihtiyaçları ve değer ölçütleri değişmiştir. İnsan hak ve özgürlükleri daha belirgin hale gelip kurumsallaşmış, ulusal boyutları aşarak uluslararası bir değere ve öneme kavuşmuştur.

Hukukun, toplumun gereksinmelerine bağlı olarak, daima değişen ve gelişen dinamik bir yapısı vardır. Evrensel ilkeler dışında, toplumun ihtiyaçları-

na göre daima değişkenlik gösterir. **Hukuk, işlevini yerine getirebilmesi için hayatı daima yakinen takip etmek ve yenilenmek zorundadır.**

Cumhuriyetin ilk yıllarında devrimci, atılımcı, ilerici felsefeye uygun olarak hazırlanan yasalarımız; zamanla hızla değişen, gelişen ve büyüyen Türkiye'nin ihtiyaçlarını karşılayamaz duruma gelmiş, çağın ve toplumun ilerisinde iken gerisinde kalmıştır. Batıdan aldığımız kaynak yasalar, batı toplumunun ihtiyaçlarına göre değiştirilip hatta bazıları tamamen yürürlükten kaldırılmasına karşın, yasalarımız zamanın gereklerine göre yenilenip değiştirilememiştir. Esasen, söz konusu yasalar ayrı toplumlardan değişik zamanlarda alındığından, temelde uyumsuzluk ve çelişkiler yaratmışlardır. Zaman her şeyi olduğu gibi hukuku da eskitebilmektedir.

Bu yöndeki iddialı çabalar, kabul edilen ve değiştirilen kimi yasalar ve gerçekleştirilen yapısal reformlar, bir bütünlük ve sistem anlayışı içerisinde uygulamaya konulmadığından yetersiz ve yüzeysel kalmışlardır. **Devletin merkezîyetçi, hantal yapısı ve yöneticileri ile genç, ilerici ve yenilikçi Türk toplumu arasında yabancılaşma başgöstermiştir.**

Hukuk reformu ile birlikte bir adli ve idari reformun yapılması artık kaçınılmayacak ve savsaklanamayacak bir öncelik kazanmıştır. Zira, hukukun ve yargının alarm zilleri çalmaya başlamıştır.

Hukukun üstünlüğü ilkesine bağlı, temel hak ve özgürlüklere saygılı bir düzen kuramamış, toplumsal örgütlenmeleri, demokratik, çağdaş kurum ve kuruluşları gerçekleştirememiş, teminatlı yargıçları bağımsız, tarafsız, etkin işleyen, adil, zamanında karar veren bir yargı sistemi bulunmayan ülkelerde; toplum düzeninden, sosyal barıştan, ekonomik, teknik ve ilmi gelişmelerden söz edilemez. "Adalet devletin temelidir" sözü duvarlarda asılı bir slogan olarak kalır.

ÇAĞDAŞ ANAYASA

İnsancıl değerlere, insan hak ve hürriyetlerine, yargı bağımsızlığına geniş oranda yer vermiş olan 1961 Anayasası, daha sonra geriye doğru değiştirilmiş, 1982 Anayasası ile de tümüyle yürürlükten kaldırılarak, kişi hak ve hürriyetlerine büyük ölçüde açık ve örtülü kısıtlamalar getirilmiş, yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi zedelenmiş, hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkesi, merkezîyetçi, bağımlı ve baskıcı bir zihniyetle geri plana itilmiştir.

Oysa çağdaş anayasalar, demokratik hukuk devletinin en üst normları olarak, temel hak ve hürriyetlerin, özerk tüm kurum ve kuruluşlarını bünyesinde toplmalıdır. 1982 Anayasasında, hukuk devletinin en büyük özelliği olan yargı denetimi kısıtlanırken; yürütme organına, yargıyı baskı altına alacak, hatta yargıyı denetleyecek yetkiler verilmiştir.

Anayasamızın başlangıç bölümünde ve 6. maddesinde, evrensel kuralara uygun olarak, egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu, Türk Milletinin bu egemenliğini anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağı belirtilmiştir. 139. maddede ise hakimlik ve savcılık teminatı hükme bağlanmıştır. 140. maddenin 2. fıkrasında da hakimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev yapacağı hükümü yer almış, aynı maddenin 3. fıkrasında hakim ve savcılarının özlük işlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakim teminatı esaslarına göre yasayla düzenleneceği vurgulanmıştır. Ancak, söz konusu maddenin 6. fıkrasında hakimlik ve savcılık teminatını ortadan kaldıran ve yukarıda belirtilen madde hükümleriyle çelişen "hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır" hükmü getirilmiştir. Bununla da yetinilmemiş, 144. madde aynı şekilde hakim ve savcılar hakkında inceleme ve soruşturma yapma yetkisi Adalet Bakanı'nın izniyle Adalet Bakanı'nın müfettişlerine veya Adalet Bakanı'nın görevlendireceği kıdemli bir hakim veya savcıya verilmiştir. En önemlisi 159. madde hükmüne göre hakim ve savcılarının mesleğe kabul edilmesinden başlayıp; atama, nakletme, yükseltme, görevden uzaklaştırmaya kadar tüm özlük hakları hakkında, kesin karar vermeye yetkili Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun başkanı Adalet Bakanı, doğal üyesi Adalet Bakanlığı Müsteşarıdır. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kendisine ait bir binası, sekreteryası ve Teftiş Kurulu bulunmamaktadır. Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan kararnamelerin Yüksek Kurul tarafından derinliğine inceleme ve değiştirme olanağı yoktur. Bu denli Adalet Bakanlığının etki alanı içerisinde kalan, başkanı Adalet Bakanı, doğal üyesi Adalet Bakanlığı Müsteşarı olan, öteki üyeleri onurlandırma amacı da taşısa Cumhurbaşkanı tarafından seçilen Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, adli ve idari yargıda görev yapan tüm hakim ve Cumhuriyet savcılarının özlük hakları üzerinde, kesin ve mutlak yetkiye sahip olması karşısında; hakim bağımsızlığından ve hakim teminatından asla söz edilemez. **Mesleğe alınışından meslekten ayrılmasına kadar, siyasi organın sıkı denetim ve gözetimi altında bulunan**

hakim ve Cumhuriyet savcılarının tümünden, mesleki geleceklerini hiçe sayarak kahramanlık yapmalarını beklemek, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşamaz.

1982 Anayasası, bireyi değil devleti esas aldığından; hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkesini zedeleyen ve ilke bazında birbirleriyle çelişen pek çok hüküm içermektedir. Türkiye Büyük Millet Meclisinin özverili çalışmalarıyla, hukuk devletini üstün kılacak bir kısım değişiklikler yapılmıştır. ***Ancak halen, hukukun üstünlüğü, insan hak ve özgürlükleri, çoğulcu, katılımcı demokrasi yolunda ilerleyeceğimiz oldukça uzun bir yolumuz bulunmaktadır.***

Devlet insan içindir felsefesinden hareketle, toplum yaşamında devlete değil insana öncelik veren, Atatürk'ün ilke ve inkılapları doğrultusunda insan hak ve özgürlüklerini teminat altına alan, çoğulcu, özgürlükçü, demokrasiyi daha da güçlendiren bir sivil ve çağdaş anayasa ile bu yolu en kısa zamanda katetmemiz gerekmektedir.

Hukuk devletinde, hukukun üstünlüğünün, ancak kuvvetler ayrılığı ilkesinin tam olarak uygulanması ile gerçekleşeceğinde kuşku yoktur. Sağlıklı, demokratik bir yönetim, bu üç kuvvetin birbirinden bağımsız ve ahenkli çalışması ile mümkündür. Yargının, siyasal gücü elinde bulunduran yasama ve yürütme organı başta olmak üzere, tüm güç odakları karşısında bağımsız olması hukuk devletinin değişmez ilkesidir. Bağımsız yargı, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarının başında gelir. Kişi hak ve özgürlüklerinin temel güvencesi olan bağımsız yargı yoksa, hukuk devletinin mevcudiyetinden söz edilemez.

Kayıtsız şartsız millete ait egemenliği onun adına kullanan yargının bağımlı olması, o egemenliğin kullanılmasına ağır gölge düşürür. Büyük Atatürk'ün, "Adalet gücü bağımsız olmayan bir ulusun devlet olarak bağımsızlığı söz konusu değildir" özdeyişi hiç akıllardan çıkarılmamalıdır.

Bir hukuk devletinde, yargı bağımsızlığı bu denli yaşamsal önem taşımaya rağmen, halen yargıyı bağımlı kılan hükümlerin Anayasa bünyesinde muhafaza edilmesi, hukuka inananlar için onur kırıcı bir kayıtsızlıktır. Çaresiz kalan herkesin sığınacağı en son mercinin; bağımsız, yansız, adil işleyen yargı olduğu, derin çizgilerle belleklerde yer etmelidir. Bu nedenle, Anayasamızda yapılması gereken değişiklikler geciktirilmemeli, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nda siyasal gücün varlığına son verilmelidir.

Yeni oluşacak Yüksek Kurulun oluşum tarzı hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Gerek 1961, gerekse 1982 sonrası deneyimlerden çıkarılan sonuca göre, Yüksek Kurulun yeniden yapılandırılması, idari yargı ve adli yargı bölümü olarak ikiye ayrılması, yüksek yargıçlardan oluşan Kurulun objektif ölçülere göre karar vermesi için üye adedinin çoğaltılması, adli yargı işine bakacak kurulda mutlaka Yargıtay Başkanı ve Cumhuriyet Başsavcısının yer alması gerçekçi bir çözüm olarak benimsenmektedir. Ayrıca adli veya idari bölümlerde verilen kararlara karşı, idari ve adli yargının görev alanlarının genişliğine orantılı olarak iki bölüm üyelerinden oluşacak genel kurula itiraz olanağı tanınmak suretiyle, Yüksek Kurul'un kararlarının denetime tabi tutulması, en uygun bir çözüm olarak görülmektedir.

Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ayrı bütçesi ve kendisine özgü binası bulunmalı, Teftiş Kurulu ve sekreteryaya Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na bağlanmalı, hakim ve Cumhuriyet savcılarının mesleğe kabulleri için gerekli seçme sınavları, bağımsız ve yansız Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılmalıdır.

Doğru, güvenli, yansız, adil yargılamanın öncelikli koşulu, tam bağımsız yeni bir Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bir an önce kurulmasıdır.

DEĞİŞTİRİLMESİ VE YENİLENMESİ GEREKEN TEMEL YASALAR

Ülkemizde, çeşitli dönemlerde ve tarihlerde çıkarılan binlerce yasa ve bunların ek ve değişiklikleri bir yasa enflasyonuna sebep olmuştur. Kimi yasalar, toplumun gereksinimleri tam tespit edilip topluma maledilmeden, ilgili kurum ve kuruluşların görüşleri alınmadan hazırlanmış olduklarından, çok kısa bir zaman sonra ek ve değişiklikleri hakkında yeni yasaların çıkarılması zorunluluğu doğmuş, tüm bunlar yasaların adedini daha da artırmıştır. Osmanlı İmparatorluğu döneminde çıkarılan bazı yasalar halen yürürlüktedir. Pek çok yasalar arasında ahenk ve koordine sağlanmadığından, çelişkili hükümler içermektedirler. Bu ise uygulamada duraksamalara, çelişkili kararlar çıkmasına neden olmaktadır. Bu yasalar karmaşası, yargı için gereken çabukluğu ve etkinliği olumsuz yönde etkilenmektedir. En önemlisi "yasayı bilmemek mazeret sayılmaz" ilkesini tartışılır duruma düşürmektedir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi geçen yasama yıllarında, başta Yeni Türk Medeni Yasası olmak üzere pek çok yasayı kabul etmiştir. Ancak hızla değişen ekonomik, siyasal, sosyal ve teknolojik koşullar karşısında, toplumun ihtiyaçlarına artık cevap veremeyecek duruma gelmiş çok sayıdaki temel yasanın yenilenmesi ve değiştirilmesi ivedi sorunlar olarak sırada beklemektedir. **Jean Jacques Rousseou'nun dediği gibi, iyi yasalar daha iyilerin, kötüler de daha kötülerin yapılmasına sebep olur.** Bir an önce toplum ihtiyacını karşılayamayacak duruma düşen yasaların veya yasa hükümlerinin toplum gereksinimleri göz önünde tutularak yenilenmeleri veya değiştirilmeleri gerekmektedir. Türk hukukuna yön verecek bu yasalar içerisinde; Türk Ceza Yasası, Ceza Muhakemeleri Usulü Yasası, Hukuk Muhakemeleri Usulü Yasası, Borçlar Yasası, Türk Ticaret Yasası, Kira Yasası, Çek Yasası, İcra İflas Yasasında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa, İş Mahkemeleri Yasasında Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yasa, Hakimler ve Savcılar Yasası, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Yasası, Adli Kolluk Yasası, Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yasa, Türkiye Adalet Akademisi Yasası gibi yasaları öncelikle saymak mümkündür.

"Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" ilkesi doğrultusunda, milli iradenin yasama ve yürütme organlarına tam olarak yansıtılabilmesi ve istikrarlı hükümetlerin kurulabilmesi için mutlaka Siyasi Partiler ve Seçim Yasalarında gerekli değişiklikler yapılmalıdır.

Yolsuzluk iyileşmeyen bir hastalık olarak ekonomik, ahlâki ve moral yönden topluma büyük zarar vermeye devam etmektedir. Ekonomik, siyasi ve yönetsel her türlü yolsuzlukların önlenmesi için, yasal düzenlemeler bir an önce yapılmalı, yargının önü açılmalıdır.

Değinen yasa tasarılarının bir kısmı Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edilmiş; bir kısmı ise yıllardır gündemde olduğu halde bir türlü çıkarılamamıştır. Örneğin Bölge Adliye Mahkemeleri Kuruluş Yasası, eski ismiyle İstinaf Mahkemeleri Yasa Tasarısı 1932 yılından beri Hükümetlerin programlarına, yasama meclislerinin gündemine girdiği halde yasalaşmadığı gibi Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasından da vazgeçilmiş değildir. **Bir yasanın 70 yıldır gündemde olmasına karşılık, halen yasalaşmamasını çağdaş hukuk anlayışı ve yargıya verilmesi gereken önem ile bağdaştırmak mümkün değildir.**

Demokrasi ve hukuk devletini yaşatan ve geliştiren en önemli unsurun, bu yöndeki inanç ve içtenlik olduğu unutulmamalıdır.

HUKUK EĞİTİMİNİN YETERSİZLİĞİ

Adalet hizmetinin gerçekleştirilmesinde insan unsurunun önemi büyüktür. Hukuk devletinin ve hukukun üstünlüğü ilkesinin gerçekleşmesi için sadece iyi yasaların yapılması yeterli değildir. **Bilinmelidir ki, kötü uygulanan iyi yasa yerine, iyi uygulanan kötü yasa tercih edilir.** Adalet denilen üstün değere ve amaca ancak yasaların doğru şekilde uygulanması ile ulaşılabilir. Bu da yasaları uygulayanların; bilgili, kültürlü ve hukuk nosyonu kazanmış seçkin insanlar olmasıyla mümkündür. **Hakimin ana sermayesi, hukuk kültürü ve bilgisidir. Eni boyu sınırsız olan hukuk okyanusunda, bir hukukçunun gideceği yeri ve yönü tespit edebilmesi için, sahip olması gereken geniş bir bilgi ve deneyimi kazanabilmesi açısından kaybedecek zamanı yoktur. Bir hukuk aliminin "hukuk bir ummandır, bir hukuk bilgininin bilgisi ise ondan alınmış bir katre sudur" sözleri bir gerçeği ifade etmektedir.** Bilimsel hakim kimliği ile bağımsız düşünme ve araştırma yeteneğinin, hukuk fakültelerinin ilk yıllarında oluşmaya başlaması gerekir. Ne yazık ki, hukuk fakültelerinde yeterli hukuk eğitimi verilmemektedir. Az masrafla eğitim yapılabilen kârlı bir iş şeklindeki zihniyet ürünü, elverişsiz binalar, yetersiz kütüphane, alt yapı ve öğretim kadrosuyla açılan hukuk fakültelerinin sayısı endişe verici boyutlara ulaşmış, hukuk fakülteleri çoğalırken hukukçu formasyonu aşındırılmıştır. Öte yandan köklü hukuk fakültelerinde öğrenciyi araştırmaya, incelemeye, düşünmeye sevk etmeyen, tek yanlı anlatıma ve ezberciliğe dayalı yanlış bir eğitim sistemi sürmekteyken, öğretim kadrosuna uygulanan düşük ücret politikası ve yönetim sistemindeki yanlışlıklar nedeniyle söz konusu fakültelerde, bu eğitim düzeyi dahi kaybolmaya, eğitim ve öğretim seviyesi hızla düşmeye başlamıştır.

Üstün nitelikli hukukçu yetiştirilmesine gerekli önemi vermeyen toplumların, hak ve hukuklarının kaybolmasından ve adaletsizlikten şikayet etmeye hakları yoktur.

Hukuk fakültelerinin açılması ve öğretime devamlarında belirli standartların aranması, verilen makul süreler içerisinde bu standartlara ulaşmayan hukuk fakültelerinde mutlaka eğitimin durdurulması gerekir. Hukuk fakültelerinin 5 seneye çıkarılarak, son senede uygulamaya yönelik eğitim verilmesi

üzerinde mutlaka durulmalıdır. Hiç kimsenin, hukuk mantığı ve hukuk nosyonu teşekkül etmemiş sözde hukukçular kadar, hakka ve hukuka zarar veremeyeceği çok iyi bilinmelidir.

HAKİM VE SAVCILARIN MESLEK ÖNCESİ VE MESLEK İÇİ EĞİTİMİ

Devletin temeli ve varlığının teminatı adalettir. Ferdin ve toplumun en kutsal değerleri hakim korumasına terkedilmiştir. Bu yüce görevi üstlenen hakimin, kimliği ve mesleğe yatkınlığı büyük önem taşımaktadır. Hakim, sorun yaratan, kişiliği tartışılan değil; sorunları çözen kişiliği ve icraatı ile huzur, güven ve saygınlık yaratan kimse olmalı, hakkı ve adaleti tecelli ettirmekten başka bir emel ve ihtiras taşımamalıdır. Bu nedenle, adaleti sağlamakta birinci derecede rol oynayan hakim ve Cumhuriyet savcılarının mesleğe alınmasında büyük özen gösterilmeli; kişilik, bilgi ve yetenek itibarıyla, zor ve aynı zamanda kutsal mesleğe uygun olup olmadıkları, mutlaka bağımsız ve yansız Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun gözetim ve denetiminde yapılacak ciddi bir sınavla tespit edilmelidir.

Hakim ve Cumhuriyet savcı adaylarının mesleğe hazırlanması ve eğitiminde önemli bir rol üstlenen Eğitim Merkezi daha da geliştirilip, süresi uzatılmak suretiyle Enstitü şekline dönüştürülmelidir.

Hakim ve Cumhuriyet savcıları, mesleğin üst kademelerinde dahi daima araştırmak, incelemek, bilgilerini yenilemek ve geliştirmek zorundadırlar. Lisans ve lisans üstü hukuk eğitimine gereken özen gösterilmeli, hakim ve Cumhuriyet savcılarında zaman zaman meslek içi eğitim ve seminerler verilerek, Yargıtay'da kurslara tabi tutularak, bilgi ve deneyimleri geliştirilmelidir.

Küreselleşme ve Avrupa Birliğine girme yönünde çok hızlı gelişmeler mevcuttur. Bilgisayar ve iletişim tekniği hızla gelişmektedir. Uluslararası hukukun iyi takip edilmesi için, hakim ve Cumhuriyet savcılarının yabancı dil bilmeleri, bilgisayar tekniğini öğrenmeleri artık zorunlu hale gelmiştir. Hakim ve Cumhuriyet savcılarının yabancı dil öğrenme olanakları hızla geliştirilmelidir.

Bağımsız Adalet Akademisi en kısa zamanda kurulmalı, belirli bir kademeye erişmiş meslek mensupları arasından bu Akademiye sınavla öğrenci kabul edilmeli, eğitim süresi sonunda üstün meslek, bilgi ve deneyimini kanıtlayarak mezun olan hakim, Cumhuriyet savcısı ve öteki meslek mensuplarına.

mesleklerinde yükselme ve kıdem almaları yönünde öncelik ve avantaj sağlanmalıdır.

Yargıtay üyeliği seçimlerinde, hakim ve Cumhuriyet savcılarının tüm bu nitelikleri ve kazanımları gözönünde tutulmalı ve Yargıtay seçimleri mutlaka ilkelere bağlanmalı, böylece Yargıtay üyeliği seçimlerindeki tutarsızlık ve ilkesizliğe son verilmelidir.

Yargı; sav, savunma ve karar mekanizmalarından oluşan bir bütündür. Avukatların da, yargının olmazsa olmaz unsurlarından biri olduğunda kuşku yoktur. Hakim ve Cumhuriyet savcıları için gerekli olan meslek öncesi ve meslek içi eğitim mutlaka avukatlara da verilmeli, özellikle avukatlığa başlamak isteyen her hukukçu, hakim ve Cumhuriyet savcıları gibi ciddi bir sınavdan geçirilmeli ve iki senelik ücretli staja tabi tutulmalıdır.

ALTYAPI VE FİZİKİ KOŞULLARIN YETERSİZLİĞİ

Adliye binalarının ancak onda biri kadarı Adalet Bakanlığına ait olup, adliyelerin büyük bir kısmı, hükümet konaklarının bir katına sığınmış durumdadır. Diğerleri ise kiralanmış binalardır. İlçe mahkemelerinin ekseriyeti çok üzümlük belirmek gerekir ki, basit, elverişsiz hatta ilkel binalarda görev yapmaktadırlar. Batı devletleri görkemli adliye sarayları ile övünürken, Türk yargısı son derece elverişsiz binalarda adalet dağıtmaktan büyük rahatsızlık duymaktadır. Düzenli ve düzeyli hukuk uygulaması olanağı bulunmayan böyle binalarda görev yapan adliyelere, halkın güven ve saygısı gittikçe azalmaktadır. Başka kuruluşlara çok güzel bina yapmaları için ödenek ayrılabilirdiği halde, yargıdan bu olanağın esirgenmesi hakikaten düşündürücüdür. Türk yargısı çağın teknolojisinden, iletişim araç ve gereçlerinden yoksun bırakılmıştır. İlkel araçlarla ve ilkel koşullarda çalışmak, Türk yargısının değişmez kaderi olmuştur. ***Hukukun, Anadolu'nun her köşesinde gereği gibi uygulanması için; gerekli zemin hazırlanmadıkça, merkezde hukukun felsefesini yapmanın, hiçbir anlamı ve önemi yoktur.***

Seneler geçtikçe yeni adliyeler açılıp, hakim, Cumhuriyet savcısı ve personel kadroları genişlemesine karşın, genel bütçeden Adalet Bakanlığı'na ayrılan pay, artacağına daha da düşmektedir. O kadar ki, 2001 yılı bütçesinden Adalet Bakanlığına ayrılan pay yüzde birin altına düşmüştür. ***Adaletten tasarruf olamayacağı, adalette yapılan her tasarrufun bedelinin, sosyal***

ve ekonomik hayatta meydana gelebilecek çok daha büyük zararlar olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Adalet, soyutluğun belirsiz ortamında anlam arayacağımıza, adaleti somutlaştırıp hayata yansıtmak zamanı çoktan gelmiştir.

Hak ve adalet uğruna son sözü söyleyecek yegane kuruluş yargıdır. Çağdaş, demokratik Türkiye Cumhuriyetinin devlet sistemi hak ve adalet üzerine kurulduğuna göre, kuruluşunun gereği olarak yargıya hak ettiği ilgi ve özen gösterilmelidir.

Adaletin vazgeçilmez elemanı olan eğitimli personelin yeterli sayıda yetiştirilmesi için, Adalet Meslek Liselerinin ve Adalet Yüksek Okullarının sayıları çoğaltılmalıdır. Adaletin ağır yükü ve elverişsiz koşullarında çalışan adalet personeline hak ettiği ücretin ödenmesi; adaletin, etkin, güvenli ve zamanında yerine getirilmesi yönünden büyük önem taşımaktadır.

**HAKİM VE CUMHURİYET SAVCISI ÜCRETLERİ, SİYASİ ORGANIN
TAKDİRİNE GÖRE DEĞİL, SABİT ESASLARA BAĞLANARAK,
GÖRÜLEN İŞİN NİTELİĞİNE VE ÖNEMİNE UYGUN OLARAK
BELİRLENMELİDİR.**

Kuvvetler ayrılığı ilkesi, hukuk devletinin, çoğulcu demokrasinin en başta gelen özelliğidir. Bu özellik, yasama, yürütme ve yargının birbirine; özellikle yargının yasama ve yürütme organına karşı bağımsız olmasını ve eşitliğini ifade eder. Bağımsızlığın sadece mesleğe alınma, tayin, terfi ve karar vermede gerçekleşmesi yeterli değildir. Aynı zamanda hakim ve Cumhuriyet savcısı ücretlerinin belirli kriterlere bağlanması gerekir. Hakim ve Cumhuriyet savcısı ücretlerinin yasama ve yürütme organının takdirine bırakılması, ücret yönünden yargıyı yasama ve yürütmeye bağlı kılmakta ve onun bağımsızlığını zedelemektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, **hakim astı ve üstü olan bir memur ve bir bürokrat olmayıp, Türk Milleti adına yasalara ve vicdanına göre karar veren kimsedir.** Bu itibarla, hakim ve Cumhuriyet savcısı ücretlerinin; öteki meslek mensuplarının ücretleriyle kıyaslanması sakıncalar doğurmaktadır.

Hakim ve Cumhuriyet savcısının ücret ve özlük haklarının iyileştirilmesi yönünden yasama ve yürütme nezdinde yaptığı her başvuru, onun bağımsızlığına ve saygınlığına gölge düşürmektedir. Öte yandan kuvvetler ayrılığı ve

denkliği gözetildiğinde yargı organında en son kıdemini almış olan yüksek mahkeme üyelerinin, yasama meclisi üyeleriyle denk ücret almaları gerekmektedir. Ancak sabit kriterler getirilmeyip hakim ücretleri yasama ve yürütme organının takdirine bırakıldığından, durum daima yargı mensuplarının aleyhine gelişmekte, yüksek dereceli bir hakim, bir milletvekilinin ancak yarısı kadar ücret alabilmektedir. Bu eşitsizlik hem kuvvetler ayrılığı, hem de hakim bağımsızlığı ilkesine ters düşmektedir. Bu yönde Hakimler ve Savcılar Yasasında gerekli değişiklik bir an önce yapılmalıdır.

Yargının inandırıcılığını yitirdiği yönünde, kimi kişi ve kuruluşlarca yerli yersiz söylemler üretilmektedir. Bu herkesten önce, tüm olumsuzluklara karşın var güçleri ve onurla savaş veren yargı mensuplarını üzmemekte, derinden yaralamaktadır.

Her şeye rağmen yargı, ana yapısındaki sağlamlık, açıklık, şeffaflık, çeşitli denetim ve kontrol mekanizmaları ile en inandırıcı devlet erki olmaya layık aynı zamanda zorunludur.

Yargıda bir zaaf varsa bunun nedenlerini içerisinde değil, dışarısında aramak gerekir. Yargıyı olumsuz yönde etkileyen bu dış etkenler ortadan kaldırıldığında, yargı başvurulabilecek son merci olduğunun bilinci içerisinde onurlu ve kutsal görevine daha büyük bir şevk ve gayretle devam edecektir.

ÜST MAHKEMELER (İSTİNAF) SORUNU

Türk hukuk sisteminde, 05.06.1295 (1879) tarihinde Mehakimi Nizamiyenin Teşkilatı Kanunu-Muvakkati ile ilk derece mahkemeleri ile temyiz mahkemesi arasında istinaf mahkemeleri kurulmuş, günün koşulları ve hakim yeterliliği nedeniyle 24 Nisan 1924 tarih 469 Sayılı Yasayla Şer'îye Mahkemeleri ile birlikte kaldırılmıştır.

Üst mahkemelerin kaldırılmasından hemen sonra tekrar kurulması gerekip gerekmeyeceği Türk hukukunda tartışılmaya başlanılmış, 1932 yılından itibaren bu yönde çeşitli yasa tasarıları hazırlanmış, üst mahkeme sorunu yargı yılı açılış konuşmalarında, kalkınma planlarında, yıllık programlarda yer almış, ne var ki, üst mahkemelerin kurulmasından ne vazgeçilmiş ne de kurulabilmiştir. Yargıtay'a temyizen incelenmek üzere yılda ortalama 400 bini aşkın dava dosyası gelmekte, Yargıtay 250 üyesi ile 21 hukuk, 11 ceza dairesi olarak çok yoğun ve özverili bir çalışma ile bu ağır görevin altından kalk-

maya çalışmaktadır. Aynı zamanda, Yargıtay bir içtihat mahkemesi olarak görev yapması gerekirken verilen kararları, hem maddi olaylara, hem de yasalara uygunluk yönünden denetleme görevini üstlenmek zorunda kalmıştır. Bu kadar işi ve üyesi bulunan bir yüksek mahkeme hiçbir çağdaş hukuk devletinde yoktur. Üye ve daire adedinin artırılmasının çözüm getirmediğini, mevcut uygulama göstermiştir.

Zamanımızda ise koşullar değişmiştir. Yargı sistemimizin, mutlaka Yargıtay ile ilk derece mahkemeler arasında üst derece mahkemelerin kurulmasına ihtiyacı vardır. Ancak Adalet Bakanlığınca son kez hazırlanan ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevk edilen Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkındaki Yasa Tasarısı, üst mahkemelerin kurulmasına ilişkin tüm sakıncaları bünyesinde toplamaktadır. Bu yasa tasarısı yasalaştığı takdirde, Yargıtay'ın aşırı iş birikimi, bu kez üst mahkemelerde başlayacak bölge üst mahkemeleri tıkanacak, çalışmaz hale gelecek ve Türk adaleti büyük zarar görecektir.

Bu tasarıda, Türkiye'nin koşulları ile onbeş ayrı bölgeye yetişmiş, deneyimli hakim bulunamayacağı göz önünde tutularak; üst mahkemelerin öncelikle pilot bölge olarak seçilecek, İstanbul, Ankara, İzmir gibi büyük şehirlerde kurulması, iş devrinin kontrollü yapılması, üst mahkemelerin yeniden tahkikat yapma alanlarının kısıtlanması, davaların uzamasına engel olabilecek etkili önlemlerin alınması gerekmektedir.

ADLİ KOLLUK KUVVETİ

Ceza hukukunda adil hüküm kurulabilmesi, tam ve doğru hazırlık soruşturmasına bağlıdır. Tam ve doğru bir hazırlık soruşturması için de; konusunda uzman, hukuku, soruşturma, delil toplama, teknik ve taktiklerini iyi bilen, delil, eser ve emarelerden suçluya ulaşabilen, idari ve siyasi organlara karşı bağımsız bir kolluk kuvvetine ihtiyaç vardır. Bunun adı Adli Kolluk Kuvveti'dir. Adli Kolluk Kuvvetinin gerekli olduğu, tüm hukuki zeminlerde dile getirilmesine karşın henüz gerçekleştirilememiştir. Bunda, İçişleri ve kolluk mercilerinin adli kolluğun kurulması ile önleyici kolluk ile adli kolluğun bütünlüğünün bozulacağı, ekonomik olmayacağı gibi itirazlarının rolü olmuştur.

Adli ve idari kolluk ayırımı yapılmayan ülkemizde; kolluk kuvvetinin, adli görevinin dışında pek çok görevi bulunmaktadır. Bu ise adli görevde ihtisas-

laşmayı ve odaklaşmayı önlemekte, en önemlisi kolluk kuvveti her türlü özlük haklarıyla idareye bağlı olduğundan, doğal olarak yansız görev yapamayacağı kuşkusunu doğurmaktadır. Adli görev üstlenen kolluk kuvvetinin; yargı gibi, idari organa karşı bağımsız olması zorunludur. Bazı şehirlerde olduğu gibi genel kolluk içerisinde, yalnızca yargısal işlevlerle yükümlendirilmiş özel bir birim oluşturulması yeterli sayılamaz.

Örgütlü, planlı, teknolojik aletlerle işlenen suçların, faili meçhul olayların gittikçe artması, adli kolluk kuvvetinin kurulmasını daha da gerekli kılmaktadır.

Adli bilimler konusunda yeterli eğitime tabi tutulmuş, meslek içi eğitimle bilgi ve becerisi daha da geliştirilmiş, konusunda uzman, yeterli araç ve gereçle donatılmış, insan haklarına saygılı, tek amir olarak Cumhuriyet savcısına bağlı bir kolluk kuvveti, bir yandan kişilerin kolluk kuvvetine ve adalete güvenini ve saygısını artıracak, öte yandan işkence ve insan hakları ihlalleri yönündeki iddia ve suçlamaları sona erdirecektir.

Temel insan hak ve özgürlüklerin korunması, adaletin sağlanması gibi hayati önem taşıyan konularda; yapılacak harcamalar ve başka nedenler, adli kolluğun kurulmamasına gerekçe gösterilemez.

Cumhuriyet savcısının yönetim ve denetiminde, siyasi gücün etkilemeyeceği, güvenceli adli kolluk kuvvetinin bir an önce kurulmasında zorunluluk vardır.

YARGIDA İŞ MİKTARININ AŞIRI OLARAK ARTMASININ NEDENLERİ VE İVEDİLİKLE ALINMASI GEREKEN ÖNLEMLER

Yargıtay ve yerel mahkemeler aşırı iş yoğunluğu altında ezilmektedir. Hiçbir hukuk devletinde yargıya bu kadar iş yüklenmemektedir. Bu denli iş yükü, davaların sağlıklı incelenmesini tehlikeye düşürdüğü gibi, adaletin gecikmesine de neden olmaktadır. ***Geciken adaletin adaletsizlik olduğu bir söylem değil, yaşanan ve bilinen bir gerçektir.***

Yargı üzerindeki iş yükünün azaltılabilmesi, ancak bu iş yüküne neden olan sorunların tespiti ve çözümlenmesi ile olanaklıdır. Yargı reformu diye kimi usul hükümlerinde dağıtık, münferit yapılan, yüzeysel değişiklikler iş yükünün azalmasına fazla bir katkı sağlamamıştır.

Sosyal ve ekonomik yapıdaki aşırı değişme ve bozulma, hızlı nüfus artışı, kırsal kesimden şehirlere nüfus akışı, çarpık kentleşme, enflasyonun hızla yükselmesi gibi nedenler uyuşmazlıkların artmasına neden olurken; ayrıca yargı sistemindeki eksiklikler ve aksaklıklar nedeniyle davaların zamanında çözüme kavuşturulamaması, yargıda büyük iş birikimine neden olmaktadır.

Bunun yanında, Türk Hukuk Sisteminde tüm uyuşmazlıkların mutlaka yargıda çözümlenmesi gerekir şeklindeki alışkanlık da, her uyuşmazlığın hakim önüne getirilmesine yol açmaktadır. Öyle ki, hakim ciddiyeti ile bağdaşmayacak bir kısım işlerin çözümü dahi hakime bırakılmıştır. Bu durum işlerin aşırı artmasına neden olmakta, asıl çözümlenmesi gereken önemli davaların çözümünü geciktirmektedir.

Demokrasi kurumlar rejimidir. Kimi kurum ve kuruluşlara, dava açılmadan da çözümlenecek olayları sonuçlandırmaları için yetki verilmelidir.

Yargıya gelen iş miktarının azaltılması, davaların makul olan sürede çözüme kavuşturulması; kısa, orta, uzun vadede alınması gereken önlemlerle sağlanabilecektir. Hukuk ve yargı reformu bölümünde sayılan, orta ve uzun vadeli önlemler dışında; ivedilikle yapılması gereken işlemleri ve alınması gereken önlemleri şöyle sıralamak mümkündür:

1-Mahkemeler, çağın bilim ve iletişim teknolojisi ile donatılmalıdır. Mahkemelerde en kısa zamanda bilgisayar uygulamasına geçilmeli, Başbakanlık mevzuat bilgi sistemi ve Yargıtay bilgi sistemi ile bağlantı kurulmalıdır. Böylece kütüphanesi ve yeterli bilgi kaynağı bulunmayan mahkemelerde görev yapan hakim ve Cumhuriyet savcılarına, mevzuat ve içtihatlar yönünden gereken kaynak sağlanmalıdır. Bilgisayar bir yandan hukuki bilgiye ulaşma imkanı sağlarken, öte yandan mahkemelere gerekli öteki bilgilerin de çeşitli kurum ve kuruluşlardan süratle toplanması olanağını sağlayacak, davaların makul olan süre içerisinde doğru ve adalete uygun şekilde çözüme kavuşturulmasında büyük etken olacaktır.

2-Kaynak Usul Hukukunda toplu mahkemeler olarak düşünülen asliye hukuk mahkemesi öteden beri Türk hukuk uygulamasında tek hakimli olarak görev yapmaktadır. Asliye ve sulh hukuk ayrımı, fonksiyonunu yitirmiş durumdadır. Bu ayrım, pek çok davanın görevsizlik sebebiyle uzamasına neden olmaktadır. Ayrıca, asliye mahkemelerine denk görev yapan asliye ticaret mahkemelerinin, 3 hakimle çalışmasını gerektiren geçerli bir neden bulunmamaktadır. Tüm bu mahkemeler, Hukuk Mahkemeleri ismi altında birleştirilmeli ve uzmanlaştırılmalıdırlar.

3-Pek çok davanın açılmasına ve yargının gereksiz olarak tıkanmasına neden olan, kişiler veya kişiler ile kamu kurum ve kuruluşları arasındaki özel hukuk ilişkilerinden doğan ve tarafların iradesi ile çözümlenebilecek uyuşmazlıkların, öncelikle uzlaşma kurullarında çözüme kavuşturulması yönünde maddi ve usul hukukunda gerekli düzenlemeler yapılmalıdır.

4-Çağdaş toplumlarda suç olarak kabul edilmeyen, ancak bizim yasalarımızda suç sayılan eylemler artık suç olmaktan çıkartılmalı; buna karşın, idari para cezası verme yetki ve sınırları genişletilmelidir.

5-Cumhuriyet savcılarının yetkileri artırılmalı, yeterli kanıt toplanmadan kamu davası açmaları önlenmeli, kanıtı bulunmayan olaylarda kamu davasını erteleme yetkisi verilmeli; öte yandan, kanıtı olmayan davalarda, mahkemelere iddianameyi reddetme olanağı tanınmalı, mahkemelerin boş yere meşguliyetleri önlenmelidir.

6-Mahkemelerin kesin karar verme sınırları genişletilmeli, enflasyon nedeniyle para değerindeki düşme göz önünde tutularak, kesin karar verme sınırının belirli zamanlarda kendiliğinden artması için gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

7-Büyük merkezlerde hakim ve Cumhuriyet savcısı sıkıntısı çekilmekte iken, yeni kurulan ilçelerde açılan adliyelere çok az iş gelmekte, hakim ve Cumhuriyet savcılarını yeterli iş geçiremediklerinden terfi sıkıntısı çekmektedirler. Ayrıca bu küçük ilçelerde, yargının önem ve saygınlığına yaraşır adliye binası bulunmadığından hakim ve Cumhuriyet savcılarını ilkel koşullarda çalışmaktadır. Bu adliyelerin iş yükü fazla, yakın daha büyük merkezlere kaydırılması halinde hakim ve Cumhuriyet savcısı israfı önlenecek hakimlerin daha iyi koşullarda daha verimli çalışmalarını sağlanacaktır.

8-Davada uygulanacak yasa hükmünü ve kuralı en iyi bilecek kişi hakimdir. Esasen, bu iş hakimin görevidir. Hakim, ancak kendi mesleki bilgisi dışında kalan teknik konularda bilirkişilerin bilgisine başvurmalıdır. Hal böyle iken pek çok hakim mesleki bilgisi ile çözümlenebileceği konularda dahi bilirkişilerden rapor almaktadır. Yetki devri niteliğinde bu tür işlemler, hukuk usulüne aykırı olduğu gibi davaların uzamasına neden olmaktadır. Öte yandan bilirkişilik kurumu, yargıya güveni ve saygıyı azaltacak düzeye inmiştir. En kısa zamanda bilirkişilik kurumunun düzeltilip, belirli ilkelere bağlanması için yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

9-Gerek hukuk gerekse ceza davalarında aşırı artışa neden olan çek hukukunda, acilen radikal önlemler alınmalı; Çek Yasası bir an önce kabul edilerek yürürlüğe konulmalıdır.

10-Yerel Mahkemelerde ve Yargıtay'da işin aşırı artmasına neden olan kira tespitleri için kira tespit komisyonlarının oluşturulması, çok istisnai durumlarda mahkemeye başvurulması yönünde, Kira Yasasında gerekli değişiklik yapılmalıdır.

11-Devlet bütçesine fazla yük getirmeyen kadastro işlemleri yurt çapında bir an önce tamamlanmalı ve böylelikle pekçok hukuk ve ceza davalarının açılması önlenmelidir.

12-Yargıtay'a gelen iş miktarının azalması, Yargıtay'ın esas görevi olan içtihat mahkemesi sıfatını kazanabilmesi için, üst mahkemeler bir an önce kurulmalıdır.

LAİKLİK

Laiklik günümüzde halen en çok tartışılan konu, bir demokrasi kavramı, insan hak ve özgürlüğüne ilişkin bir hukuk sorunu olarak güncelliğini korumaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyetinin; demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti olduğuna işaret ettikten sonra, 10. maddesi herkesin felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğunu hükme bağlamıştır. 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin, demokratik toplum düzenine ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olarak sınırlandırılmayacağını kabul etmiştir. 14. maddede de, Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmayacağını açıkça vurgulamıştır. 24. maddenin 1. fıkrasında herkes vicdan, din ve inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14. madde hükümlerine aykırı olmamak suretiyle ibadet, dini ayin ve törenler yapmakta serbesttir hükmünü koymuş, son fıkrada da kimse devletin sosyal ekonomik ve siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa din kurallarına dayandırma, siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfus sağlama amacıyla her ne surette olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz hükmünü koymuştur. 68. mad-

dede de siyasi partilerin laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olamayacağını, 196. madde ise Diyanet İşleri Başkanlığının nasıl görev yapacağını belirtmiş ayrıca Türk Ceza Yasasında bu hükümlere yaptırım getirilmiştir.

Hukuk yönünden, kısaca din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması olarak tanımlanan laikliğin, tüm anlamını Anayasanın yukarıda değinilen ayrıntılı hükümlerinde bulmak mümkündür.

Gerçekten laik devlette herkes dini seçmekte, ibadetini yapmakta, inançlarını açığa vurmakta serbesttir. Ancak bu özgürlük öteki tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi başkalarının yasal hak ve özgürlükleri ile sınırlıdır. İnanç özgürlüğü, başkasının inancına zarar verme, kamu düzenini bozma noktasına geldiği, daha başka bir anlatımla tanrı ile insan arasındaki inanç ilişkisi sınırlarından çıkıp, devlete egemen olmaya başladığı andan itibaren hak ve özgürlük olma niteliğini kaybeder ve önlenmesi gereken bir eyleme dönüşür. Laik düzende, hiçbir kimse dinsel hak ve özgürlüğünü, başkasının inancına karşı baskı unsuru olarak kullanamaz. Bunun doğal sonucu olarak, dinsel hak ve özgürlüklerden yola çıkarak laik devlet düzenini bozmaya hiç kimsenin hakkı yoktur.

Tüm hak ve hürriyetler başkalarının hak ve hürriyetleri ile sınırlıdır. Bu sınırı koruyan da devlettir. ***Laik devlette dinsel hak ve hürriyetlerin sınırsızlığı ve devletin bu hak ve hürriyetlere hiçbir surette müdahale edemeyeceği kabul edildiği taktirde, orada önce dinsel kargaşa başlar, sonra da çoğunluğun taassubu azınlığı boğar, din kuralları devlet düzenine hakim olur. Tarih ve geçmişteki olaylar bu tehlikeyi bize daima hatırlatmaktadır.***

Yüce İslamiyet dinine göre hiçbir sıfatları ve yetkileri bulunmayan kimi kişilerin, kendilerini tarikat ve mezhep lideri gibi gösterip toplumun saf ve temiz inancı ile oynayarak; milleti bölmeye, parçalamaya, kendi etraflarında toplamaya çalıştıkları, bilinen ve yaşanan gerçeklerdir.

Laiklik, Cumhuriyetin ve demokrasinin temelidir. Laiklik olmadan en önemli hak olan vicdan özgürlüğünden ve buna bağlı olarak demokrasiden söz edilemez.

Laiklik hakkında teorik alanda kavram kargaşası yaratılıp, din ve vicdan özgürlüğüne sığınmış görünerek, bu özgürlüğün ortadan kaldırılmasına ve dinin siyasallaştırılmasına laik düzenin tehlikeye düşürülmesine asla göz yumulamaz.

Laiklik, din ile ahlakın en iyi uzlaştığı yegane düzendir. Ancak laik düzende; "fikri hür, irfanı hür, vicdanı hür" aydın kafalı ve aydın yüzlü çağdaş bir gençlik yetiştirilebilir. Uhrevi alemin değişmez din kurallarını, o kutsal yerlerinden indirip; devamlı değişen dünyevi hayatı onlarla idare etmeye kalkışarak, dünyevi emel ve çıkarları uğruna dinin yıpranmasına yol açanlar dine en büyük saygısızlık eden kişiler olarak kalacaklardır.

21. Yüzyılın laik, uygar, çağdaş, üstün insanlık değerlerini kabul etmiş büyük Türkiye Cumhuriyetinde, ***sorun en son ve en ileri yüce İslamiyet dininde değil, onun istismarındadır.*** Artık din istismarına son verilmesinin zamanı gelmiştir.

Türkiye Cumhuriyetinin, Cumhuriyet savcıları ve hakimleri laik düzenin korunması yönünde yasaların kendilerine verdiği görevleri tam bir kararlılıkla ve eksiksiz olarak yerine getireceklerdir.

İLETİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ VE YARGI

İletişim özgürlüğü, demokratik, çağdaş, özgürlükçü, insan haklarına saygılı toplumun vazgeçilmez koşullarından birisidir. İletişim özgürlüğü, aynı zamanda kişinin temel hak ve özgürlüklerinden olan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü tamamlayıp onunla bütünleştiği için daha büyük bir önem ve içerik taşımaktadır. ***İletişim özgürlüğü bulunmayan bir toplum, tüm duy organlarını yitirmiş ferde benzer. Göremez, duyamaz ve algılayamaz.*** Bu nedenle iletişim özgürlüğü, özgürlükçü demokratik ülkelerde teminat altına alınmış ve bağımsız yargının güvencesine terkedilmiştir.

İletişim özgürlüğü, bir yandan anti demokratik, yapay engeller olmaksızın habere ve toplumu ilgilendiren haber ve bilgi kaynaklarına ulaşmak; öte yandan da alınan bilgi ve haberi topluma ulaştırmak, halkı aydınlatmak, bilinmeyen gerçekleri ortaya çıkarmak, yorum yapmak, eleştirmek, tartışma açmak, halkı düşünmeye sevk etmek, buna bağlı olarak da kamuoyunu oluşturmak, şekillenmesini sağlamak gibi tüm faaliyetleri içerir.

Ne var ki, iletişim özgürlüğü ile bireylerin temel hak ve özgürlükleri arasında hassas bir denge vardır. Bu iki temel özgürlükten iletişim özgürlüğünün, kişi hak ve özgürlüklerini zedelememesi için, bu dengenin iyi korunmasının önemi büyüktür.

Tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, iletişim özgürlüğü de sınırsız değildir. İletişim özgürlüğünün kamuya dönük niteliği ağır bassa da, ferdin vazgeçilmez kişilik hakları ile sınırlıdır.

Gerek habere ve bilgiye ulaşmada, gerekse bunları topluma ulaştırıp yayınlamada, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, şeref ve haysiyetlerini örseleyip, zedelememek zorunluluğu vardır. Özellikle topluma ulaştırılan bilgi ve haberlerin doğru olması; yorum ve eleştirilerin objektif, dengeli, uygun bir amaç ve araç ilişkisi içerisinde bulunması gerekir. Haber ve yorumun sınırları ayrılmalı, haber tarafsız verilmeli, haber ile yorum ve eleştiri birbirine karıştırılmamalı, haber olduğu gibi nakledilmelidir. Ayrıca yargıya intikal eden olaylarda mahkemeleri etkileyecek yayın yapılması yasa gereğidir.

Ne var ki, kimi yazılı, görsel ve işitsel yayın organlarının her zaman bu ilkelere uydukları söylenemez. Objektif olmayan, haber sınırını aşan, kişilik haklarına, özel yaşama, mesleki ve ticari saygınlığa saldırı teşkil eden sansasyonel ve abartılı yorumlara zaman zaman rastlanılmaktadır. Bunun yanında yargıya intikal eden olaylarda kamuoyu oluşturacak, yargıyı etkileyecek hatta baskı altında tutacak yorumlar, eleştiriler, açık oturumlar yapılmaktadır. Bu yönde yargıya intikal eden davaların sayısı oldukça kabarıktır.

Medyamız tarafından fazla özgürlüğün, daha fazla sorumluluk getirdiği gözden uzak tutulmamalı, iletişim özgürlüğü amacına uygun kullanılmalıdır. Bunun yanında Devletçe bağımsız, yansız yayıncılığın sürdürülmesine, basın yayın tekelinin oluşmasına engel olacak gerekli önlemler alınmalıdır.

TÜRKİYE AVRUPA BİRLİĞİ İLİŞKİLERİ

Türkiye'nin, öteden beri Avrupa ile var olan sosyo-ekonomik ilişkileri 12 Eylül 1963 tarihinde imzalanan Ankara Anlaşması ile yeni bir boyut ve içerik kazanmıştır. Ankara Anlaşmasından sonra 40 yıla yakın uzun süreç içerisinde, Türkiye ve Avrupa Birliği arasındaki ilişkiler istenilen düzeyde ve süratle gelişmeye dahi hazırlık ve geçiş dönemleri geride kalmış, 6 Mart 1995 tarihinde Gümrük Birliği kararı alınmış, 1996 tarihinden itibaren Avrupa Birliği'nde tam üyelik yolunda son döneme girilmiştir.

10-11 Aralık 1999 tarihinde yapılan Helsinki Zirvesi'nde ise Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne tam üyelik adaylığı kesinleşmiştir.

Türkiye kabul ettiği yasalar, gerçekleştirdiği yapısal reformlarla, özellikle Türkiye Büyük Millet Meclisince 03.08.2002 tarihinde kabul edilen Çeşitli Yasalarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 4771 Sayılı Yasa ile Kopenhag Kriterlerinin gerçekleştirilmesi yönünde çok cesur adımlar atılmıştır.

Hemen belirtilmelidir ki, tüm aday ülkelerin uymak zorunda olduğu Kopenhag Kriterleri, Avrupa'nın Türkiye'ye bir dayatması olarak değil; ilerici, çağdaş, hukukun üstünlüğüne inanan, çoğulcu demokrasiyi içten benimseyen Türk toplumunun öncelikli isteği olarak değerlendirilmelidir.

Önemle vurgulanmalıdır ki, Türkiye kabul ettiği yasalar ve gerçekleştirdiği yapısal reformlarla Avrupa Birliği'ne aday ülkelerin birçoğuna göre daha avantajlı duruma gelmiştir. Artık Türkiye ile Avrupa Birliği arasında tam üyelik müzakerelerinin başlamasına engel hiçbir neden kalmamıştır.

Türkiye'nin siyasal, sosyal, ekonomik alanlarda daha çıkarması gereken yasalar, gerçekleştirmesi gereken yapısal reformlar bulunabilir; ancak bunlar tam üyelik müzakerelerinin başlatılmasına engel teşkil edecek noksanlıklar olarak kabul edilemez.

Türkiye'nin gözü ve gönlü Avrupa'ya yönelik olsa dahi Avrupa Birliği ile olan müzakerelerinde ve ilişkilerinde ulusal çıkarlarını ve bölünmez bütünlüğünü ön planda tutması en doğal hakkıdır.

Avrupa Birliği'nin üyelik müzakerelerini geciktirmeden başlatmak suretiyle bu yöndeki iyi niyetini ve içtenliğini göstermesi zamanı gelmiştir.

Tam üyelik müzakerelerinin zamanında başlatılmaması veya gereksiz yere uzatılması, Avrupa Birliği'nin Türkiye'nin tam üyeliğe kabulü hakkında samimi olmadığı yönündeki görüşlere güç ve haklılık kazandıracaktır.

DÜNYA VE TÜRKİYE

Türkiye, teröre ve sonu gelmeyen uluslararası sıcak çatışmalara sahne olan, jeopolitik ve jeostratejik yönden fevkalade önemli bir bölgede bulunmaktadır. Bu bölgesel özellik Türkiye'ye bazı avantajlar sağlamakta ise de, dünyada pekçok ülkede bulunmayan büyük sorunlarla da karşı karşıya bırakılmaktadır. Kafkas ülkelerinin ve Türkî devletlerin toprak bütünlüğü, istikrarı,

bunalım odaklarının ortadan kaldırılması, İsrail ve Filistin arasındaki savaşın bir an önce barışçı yollardan halledilmesi, Türkiye için büyük önem arz etmektedir. Türkiye, Yunanistan ile sorunlarının barışçı ve kalıcı bir biçimde çözülme kavuşturulması için her türlü gayreti göstermektedir. Kıbrıs'ın iki devletin siyasi eşitliğine dayanan ve iki toplumun barış ve güvenlik içerisinde yaşamasını sağlayacak, gerçekçi ve kalıcı bir çözüme ulaşılmasını her zaman desteklemiştir. Tüm bunlara rağmen, karşı tarafın uzlaşmaz tutumu ile olumlu sonuçlara henüz ulaşılmış değildir. Güney komşumuz Irak'ta devletler arası sıcak bir savaş ihtimali gün geçtikçe artmaktadır. Böyle bir savaşın, Türkiye'yi sosyal, siyasal ve ekonomik açıdan etkileyeceği kuşkusuzdur. Irak'ın toprak bütünlüğünün korunması, Türkiye için hayati önem taşımaktadır. Bu yönde Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin zamanında gerekli önlemleri alacağından hiçbir kuşkumuz yoktur. ***Devletlerarası hukukta, kuvvet haktır düşüncesi yerine; hukuk kuvvetten üstündür ilkesinin yerleşmesi gerektiğine inanıyoruz.***

Terör eylemlerinin, uluslararası savaşların, çeşitli huzursuzlukların yaşandığı bölgemizde; Türkiye Cumhuriyeti, büyük önder Atatürk'ün kurduğu sağlam temeller üzerinde ve onun "Yurtta Sulh Cihanda Sulh" ilkesi doğrultusunda saygın ve güçlü bir konuma sahiptir ve bunun bilincindedir. ***Bu güçlü konumunun gereğini her zaman yerine getirmeye de muktedirdir.***

Sayın Cumhurbaşkanım, Değerli Konuklar,

Türkiye bir taraftan içten ve dıştan desteklenen bölücü terör olayları nedeniyle büyük zarara uğramış, binlerce şehit vermiştir. Öteki taraftan, köktendinci terörün insanlığın vicdanını sızlatacak karanlık yüzüyle karşılaşmıştır. Aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti tarihinin en ağır ekonomik krizini yaşamaktadır. İşsizlik, gelir darlığı ve dağılımındaki dengesizlik toplumun dayanma gücünü zorlamaktadır. Ağır terör belası başta silahlı kuvvetler ve emniyet güçleri olmak üzere milletçe yapılan top yekûn bir savaşla ortadan kaldırılabilmektedir. İrtica, laik düzene karşı tehdidini halen sürdürmektedir. Yolsuzlukla mücadelede henüz tatminkar sonuca ulaşılmış değildir. Bu üç büyük tehlike yanında; depremler, sel felaketleri, trafik kazaları büyük maddi ve manevi zararlara neden olmaktadır. Ancak, Büyük Türkiye Cumhuriyeti Devleti; etkin, yönetsel ve yasal koşulların oluşturulması halinde tüm bu olumsuzlukların üstesinden en kısa zamanda gelecek güçtedir. Gerek bölücü, gerek şeriat yanlısı terörün sürekli izlenmesi ve gereken sosyal, ekonomik ve yasal

önlemlerin anında alınması, yolsuzlukla gerçekçi ve kesin sonuca götüren mücadele yapılması gerekmektedir. Olası depremlerin en az zararla atlatılması için, uzmanlarca öngörülen önlemler henüz tam olarak hayata geçirilememiştir. Bunların bir an önce uygulamaya sokulması, yasalarımızda yeni değişiklikleri zorunlu kılmaktadır.

Türkiye Avrupa Birliğine üye olma kararında ve yolundadır. Çok yoğun ve özverili çalışma ile pek çok önemli yasaları çıkaran Türkiye Büyük Millet Meclisi, erken seçim kararı aldıktan sonra; çağdaş, demokratik hukuk devletine yakışan son uyum yasalarını kabul etmek suretiyle, yasama dönemindeki çalışmalarını taçlandırmıştır. 21. Yüzyıla başlarken Yüce Türk Milleti, Cumhuriyetin ilk yıllarındaki dinamizm ve atılım ruhuyla hukuk ve yargı reformu ile birlikte yapısal reformlar istemekte, bağrından çıkararak yeni Türkiye Büyük Millet Meclisinden bunu beklemektedir.

Yapılacak hukuk ve yargı reformu, içte huzur ve güveni pekiştirecek, hukukun üstünlüğünü, temel hak ve özgürlükleri sağlayacak ve toplumun hak ettiği demokratik, laik, çoğulcu, katılımcı demokrasiyi, tüm kurum ve kural-larıyla daha sağlam temellere oturtacaktır. Dışta ise, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin daha güçlü, daha saygın, gıpta ile izlenen bir dünya devleti olmasına ve çağdaş medeniyetleri aşma yolunda emin adımlarla ilerlemesine büyük katkı sağlayacaktır.

Her zaman, her yerde, herkesin hakka ve adalete ulaşması dilekleriyle,
Hepinizi en içten sevgi ve saygılarımla selamlıyorum.

Türkiye Barolar Birliği Başkanı
Sayın **Özdemir ÖZOK**'un
2002-2003 Adli Yıl Açılışında
Yaptığı Konuşma

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar, sayın yargıç, savcı ve avukat meslektaşlarım, yazılı ve görsel basınımızın değerli temsilcileri, sizlere saygılarımı sunuyorum.

Yeni bir çalışma dönemine girerken yargımızın ve ülkemizin geçmişten bugüne yaşanan sorunları hakkında kimi tespit ve değerlendirmelerimi sizlerle paylaşmak istiyorum.

• Türkiye Barolar Birliği kurulduğu günden bu yana ülkemizin en köklü ve en saygın hukuk kuruluşu olarak, sadece savunmanın temsilcileri avukatların değil, tüm yargı erkinin bir parçası ve temsilcisi olmanın sorumluluk ve bilinciyle hareket etmiş, başta yargı bağımsızlığı olmak üzere, hukukun üstünlüğü ve hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla yaşama geçmesi için çalışmalar yapmıştır.

Yargıtay Başkanlarının ve Türkiye Barolar Birliği Başkanlarının "Yargı Yılı" açış konuşmaları incelendiğinde, yargının sorunları geçmişten bugüne hemen hemen aynı noktalarda toplanmaktadır. Bunları; yargılamanın ağır işlemesi sonucu adaletin gecikmesi, Hukuk eğitiminin yetersizliği, yargıç, savcı ve adliye personelinin yaptıkları işin önemi ve yoğunluğuna uygun ücret alamaması, adliyelerin bina, araç, gereç yönünden yeterli donanımına sahip olamaması, adli kolluk gücünün kurulmamış olması ve hepsinden önemlisi yargının bağımsızlığına kavuşamaması olarak sıralayabiliriz.

Her yeni yargı yılında, bu ve benzeri sorunlar dile getirilmiş, bu sorunlar çözüleceğine ya da alınacak önlemlerle azalacağına, ne yazık ki artarak günümüze kadar gelmiştir. Bugün yargı, karşı karşıya kaldığı ağır sorunlar ve iş

yükü karşısında tıkanmış ve temel işlevi olan adaleti gerçekleştirmekten uzaklaşmıştır. Bütün bunların sonucu vatandaşın yargıya olan güveni azalmış, yasa dışı yollardan hak arama eğilimi artmıştır.

Siyasetçisi, yargıcı, savcısı, avukatı ve yargıyla doğrudan ya da dolaylı ilgisi olan herkes, yargıdaki olumsuzluklardan yakınmakta; ancak, başta siyasal iktidarlar olmak üzere, hiç kimse yargının yakınmalarına ve sorunlarına köklü çözümler üretememektedir. Çünkü, yürütme erkini elinde bulunduran siyasal iktidarlar hiç bir biçimde, güçlü ve bağımsız bir yargı istememektedirler. Muhalefette yargı için söylenenler ve yapılan tespitler iktidara gelindiğinde kesinlikle unutulmaktadır.

Yargının, genel bütçeden aldığı pay, kamusal işlevi ile orantılı ve yeterli değildir. Cumhuriyetin ilk yıllarında kuruluş döneminin zorluklarına ve imkansızlıklarına rağmen bütçeden yargıya ayrılan pay bugünkünün 4-5 katı civarındadır. Birkaç örnekle değinecek olursak; Adalet Bakanlığının bütçe içindeki payı 1924 yılında %3,5, 1933 yılında %3,9 ve 1934 yılında %4 iken 70 yıl sonra günümüze gelindiğinde 2000 yılında bu pay binde yetmişyediye (0,077), 2001 yılında binde doksanüç (0,093), 2002 yılında ise binde sekseniye (0,082) gerilemiştir. Bu tablo günümüz yöneticileri adına düşündürücü bir tablodur. Bütçeden alınan bu payla hiçbir yeniliğin ve reformun gerçekleştirilmesine ve yargı bağımsızlığının alt yapısını oluşturacak düzenlemelerin yapılmasına olanak yoktur. Ancak yargının asgari gereksinmelerini karşılayabilen, zaman zaman bunu dahi karşılamaya yeterli olmayan 'Adalet Bakanlığı Bütçesi' köklü ve kalıcı çözümlere kaynak oluşturamamaktadır.

Öncelikle, şu soruya açık ve net yanıt verelim; yargının etkin ve bağımsız olmasını istiyor muyuz? Eğer bu soruya olumlu yanıt veriyorsak onun gereği olan acil önlemleri almalıyız. Bu önlemlerin başında, kuşkusuz Adalet Bakanlığının bütçesinin yaptığı işin önem ve konumuna uygun miktarlara çıkarılarak, yargı sisteminin tam bir envanteri yapılmalı, gerçek, hızlı, isabetli adalet dağıtımının önündeki bilinen engeller kaldırılmalıdır.

Kişilerin doğru ve güvenli yargılanma hakkı, anayasalar ve yasalarla güvence altına alınan ve uluslararası bazı hukuk metinlerinde de özenle yer alan temel haklardandır. İç hukukumuzda Anayasamızın 36., 37., 138., 139. ve 141. maddelerinde şekillenen bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6.maddesinde; "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar, gerek ceza hukuku alanında kendisine yöneltilen suçlamalar

konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir" biçiminde düzenlenmiştir. Bir insanlık onuru olan hak aramanın ülkemizdeki pratiği çok çetin ve zorlu geçmektedir.

Hak arama konusunda son sözü söyleyecek, hakkı belirleyecek ve hüküm verecek olan bağımsız yargıdır. Bağımsız ve yansız yargı arayışı, insanoglunun hak arama ve adaleti gerçekleştirmeyi düşünmeye başladığı andan beri var olmuştur. Yargı bağımsızlığının temel nedeni, devletin yapısından kaynaklanmaktadır. Çoğulcu demokrasilerde, yasama, yürütme ve yargı erkleri devlet yapısının çatısını oluşturur. Sağlıklı bir yönetim ve özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması için bu erklerin birbirinden bağımsız ancak temeldeki birlikteliği bozmayacak bir uyum içinde çalışmaları gereklidir. Siyasal güç çoğu zaman yürütme ve yasamayı elinde bulundurduğu için, özellikle siyasal ve ekonomik krizlerin yaşandığı dönemlerde, yargının kendi düşüncesi ve politikaları doğrultusunda hareket etmesini istemektedir. Bu nedenlerle, yargının siyasal güç karşısında bağımsız olması kadar, siyasal erkten dışındaki güçlere karşı da tam bağımsız olması gerekir.

Devleti oluşturan üç temel güç yanında, yazılı ve görsel basını kapsayan Medya Kuruluşları bu gün ülkemizde kamuoyunun gündemini belirleyecek bir etkinliğe sahiptir. Bir çok yolsuzluğun, vurgunun, haksızlığın ortaya çıkarılmasında önemli katkıları olan medya, zaman zaman yargısız infaz yaparak kişinin kamuoyunda peşinen mahkum olmasına da neden olmaktadır. Medyanın yargılama öncesi ve yargılama sırasında yaptığı yayınlar yargılamayı etkilemekte, yargıcın taktirine giren konularda sanık aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Adli haber herhangi bir haber değildir, bu haberler verilirken büyük özen gösterilmesi gerekir. Yargıda beraat etme, aklanma şansınız vardır ama medyada mahkum edilmişseniz kamu vicdanında kolay kolay aklanma olanağınız yoktur. Çağdaş yurttaş olarak, toplumsal ilişkiler nedeniyle herkesin yargı önüne çıkma olasılığı vardır. Ülkemizde açılan kamu davalarının yaklaşık yarıya yakınının beraatle sonuçlandığı da dikkate alınır, yargıç önüne çıkma olasılığı daha da artmaktadır.

Çalışkan, ilkel ve duyarlı savcılarımızı ayrı tutarsak, ceza davalarının bir çoğunun özensizce düzenlenmiş iddianemelerle açıldığını söylemek haksızlık olmaz. CMUK'nun 151-163. maddeleri arasında düzenlenen hazırlık so-

ruşturması; suç şüphesinin öğrenilmesi üzerine, devletin kovuşturma organlarının harekete geçmesiyle başlayan ve bu şüphenin kamu davası açmaya yetecek kadar kuvvetli olup olmadığının araştırıldığı ceza kovuşturması aşamasıdır. Bu aşama başından sonuna kadar Cumhuriyet Savcısının sorumluluğu ve denetiminde geçer ama uygulamada, çoğu kez teftiş kurullarından gelen müfettiş raporları ve zabıttan gelen fezlekeler hiç değişmeden olduğu gibi iddianameye dönüşmektedir.

Kamu davasının görülmesi sırasında, savcılık makamı ile yargılama makamının sergiledikleri birliktelik, çoğu kez eleştirilere neden olmaktadır. Çünkü, yargılamayı yürüten yargıç ya da mahkeme heyeti, hiç bir yasal dayanağı olmadığı halde kürsüde savcıyla bütünleşerek ara kararlarını birlikte oluşturmaktadırlar. Savunmayı dışlayan bu haksız uygulama giderek yaygınlaşmaktadır.

Yargı bağımsızlığı, Anayasamızın 9., 138. ve 139.maddelerinde hiçbir duraksamaya neden olmayacak biçimde yer almıştır. Anayasa ve yasalarda açıkça belirtilmiş olmasına karşın, yargı tam bağımsız değildir.

Cumhuriyetin kuruluşundan 1961 Anayasasının yürürlüğe girdiği güne kadar; yargıç ve savcılar özlük işleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlı olarak görev yapmışlardır. Bu dönemde bakanlığın yetkisi kesindir.

Genç Türkiye Cumhuriyetinin çağdaş devlet yapısı içinde kurumsallaştığı, geleneklerinin olduğu ve korunduğu tek partili dönemde, "Yargı Erki; Devletin, Anayasanın ve insan onurunun koruyucusudur" diyen Atatürk ve "O yargıçtır biz o'nun ayağına gideriz" diyen devrimci Adalet Bakanı büyük hukukçu ve devlet adamı Mahmut Esat BOZKURT zamanında yargı bağımsızlığından yakınma olmamıştır.

1950 yılında başlayan çok partili dönemdeki uygulamalar ile yargı bağımsızlığı tümenden zedelenmiş ve yargı politikanın etkisi altına girmiştir. Siyasal güç beğenmediği yargıçları "görülen lüzum üzerine" gerekçesi ile ve yargıç güvencesini, yargı bağımsızlığını hiçe sayarak ve bir gecede emekliye ayırarak yetkisini kötüye kullanmıştır. Dönemin Adalet Bakanı Osman Şevki Çiçekdağ'ın, bir yargıcın görevden alınmasını isteyen partiliye "Ben ocak bucağın başkanı partililerin sözü üzerine yargı görevinden almam" yanıtı bile yargı bağımsızlığının karşı karşıya olduğu olumsuzlukları açıkça göstermektedir.

Yaşanan bu acı deneyimler nedeniyle 1961 Anayasası yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi adına oldukça ileri kurum ve kurallar getirmiştir. Bu kurumların başında, Yüksek Hakimler Kurulu ve Anayasa Mahkemesi gelmektedir. Yüksek Hakimler Kurulu'nun bazı atama ve seçimlerdeki tutumu yakınmalara neden olmuş, bu yakınmalar sonucu 12 Eylül askeri müdahalesi sonrası kurul kaldırılmış, bugünkü yapı oluşturulmuştur. Bu kurulun biçimlendiği 1982 Anayasasının tartışmaya açıldığı o günlerin Türkiye'sinde Türkiye Barolar Birliğince; "Türk ulusunun ve Türk devletinin kaderinde büyük etkisi olacak hukuksal-siyasal en önemli belgenin tasarıda yer alan, zararlı olduğuna inandığı çeşitli çözümleri ve hele bu taslağın dayandığı 'devlet felsefesinin' tutarsızlığını belirtmek zorunluluğunu, yurt severliğin ve görev bilincinin kaçınılmaz bir sonucu olarak duymaktadır. Bu gerekçelerle 2-3 Ekim 1982 günleri Ankara'da toplanan Birliğimiz Genel Kurulu aşağıdaki görüşlerde birleşmiştir." denilmek suretiyle Birliğin demokratik karşı duruşu sergilenmiştir.

1982 Anayasasının tümü hakkında görüş ve düşüncelerin ifade edildiği ve günümüzde de geçerliliğini koruyan bu metinde yargı bağımsızlığı için şunlar söylenmiştir; "...Tasarının bu bölümünde yer alan düzenlemelerin 'yargı bağımsızlığı' ve 'yargıç güvencesi' ilkelerine uygun olduğunu söylemek kolay değildir. Yargı erkinin, anayasayla yüklendiği denetim işlevini eksiksiz yapabilmesi için "yargı bağımsızlığı" zorunludur.

Yargının bağımsızlığı, "yargıç güvencesi" ile sağlanır ve bütünlenir. Yargıç güvencesi, soyut ve fantezi bir düşünce değildir, görevin gereğidir. Yargıçtan çok kişinin, yurttaşın ve rejimin güvencesidir. Yargıçların son derece büyük sorumluluk gerektiren işlevlerini yerine getirebilmeleri için güvence altında olmaları zorunludur. Bu güvence hem yasama, hem yürütme erkleri hem de hak ve iş sahiplerine karşı olacaktır.

Yargıçların meslek görevlerini tam bir güven duygusu içinde yerine getirebilmeleri için atamadan başlayarak yükselme, yer değiştirme ve bütün özlük işlerinde bu güven duygusu silinmemelidir. Yargıç, devlet ve toplum yaşamında her alanda son sözü söylemek göreviyle yükümlenmiştir. Hiçbir kamu görevinde olmayan, son derece ağır sorumluluklar yüklenmiştir. Yargıçı devlet memurundan ayıran özelliği de buradadır.

Kişiler, çıkarları ile haklarını karıştırabilirler. Bu nedenle çıkarı bozulanların yargıçtan ve yargının işleyişinden yakınıcı olması beklenebilir. Bu ve benzeri yakınmaların, etkili biçime dönüşmesi sonucu, yargıcın kararları ne-

deniyle yerinden ve işinden uzaklaştırılmasına yol açmamalıdır. Güvence bu noktada gerekli olur. Bunun içindir ki, yargıçların azlolunmaması; istekleri dışında emekli edilememesi; aylık ve ödeneklerinden yoksun bırakılmaması gibi konular Anayasa taslağında yer almıştır, ancak bunların açık ve net olarak düzenlenmesi gerekir." denilmiştir.

Yine devamla; "1950-1960 yılları arasındaki uygulamalar gösterdi ki, siyasal iktidarlar adalete etki ve baskı yapmak, el uzatmak isterlerse bunu becerebilirler. Yargıçların özlük haklarının yürütme erkine bağlı olması halinde bu olanak çok kolay bulunabilir. Nitekim bu dönemde, bir Adalet Bakanı aralarında birinci başkan ve Cumhuriyet Başsavcısının da bulunduğu 35 Yargıtay üyesini topluca emekliye ayırabilmiştir. O zamanki Yargıtay üyelerinin yaklaşık üçte birinin görevden uzaklaştırılması sonucunu doğuran bu olayın adaleti, yargıyı baskı altına almadığı düşünülebilir mi? Türk Adalet tarihinin en önemli olaylarından biri olan bu işlem, biçimsel olarak yasaya uygun; ama yargı erkinin bağımsızlığını ortadan kaldıracı niteliği bakımından Anayasaya ve hukuka aykırı idi.

Tasarıda yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi için getirilen 'Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu' sistemi uygun bir tercih ve düzenleme değildir. Çünkü, "Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu" gerek, görevleri gereği doğrudan katılan üyeleri gerekse, Yargıtay ve Danıştay'dan seçim ve atama yoluyla gelen üyeleri yürütme erkinin kesin etkinliği altındadır. Bu tür bir kuruluş gelecekte "yargıç güvencesi" için sakıncalı sonuçlar yaratacaktır. Özellikle siyasal iktidarlar bu yöntemden yararlanarak yargıçları etki altına almaya çalışacaklar. Hukuk devletine uygun sayılmayan bu kurumun tasarıdan çıkarılması ve Yüksek Hakimler Kurulunun ana ilkede bağımsızlığının oluşturulması yerinde olacaktır. Bütün yargıç ve savcılarının katılımı ile yapılacak geniş tabanlı bir seçimle oluşacak 'Yüksek Hakimler Kurulu' uygun bir kurum modeli sayılmalıdır. İster 'Yüksek Hakimler Kurulu' olsun isterse 'Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu' olsun özünde idari işlev yapmakta olan kuruluşlardır. Bu nedenle işlem ve kararları idari niteliktedir. Bu işlem ve kararların yargı denetimi dışında bırakılması genel ilkeye aykırıdır. Bu bakımdan tasarının 172.maddesinin 5.fıkrasındaki kural sakıncalıdır" denilmektedir.

12 Eylül liderinin yargıyı ziyaretlerinde, dönemin ilgili ve yetkililerinin suskun kaldığı, yine aynı Anayasanın sağladığı olanaklarla yargının tepe noktalarına çıktıktan sonra, bu Anayasanın meşruiyetini tartışan kişilerin tepkisiz

kaldığı günlerde, içeriğine tamamen katıldığım metnin oluşmasına katkı veren Türkiye Barolar Birliği Genel Kurul üyelerini, Türkiye Barolar Birliği Yönetimini ve metni kaleme alan onurlu meslek ustalarımı saygıyla anıyorum. Sözünü ettiğim metindeki sakıncalar bir bir gerçekleşti ve siyasal iktidarların etkisi yargıya açıkça yansıtıldı.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda boşalan her üyelik için Yargıtay ve Danıştay'a bu kurumlardan seçilecek üyeleri doğrudan seçme hakkı tanınmayıp, Anayasaya göre yürütmenin başı sayılan Sayın Cumhurbaşkanına bu konuda yetki tanındıkça, Adalet Bakanı ve Müsteşarı kurulda üye olarak kaldıkça, Kurulun kendi Personel Müdürlüğü ve Teftiş Kurulu kurulmadıkça, Kurul kararları yargı denetimine açılmadıkça, ülkemizde özlenen ve beklenen yargı bağımsızlığı gerçekleşmeyecektir.

Bütün bu anlatılanların dışında, bağımsızlığın; yasalarda değil onu temsil edecek olan savcı ve yargıçların kafasında, gönlünde şekillenmesi gereklidir. Adalet Bakanlarının, adliyeri ziyaretleri sırasında yaşanan ve zaman zaman basına da yansıyan savcı ve yargıçlarımızın sergilediği görüntüler yargı bağımsızlığı adına olumlu gelişmeler değildir.

Ülkemizde, vicdanı hür, irfanı hür, eğitim ve öğretim bakımından donanımlı ve iyi yetişmiş, yaptığı işin bilincinde olan hukukçulara ihtiyaç vardır. Bunun tek çözümü ise hukuk fakültelerindeki eğitim ve öğretimin kalitesinin artırılması olmasına karşın, aksine hukuk eğitimi giderek zayıflamakta ve kalite sorunu yaşanmaktadır.

Hiç bir gelişmiş ülke yoktur ki, hukuk ve yargı sistemleri bu gelişmenin gerisinde kalmış olsun. Çağdaş ülkelerin en gelişmiş sistemlerinin başında daima hukuk ve yargı sistemi gelmektedir.

Atatürk, Ankara Hukuk Fakültesinin açılışında yaptığı konuşmada ve kurduğu Türk Hukuk Kurumu ile hukuka verdiği önemi açıkça göstermiştir. Gelişme ve ilerleme çabasındaki ülkemizde daha sonra gelen siyasal iktidarlara ve onun temsilcilerine bunu asla böyle algılayamadılar, hukuku yeterince ciddiye almadılar. Bu tutum ve davranış öyle bir noktaya geldi ki, hukuku tanımamak, yasa ve kuralların etrafında dolanmak iş bilirlilik, iş bitiricilik gibi algılanır oldu. Bu alışkanlık bazı belediyeler başta olmak üzere, bir çok kamu kurum ve kuruluşunda halen sürdürülmektedir, bunun en büyük kanıtı büyük kentlerde, kıyı şeritlerinde ve orman arazilerindeki hukuk dışı imar uygulamalarıdır. Başkent'in ortasında Atatürk'ün armağanı Atatürk Orman Çiftliği de bu

hukuksuzluğun kurbanı olmuş devletin en üst düzey yetkililerinin gözleri önünde parsellenmiştir.

Demokrasiye geçişimizle birlikte ekonomik hamlelerin toplumun refahını tek başına sağlayabileceği ve hukukun pek önemli olmadığı görüşü ağırlık kazandı. 1960 müdahalesinden sonra en çağdaş anayasayı yapmış olmamıza karşın dönemin geçerli siyasal söylemlerine uygun olarak, hukukun bir üst yapı kurumu olduğu, alt yapının üst yapıyı belirlediği, üretim ilişkilerinin ve tarzının değiştirilmesi ile hukukun da değişeceği kabul edilerek, bu süreçte de, yine hukuka gereken özen ve önem verilmedi.

1982 müdahalesi ve onun ürünü olan 12 Eylül Hukuku, yeni bir anlayışı geliştirdi. Hukuk ayak bağı olarak algılandı. Ülke bu dönemde, mantar gibi türeyen bankerlerle, milyar dolarlara varan hayali ihracatlarla, tapu tahsis belgeleri ve bir çok yeni kurum ve kavramlarla tanıştı. Bu dönemlerde ihtiyaca bakılmaksızın yeni üniversiteler ve hukuk fakülteleri açıldı.

Bugün ülkemizde yeni açılacak vakıf üniversitelerindeki fakülteler de dikkate alınırsa, yaklaşık 33 hukuk fakültesi vardır. Ülkemiz hukuk fakültelerinde "Hukuk Bilimi", "Hukuk Öğretimi", "Hukukçu Eğitimi" düzeyi çağdaş toplum gereklerini karşılayacak niteliklerin çok gerisinde kalmaktadır. Fakültelerimizin bu durumu ülkemiz hukukunun ve yargı sisteminin sorunlarının hem önemli bir parçası, hem de önemli kaynaklarından birisidir. Bu nedenle hukuk bilimi araştırmaları, hukuk öğretimi ve hukukçu eğitimi sorunları üniversitelerin sorunları olmaktan daha çok hukuk ve yargı sistemimizin sorunları olup, çözümler bu açıdan bakılarak üretilmelidir.

Hukuk fakültesi eğitimi üç bölümden "Özel Hukuk, Kamu Hukuku, Maliye ve İktisat" ve yaklaşık 18 ana bilim dalından oluşmaktadır. Bütün bu dersler için sekiz yarı yıllık bir eğitim ve öğretim dönemi öngörülmektedir. Bu süre içinde 40 adet meslek dersi okutulmaktadır. Fakülte asgari öğretim üyesi sayısı bu verilere göre; her ana bilim dalına ikişer araştırma görevlisi ve bir öğretim üyesi düşünüldüğünde, bir fakültede en az 54 öğretim elamanı bulunması gerekirken, 14 tane olan devlet üniversiteleri hukuk fakültelerinde toplam öğretim üyesi sayısı 300 civarındadır. Vakıf üniversitelerinin onbirinde hukuk fakültesi vardır ve bu fakültelerde toplam öğretim üyesi sayısı yaklaşık 150 civarındadır. Bu öğretim üyelerinin önemli bir kısmı aynı zamanda devlet üniversitelerinin hukuk fakültelerinde kadroludurlar.

Bu verilerden de anlaşılıyor ki, mevcut akademisyen sayısı ihtiyaç duyul-

lan hukukçu sayısının çok altında bulunmaktadır. Bu sonuç bile hukuk öğretiminde ve hukukçu eğitiminde sözü edilen erozyonu tek başına açıklar niteliktedir.

Türkiye Barolar Birliği ülkemizde hukuk kültürünün gelişmesi ve hukukun üstünlüğü ilkelerinin yaşama geçmesi bağlamında, geçmişten buyana, kendisine düşen gerekli özeni göstermektedir. Tüm bunların tartışıldığı ve hukuk eğitiminin masaya yatırıldığı "Hukuk eğitiminin, dünü, bugünü ve yarını" konu başlıklı uluslar arası bir toplantı 2003 yılının Ocak ayında Ankara'da gerçekleştirilecektir.

Yargılama faaliyetleri, üç ayak üzerinde duran ve gelişen faaliyetlerdir. Bunlar, yargılama sırasında uygulanacak normlar, kurallar, eğitilmiş ve iyi yetiştirilmiş personel ve bu çalışmaların sürdürüldüğü bina, araç ve gereçlerdir.

Yargılamada uygulanacak normlar ve kurallar HMUK, CMUK başta olmak üzere usul yasalarında düzenlenmiştir. Pek çok eksikliklere rağmen her iki yasa da, hem hukuk hem de kamu davasının yürütülmesinde yeterli sayılabilir. Buna karşın; savcı, yargıç ve adli personel yönünden yeterlilikten söz etmeye olanak yoktur. Yan yana iki mahkemede görülen ve aynı özellikleri taşıyan davalardan biri çok kısa sürede ve hakkaniyete uygun olarak sonuçlandırılırken, diğer mahkemede yıllarca sürebilmektedir. Uygulamada sıkça rastlanılan bu durumun gerçek nedeni, yargılamayı yapan yargıç ve yardımcı adalet personelleri arasındaki kalite ve yeterlilik farkından kaynaklanmaktadır. Alınacak önlemlerle yargıçlar ve savcılar arasında görülen ve giderek artan yargılama ve uygulama farklılıklarının giderilmesi gereklidir.

Staj döneminde verimliliği artıracak önlemlerin yanı sıra, mesleğe katıldıktan sonra da, meslek içi eğitime büyük önem verilmeli, yargılama ve uygulamada birliktelik sağlanmalıdır. Yargıcın, en deneyimli, en yetenekli hukukçulardan seçilmesi gerekir. Yargılamanın, bilgili, ahlaklı, dirayetli, kültürlü ve güvenilir insanlara bırakılması halinde, mevcut yasal düzenlemelere karşın sorunların önemli oranda azalacağına inanmaktayız. Savcının ve avukatın hataları bir ölçüde giderilebilir, ancak hüküm verme durumunda olan yargıcın hatası ve yanlışının giderilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yargıçlık mesleğine en üst kaliteyi kazandıracak alt yapının mutlaka oluşturulması gereklidir.

Bugün hukuk fakültelerinden mezun olan yetenekli, bilgili, donanımlı gençlerin öncelikli tercihleri, Sermaye Piyasası Kurumu, Rekabet Kurulu,

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Hazine Müsteşarlığı, Merkez Bankası gibi ücreti yüksek kurumlar olmakta, daha sonra Noterlik, Avukatlık ve son olarak güvenceli bir kamu görevi olarak yargıçlık ve savcılık tercih edilmektedir. Bunun mutlaka değiştirilmesi ve yargıçlığın sağlanacak olanaklarla ilk tercih edilecek meslek gurubu haline getirilmesi gereklidir.

Mahkemede çalışan personelin yönetici kadrosunun, Adalet Meslek Yüksek Okulu mezunlarından, diğer yardımcı personelin de mutlaka iyi eğitim görmüş yetenekli kişilerden seçilmesi gereklidir.

Yoğun iş ve büyük sorumluluk taşıyan adli işlerde çalışan personelin seçimine büyük özen gösterilmelidir. Bugün adli işlerde çalışan personel çok zor koşullarda özveriyle çalışmaktadır. Adliye personeli yaptığı işin önemine ve konumuna uygun olmayan bir biçimde, hiçbir sosyal hakkı olmadan, ağır iş yükü ve olumsuz çalışma koşulları altında toplumun sorunlu ve problemlili kesimi ile uğraşan, yıpratıcı, stresli bir hizmet yürütmektedir. Bu olumsuz çalışma koşulları becerikli, yetenekli ve çalışkan personelin daha iyi koşullardaki kamu kurum ve kuruluşlarına geçme girişimlerinde bulunmasına neden olmaktadır.

Belirtilen olumsuzlukların bir an önce giderilerek adliye çalışanlarının maddi ve sosyal statülerinin yaptıkları işin önemine uygun olarak yeniden düzenlenmesi, adalet hizmetleri tazminatının artırılması, fazla çalışma tazminatı ödenmesi, bir kısım kamu personeline verilen yıpranma zammının öncelikle ve ivedilikle adliye çalışanlarına da verilmesi ve ilgili yasal düzenlemelelerin bir an önce yapılması gereklidir.

Mahkemelerimiz, bina, araç ve gereç bakımından da son derece yetersizdir. Adalet Bakanlığının kıt bütçe olanakları ile sağlamaya çalıştığı yatırımlara karşın, yargılama yaptığı işin önemine uygun kalitede donanıma sahip değildir. Ülkemizdeki mahkeme manzaralarını hepimiz en ayrıntılı noktasına kadar bilmekteyiz. Adliye Saraylarında çalışması gereken, yargıç, savcı ve adli personelin, çoğunun yetersiz yapılarda görev sürdürmesi ayıbından mutlaka kurtulmamız gerekir. Bu arada Adalet Bakanlığının sınırlı olanakları ile mahkemelerde bilgisayar kullanımına yönelmesini, ayrıca "Ulusal Yargı Ağı Projesi" ve önemli diğer girişimlerini taktirle karşılıyor, bu konuda bize düşen her türlü desteği vereceğimizi yineliyoruz.

Yargılama sırasında en çok yakınma bilirkişilik kurumundan gelmekte, kurumun kesinlikle yeniden ele alınarak, yargılamaya yardımcı bir kurum ha-

line getirilmesi istenmektedir. HMUK'nun 275-286.maddeleri arasında, CMUK'nun 65-77.maddelerinde düzenlenen bilirkişilik kurumu, uygulamada büyük sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sorunları şu şekilde sıralayabiliriz;

- Yasaların açık buyruğu ve yargılama sanatının temel ilkeleri ve değerleri çiğnenerek hemen her konuda bilirkişiye başvurulmaktadır.

- Bilirkişilerin seçiminde, özel teknik bilgi ve kişilik açısından gerekli özen gösterilmemektedir.

- Usul yasalarının açık buyruğuna karşın, bilirkişi seçimlerinin, yanların hak ve yetkileri gözetenmeden, bu yolda gerekli girişimler yapılmadan, doğrudan yargıçlarca yerine getirilmesi yerleşmiştir.

- Zorunlu olmamasına karşın, üç kişilik bilirkişi uygulaması da yaygınlaştığından çoğu kez bu heyette sadece bir kişi raporu hazırlamakta diğerleri ise imzalamakla yetinmektedir.

- Dosyalar bilirkişilere, her türlü yoruma açık genel ifadelerle oluşturulan ara kararlarıyla verilmektedir. Bilirkişiler raporlarını bir yargıç özentisi içinde dava ve olayla ilgisi olmayan yorum ve değerlendirmelerle düzenlemektedirler.

- Yanların güçlü olanının, bire bir ilişki kurarak bilirkişileri etkilediği yolunda yaygın kanı, bilirkişilik kurumu için yapılan eleştirilerin başında gelmektedir.

HMUK'nun 275.maddesinde "Mahkeme, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenmez" denilmesine karşın, tamamen hukuki olan konularda bilirkişiye başvurulmakta, özellikle avukatlar, emekli yargıçlar ve bir kısım öğretim üyeleri için "Hukuk Bilirkişi"liği ek bir görev ve kazanç kapısı haline getirilmektedir.

Yine çoğu kez ehil olmayan, bilgisiz, birikimsiz ve yetersiz kişilerin düzenlediği raporlar verilen kararlara dayanak yapılmakta böylece adalet büyük yara almaktadır. Bilirkişilik kurumu, yargılamadaki işlevi ile sınırlı olarak ayrıntılı biçimde yeniden ele alınmalı, bu konuda usul yasalarına uygun hareket edilmesi sağlanmalı, kuruma saygınlık ve işlerlik kazandırılmalıdır. Bu arada konuyla ilgili olarak Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan "Türkiye Hakem

ve Bilirkişi Odaları Kanunu Tasarısı"na karşı olduğumuzu ve bilirkişiliği bağımsız bir meslek olarak kabul eden görüşe katılmadığımızı belirtiriz; çünkü bu tasarının yasalaşması halinde mevcut olumsuzluklar da kurumlaşmış olacaktır.

Ülkemizde güncelliğini sürdüren bir diğer konu da cezaevleri sorunudur. Yasa ve kurallara karşı gelen ve suç işleyen kişilerin yargılanarak hak ettikleri cezayı çekmek için, cezaevlerine konulup özgürlüklerinin sınırlandırılması, çağdaş ceza ve infaz hukukunun konusunu oluşturur. Bozulan kamu düzeninin onarılması, hukuki ve toplumsal istikrarın korunması için bu konu, yamsamsal bir önem taşır, aksi taktirde, düzen yerini kargaşa ve anarşiye bırakır. Bütün bunlar yapılırken, hukuk içinde kalınarak çözümler üretilmelidir. Oysa ülkemizde Ceza ve Tutukevleri uygulamasında zaman zaman hukuka aykırılıklar yaşanmaktadır. Bir hukuk devletinin, kendi koruması altındaki kişilerin ölümüne neden olmasını açıklamaya olanak yoktur. Geçmiş dönemlerde Diyarbakır Cezaevi'nde 12 kişinin, Ulucanlar Cezaevi'nde 10 kişinin ve hayata dönüş operasyonu adı altında yapılan müdahale sonunda 40 kişinin yaşamını yitirmesinin bugüne kadar makul bir açıklaması yapılamamıştır. 4675 sayılı "İnfaz Hakimliği Kanunu" ve 4681 sayılı "Ceza İnfazı Kurumları ve Tutukevleri İzleme Kurulları Kanunu" sorunlara önemli ölçüde çözüm getirmiş olmasına karşın, cezaevlerinde yakınmalar ve kamuoyunu rahatsız eden olaylar sona ermemiştir.

4667 sayılı yasa ile değiştirilen Avukatlık Kanununun getirdiği yeni olanaklar ve düzenlemelere karşın, savunmanın örgütü Barolar ve onun üyeleri avukatların sorunları devam etmektedir. Bunun başlıca nedeni, bir çok kimşenin savunmanın elde ettiği yeni kazanımların bilincinde olmamalarından kaynaklanmaktadır. Meslektaşlarımıza yönelik çoğunlukla ölümle sonuçlanan saldırılar başta olmak üzere, ceza ve tutukevlerinde avukatlara karşı yapılan haksız uygulamalar, Avukatlık Kanununun 2. maddesinde getirilen hak ve yetkileri resmi kurum ve kuruluşların bir ayrıcalık olarak algılaması sonucu gösterilen dirençler, Adalet Bakanlığı'nın yayımladığı bir genelge ile adliye binaları içindeki Baro odalarında kullanılan su, elektrik, ısıtma giderlerinin Barolardan istenmesi Barolarımız ve onların üyeleri avukatlar tarafından hayret ve tepkiyle karşılanmıştır. Bu son uygulama Adalet Bakanı Sayın Prof.Dr. Aysel Çelikel tarafından kaldırılmıştır. Kendisine tüm Barolar ve Barolar Birliği adına teşekkür eder, saygılar sunarız.

Yine Avukatlık Kanununun 58.maddesinde "...Avukat yazıhaneleri ve konutları ancak mahkeme kararı ile ve bu kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısı denetiminde ve Baro temsilcisinin katılımı ile aranabilir. Ağır cezayı gerektiren suçüstü halleri dışında avukatın üzeri aranamaz" hükmüne karşın, özellikle cezaevlerinde avukatlara karşı yapılan uygulama haksız ve savunmayı dışlar niteliktedir.

Kamu kesimi avukatları yıllardır gördükleri işin önemi ve konumuna uygun bir statüde değildiler. Oysa kamu avukatları, yürütme içinde yargının, yargı içinde yürütmenin temsilciliğini yapmaktadırlar. Dolayısıyla kamu avukatları; sadece yargı önünde idareyi savunmakla kalmayıp, aynı zamanda yürütme erkinin hukuka uygun olarak kullanılmasında önemli bir görevi de yerine getirmekte, kamu gücü adına hareket etmektedirler. Bu görevlerin yerine getirilmesi ise, işin özünden kaynaklanan kayıtsız şartsız mesleki bağımsızlık ile mümkündür. Avukat, kamuda görevli olsa dahi bağımsız savunma kesinlikle sınırlandırılmaz. Büyük yolsuzlukların ortaya çıktığı günümüzde yıllardır trilyonlara varan devlet alacaklarını savunan kamu avukatları, yaptıkları işe uygun, özlük ve malî haklara sahip olamamışlardır. Bir başka anlatımla devlet kendisini savunan avukatlarına sahip çıkmamıştır. Bugünlerde Bakanlar Kurulu'nda imzaya açılan ve kamu kesimi avukatlarının malî ve özlük haklarını yeniden düzenleyen çalışmaların bu anlayışla yürütülmesini dileriz.

Avukatlık Kanununda yapılan değişikliklerle Türkiye Barolar Birliği ve Barolar üzerindeki Adalet Bakanlığı vesayeti büyük oranda kalkmış oldu. Bu konuların Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu ve Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında, bazı Sayın Parlamenterler Türkiye Barolar Birliği ve Barolar hakkında çok ağır eleştiriler getirdiler ve özellikle Türkiye Barolar Birliği'nin belirli bir dünya görüşünü temsil ettiğini ve taraf olduğunu, bu denli yetkilerle donatılmasının büyük sakıncalar yaratacağını ileri sürdüler. Ancak bugüne kadarki karar ve uygulamalarımız bu eleştiri ve kaygıları haklı çıkarmamış, aksine objektif ve yansız bir yönetim anlayışı içinde olduğumuzu kanıtlamıştır.

Türkiye Barolar Birliği ve Barolar ülkemizde çağdaşlığı, insan haklarını, demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü ve tüm bunların egemen olduğu laik hukuk devletini savunmakta ayrıca, büyük önder Atatürk ve arkadaşlarının kurup bizlere emanet ettiği Cumhuriyet ve onun kazanımlarının korunmasında büyük duyarlılık göstermektedirler. Teokratik devlet özlemcilerine, ulusal ve

üniter devlet karşıtlarına Türkiye Barolar Birliği geçit vermeyecektir. Eğer bizi bu nedenlerle taraf olarak nitelendiriyorlarsa teşhis ve tespitleri doğrudur. Çünkü Türkiye Barolar Birliği kuruluşundan bu yana laik ve demokratik Türkiye Cumhuriyetine ve onun kazanımlarında taraftır.

57. Koalisyon hükümeti geçtiğimiz dönemde çok önemli konularda yasalar çıkarmasına, yeni düzenlemeler yapmasına karşın, kamuoyunda büyük tartışmalara neden olan, hukukçuların üzerinde birleşemediği, ayrı ayrı yorum ve değerlendirmelere olanak veren yasal düzenlemeler de yapmıştır. Bunların başında 4616 ve 4758 sayılı "Şartla Salıvermeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanun" gelmektedir. 4616 sayılı yasa başından hukuksal ve toplumsal açıdan yanlış olduğu için sonraki düzenleme olan 4758 sayılı yasada da sorunlar devam etmiştir.

19 Mart 2001 tarihli Avrupa Birliği müktesebatının üstlenilmesine ilişkin Ulusal Program doğrultusunda, "Anayasa" ve "Medeni Kanun" da yapılan değişiklikler geçen yargılama döneminde en çok tartışılan konular olmuştur.

Türkiye'de anayasal hareketler, batıdaki Anayasa çalışmalarına göre geç başlamış olsa da zengin sayılabilecek bir anayasal birikim yansıtmaktadır. Bununla birlikte anayasal sorunlar ve anayasal arayış güncelliğini sürdürmektedir.

Türkiye'de AB'ye giriş sürecinde, kaydedilen anayasal ve yasal ilerlemelerin önemi kesinlikle vurgulanmalıdır. Özellikle 2001 Anayasa değişiklikleri kayda değer nitelikte olmasına karşın, bunlar daha çok hak ve özgürlüklerle sınırlı kalmış; devlet organlarının ve demokratik kurumların düzenli işleyişine ilişkin, yargı bağımsızlığını sağlayıcı, hukuku etkili kılıcı değişiklikleri gerçekleştirecek siyasal irade ortaya çıkmamıştır.

Türkiye Barolar Birliği, gerçekleştirilen ve öngörülen özgürlükçü ve demokratik yöndeki iyileştirmeleri hep desteklemiş ve bunların uygulamaya geçirilmesi için çaba göstermiştir. Bütün bunlara karşın, ne anayasal değişiklikler tamamlanabilmiş ne de değişiklikleri tam olarak uygulamaya geçirecek uyum yasaları hazırlanabilmiştir. Aslında Türkiye'nin yeni bir Anayasaya ihtiyacı vardır. Çağdaş Türkiye'nin yeniden yapılanması için ve yeni bir hukuk kültürünü oluşturmak amacıyla yeni bir Anayasa hazırlanmalıdır.

Türkiye Barolar Birliği böyle üstün bir amaca katkıda bulunabilmek için, çoğunluğu anayasa hukuku uzmanı ve uygulamacılardan oluşan bir grup hu-

kukçuya yeni bir Anayasa metni hazırlatmış; "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi" adını taşıyan metin 12 Eylül 2001 günü kamuoyunun bilgisine sunulmuştur.

Nedir bu Anayasa Önerisi'nin esprisî? Bu metin, Anayasanın üç eksenî olarak " Ülke, İnsan ve Devleti" nicelik sorunundan çıkarıp nitelik sorununa dönüştürme çabasının ürünüdür. Hak ve özgürlükleri bunların evrimci karakterine ve bütüncül özelliklerine uygun olarak düzenleyen özgün bir metin söz konusudur. Anayasal kurumlar olarak, devletin üç erkinin dengeli bir yapılması yönünde kurallar koymanın ötesinde, Anayasa önerisi, uzman ve özerk birimlere ağırlıklı biçimde yer vermiştir. Yargı organlarını yeniden yapılandırmış, daha çok hukukî ve daha yaygın ve güçlü bir demokratik rejim hedefinde düzenlemeler yapmıştır. 1961 ve 1982 Anayasalarını temel alarak hazırlanan Türkiye Barolar Birliği "Anayasa Önerisi" ulusal özelliklerle uluslararası ölçütler arasındaki sentez arayışını yansıtmaktadır.

Büyük önder Atatürk ve arkadaşlarının kurduğu ve bizlere emanet ettiği genç Cumhuriyetimizin en önemli kazanımlarından biri kuşkusuz hukuk devrimidir. Bu devrimin temel taşlarından olan ve dönemin çağdaş toplumları arasında yer alan İsviçre'den esinlenerek hazırlanan "Türk Medeni Kanunu" 17 Şubat 1926 tarihinde kabul edilmiş ve 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türk Medeni Kanununun, Osmanlı geleneksel aile yapısından, günümüzün çağdaş ve uygar aile yapısına geçişte sağladığı olumlu katkılar asla yadsınamaz. Ne var ki, yasaların durağanlığına karşın, toplumsal yaşam sürekli değişkendir. Bireyin tüm yaşamını; doğum öncesinden başlayıp ölüm sonrasına kadar düzenleyen bu denli önemli bir yasanın, hızla değişen ve gelişen çağdaş toplum bireylerinin gereksinmelerine yanıt verebilmesi, bu gelişmelere uyum sağlayabilmesi için değişikliğe uğraması kaçınılmaz olmuştur.

Yeni hükümler içeren, özellikle her alanda kadın-erkek eşitliğine yer veren, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri göz önünde tutan günümüz sosyal ve ekonomik koşullarına uygun, dil yönünden anlaşılması kolay ve uluslararası sözleşmelerle paralellik gösteren yasa 1 Ocak 2002 günü yürürlüğe girmiştir. Eski Medeni Kanununun madde numaralarına bağlı kalınmamış olması, 76 yıl içinde gelişen Türk Medeni Hukuk teorisi, uygulaması ve yargı kararlarının, yeni Medeni Yasa ile karşılaştırmalı olarak incelenmesi açısından büyük zorluklara yol açacak nitelikte bir düzenlemedir. Nitekim uygulamada bu yönde ciddi yakınmalar başlamıştır. Yeni Medeni Kanun ile ilgili getirdiği-

miz önemli bir eleştiri de, 1926 yılında dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat BOZKURT'un imzasını taşıyan ve Türk Devriminin özünü, ruhunu, amacını, felsefesini anlatan yasa gerekçesinin bu amacından uzaklaşacak nitelikte özetlenmesidir. Medeni Kanun gerekçesi, devrimin gücünü ve dayandığı ilkelere belirlemesi, ülkemizi, toplumumuzu aydınlık çağdaş yarınlara taşıyacak hedefleri göstermesi bakımından, vazgeçemediğimiz ve vazgeçemeyeceğimiz bir meşale olmuştur. Bu denli önemli ve vurgulayıcı olan gerekçe, yeni yasada amacından uzaklaştırılmıştır. Bu uygulama geçen süre içinde ülke yönetimindeki, düşünce ve anlayış erozyonunu en açık biçimde ortaya koymaktadır.

Yasama çalışmalarını bitirerek tatil kararı alan Türkiye Büyük Millet Meclisi Temmuz ayında olağanüstü toplantıya çağırılmış ve çok önemli yasaları kabul etmiştir.

22.Dönem Milletvekili seçimlerinin 3 Kasım 2002 günü yapılmasına karar veren Türkiye Büyük Millet Meclisi kamuoyunun beklemediği bir performansla "Anayasada yapılan değişiklikler ile Türk Medeni Kanununda yer alan hükümlere uyum sağlanması ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı Çerçevesinde" yapılması gerekli tedbirlerle ilgili olarak çeşitli kanunlarda değişiklikler yapmıştır.

Yapılan değişiklikler ve düzenlemeler, içinde bulunduğumuz siyasal, sosyal ve toplumsal olaylar bakımından son derece önemli ve anlamlıdır. Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerini bu kritik dönemde, böylesi önemli kararları aldıkları için kutlamak gerekir. Ancak, bu kararların ardından koparılan fırtınayı ve yapılan düzenlemelerin acımasızca iç politika malzemesi yapılmasını da anlamak mümkün değildir. Yapılan değişiklik ve düzenlemelerle ne ülke bölünür, ne de Avrupa Birliğine girilir.

Kurtuluş Savaşı sonrası Cumhuriyeti kuranlar, Osmanlı İmparatorluğunun benimsediği uygarlıktan, bir başka uygarlığa katılma kararı alarak, bu uygarlığın hukukunu, sosyal yaşamını topluma yerleştirmek istemişler, bunun sonucu olarak, 20.yüzyılın en büyük hukuk devrimini gerçekleştirerek, tüm yasaları batı ülkelerinden aynen almışlardır. Avrupa kültürünün ürünü olan bu yasalar, yeni kurulan çağdaş ve demokratik devletin hukuk temelini oluşturmuştur. O günün Türkiye'sinde milli birlik ve beraberliğin simgesi olan çağdaş hukuk anlayışının, bugünün Türkiye'sinde bölücülük ve ayrışmanın nedeni olacağını kabul etmenin gerçekçilikle hiç ilgisi yoktur. Yurtseverlik kendi in-

nının, kendi halkının, kendi toplumunun çağdaş değerlere kavuşmasını istemek ve onun gerçekleşmesi için duraksamadan mücadeleye girmekten geçer.

Atatürk, batı ile savaştı ve kazandıktan sonra kurduğu Cumhuriyetin yönünü savaş meydanlarında yendiği ülkelerin oluşturduğu "Muasır Medeniyetlere", "Batı Medeniyetlerine" çevirdi. Bu kararı ancak Atatürk alabilirdi, çünkü sizi öldürmeye, yok etmeye kastetmiş insanlarla savaşacaksınız onları yeneceksiniz ve daha sonra onların medeniyetlerine, onların kültürlerine, onların yaşam biçimlerine yöneleceksiniz, bu karar büyük bir öngörü ve cesaret ister. Ama Atatürk şunu kesinlikle biliyordu, batı kültürü, batı uygarlığı ya da Avrupa medeniyeti, tüm insanlığın asırlarca verdiği büyük mücadeleler ve bedellerle oluşmuş ortak değerlerdir. İnsan aklının ortak ürünü olan bu değerler, tüm insanların üzerinde hak iddia edebileceği evrensel değerlerdir. İşte Büyük Önder hiç kimsenin tekelinde olmayan ve çağın değerleri olan uluslar üstü kuralların kendi ülkesinde de uygulanmasını istemiş; bunun sonucu, herkesin saygıyla karşıladığı başta hukuk devrimi olmak üzere, kıyafet devrimi, harf devrimi gibi bu günkü yöneticilerin zaman zaman savunmakta dahi güçlük çektikleri siyasal, sosyal ve toplumsal devrimleri gerçekleştirmiştir. Bugün ülkenin bölünmesine neden olacağı söylenen, çağdaş değerler ve batı ölçüleri kuruluş döneminde, devlet yapısının harcını oluşturmuştur.

Türkiye Barolar Birliği kuruluşundan bu yana Avrupa Birliği konusu gündemde olmadığı dönemlerde de bu ve benzeri değişikliklerin yapılmasını savunmuştur. Aralık 1999'da yayımladığımız "Güney Doğu Raporu"nda ana dilin öğrenilmesi, konuşulması, basın ve yayın organları aracılığıyla iletilmesi konusundaki görüşümüzü kamuoyuna duyurmuştuk. DGM'nin tartışıldığı 1970'li yıllardan günümüze kadar, bu mahkemelerin, doğal yargıç ilkesine aykırı olduğu, ayrı ve farklı usul uyguladığı, adil ve güvenli bir yargılamanın koşullarını içermediği gibi nedenlerle kurulmaması, kurulduktan sonra da kaldırılması ve tüm yargılamanın adli mahkemelerde görülmesi savunulmuştur. Ölüm cezası ile ilgili olarak, bu cezanın çağdaş ceza infazı ile bağdaşmadığını, bu hukuk ayıbından ülkemizin kurtulması gerektiğini Kurucu Başkanımız Prof.Dr.Faruk EREM ısrarla vurgulamış, bu görüş ve düşünceler Türkiye Barolar Birliği'nin tüm yönetimlerince de yıllardır savunulmuştur.

Yapılan bu değişiklikler sonrası AB'ye gireceğimiz konusunda söylenen sözlerin de gerçekçilikle ilgisi yoktur. AB zor ve çetin bir yolculuktur, bunun çok iyi değerlendirilmesi gerekir. AB'den önce biz kendi insanımız, kendi hal-

kımız için, çağdaş değerler üzerine yükselen, yurttaşları ile barışık, herkesin kendini güven içinde hissettiği, hukukun egemen olduğu, bütçesinin denk olduğu, hiç kimsenin iş ve yarın endişesinin olmadığı, bağımsız ve egemen bir devlet olmanın bilinci ile hareket etmeliyiz. AB bir sonuçtur, önce ülkemizi düşünelim, demokrasiyi, insan haklarını, hukukun üstünlüğünü egemen kılalım, büyümeyi, kalkınmayı hedefleyelim, üretim ve refahı artıralım, adil paylaşımı ve sosyal devleti gerçekleştirelim, AB'den önce temel hedefler bunlar olmalıdır. Bunları gerçekleştirmeden bu eksiklerimizi gidermeden, başkalarından yardım ve destek beklemek hayalcilik ve kolaycılık olur. Ülkeyi yöneten kadrolar, varılan noktada öncelikle kendilerini yargılasınlar, ülkenin demokrasi düzeyi, kalkınmışlık düzeyi, eğitim düzeyi, hukuk düzeyi, ekonomik düzeyi, uygarlık düzeyi ne noktada; bunlara olumlu yanıt verebiliyorlarsa, AB başta olmak üzere başkalarına söz söyleme hakları vardır, aksi taktirde kendilerini sorgulamalıdır.

1923'lü yıllarda küçük bir filiz olarak yeşeren ve 1933'lü yıllarda tamamen kök salarak tüm yurdu kapsayan devrimler aynı ruh, aynı duyarlılık ve aynı anlayışla günümüze kadar sürdürülebilseydi, bu gün Türkiye bu noktada mı olurdu? Kuşkusuz olmazdı. Tek çözüm, Cumhuriyetin ilk yıllarında olduğu gibi halka inanmak, ona çağdaş değerleri sunmak, demokratik bir ortamda, kendisini özgür ve bağımsız olarak geliştirmesini sağlayacak hukuksal yapıyı yaratmaktır. Avrupa Birliği Konseyi 1993 Haziranında Kopenhag'da "İnsan Hakları, Demokrasi, Azınlıkların Korunması ve İşleyen Bir Pazar Ekonomisi ile Hukukun Üstünlüğü" ilkelerini üyelik koşulları olarak belirlemiştir. Cumhuriyetimizin ulaşmayı hedeflediği "Muasır Medeniyetler" düzeyi ile adı geçen ölçütler büyük oranda örtüşmektedir. 1961 Anayasası ile kurmayı başardığımız "Hukuk Devleti" çatısını kesintiye uğratmaksızın 2000'li yıllara kadar koruyabilseydik, Kopenhag Kriterleri, diye karşımıza çıkarılan ölçütleri çoktan yakalamış olacaktık.

Bu nedenle, yapılan bu ve benzeri düzenlemeleri, AB'nin, ya da başka bir uluslararası kuruluşun, telkin ve tavsiyesi, ya da belli bir düşüncenin tutsağı olarak değil, kendi insanımızın, kendi toplumumuzun, esenliği ve gönenci için istiyor ve savunuyoruz.

22.Dönem Milletvekili Seçimlerinin 3 Kasım 2002 günü yapılmasına karar verilmiştir. Halkımız ve demokrasimiz için hayırlı olsun. 4 Kasım 2002 sabahında Türkiye'ye istikrar ve güven veren bir siyasal ortamın oluşmasını

umut etmek istiyoruz. Bu konudaki endişelerimizin en önemli nedeni siyasetteki alabildiğine bölünmüşlük ve mevcut Siyasi Partiler ve Seçim Yasalarındaki antidemokratik hükümlerdir. Son üç dört dönemdir parlamento, seçim dönemini tamamlamadan erken seçim kararı almak durumunda kalıyor. Bu dahi başlı başına mevcut siyasi partiler ve seçim yasalarının ülke siyasetine yeterli katkı veremediğinin bir göstergesidir.

Dünyanın en asil, en uysal, en sabırlı halkı olan Türk halkı ve Anadolu insanı, yaşadığı bunca çile ve dış kırıklığına karşın, demokrasiye olan inancını yitirmemeye çalışmaktadır. Halkımızın bu özelliği ve duyarlılığa siyasetçilerimiz tarafından çok iyi algılanmalıdır.

Kronikleşen iç ve dış sorunlarla karşı karşıya olan ülkemizde, siyasete ve yönetime aday olmak için çok iyi düşünülmesi, ondan sonra karar verilmesi gerektiği kanısındayız. Çünkü; içte yaşanan, siyasal, sosyal ve ekonomik sorunlarla; dışta yaşanan siyasal, sosyal ve ekonomik gelişmeler, değişimler ivedi olarak kontrol altına alınmadığı takdirde ülkemiz, tarihinin en karanlık günlerini yaşayabilir. Bu nedenle bilgili, birikimli, dohanımlı, deneyimli, etik ve moral değerleri yüksek parlamenterlerden oluşan bir meclis yapısına ihtiyaç vardır.

Hiçbir ekonomik sistem, ülkemizde geçerli ve yaygın olan "Üretmeden Tüketmenin" sihirli formülünü bulamamıştır. Kendi öz kaynaklarını harekete geçiremeyen, üretimini artıramayan, tamamen spekülatif önlemlerle ve dış borç bağımlısı ülke ekonomisinin silkinip ayağa kalkması çok zordur.

Tüm bunları yaşama geçirecek, halka güven veren, gerçekçi, samimi, açık ve dürüst siyasi kadrolara şiddetle ihtiyaç vardır. Umudumuz ve dileğimiz, seçime girecek siyasi parti yönetimlerinin milletvekili adaylarını, siyasi çıkar ve yandaş anlayışıyla değil, ülkeye ve halkımıza hizmeti öne çıkaran bir anlayışla belirlemesidir.

11 Eylül 2001 günü dünya en büyük terörist saldırısını yaşamıştır.

Siyasi bir amaca ulaşmak için yıldırma hareketlerini düzenli bir biçimde kullanma olarak tanımlanan terörizm, 11 Eylül saldırısıyla yalnız ABD'ne değil, tüm dünyaya, dehşet ve şok yaşatmıştır. Çünkü uluslararası terörizm günümüz uygarlığını ayakta tutan etik ve siyasi değerlerin bütününe hedef almaktadır.

Türkiye uzun yıllar terörden çok çekmiş, maddi ve manevi yönden ağır

bedeller ödemiştir. Bu dönemlerde ülkemize destek vermeyen ve olaylara seyirci kalan batılı dostlarımız, 11 Eylül 2001 gününden sonra demokratik ve laik bir ülke olan Türkiyemizi daha iyi anlamışlar ve değerlendirmişlerdir. Türkiye, nedeni ne olursa olsun, terörizmin her türüne karşı olduğunu bildirmenin yanında, bu tehlikeye karşı verilecek ortak mücadeleye de gereken desteği sağlayacağını açıklamıştır.

ABD'nin uluslararası şiddet ve terör olaylarını bahane ederek, Asya ve Orta Doğuda başta petrol kaynakları olmak üzere bir çok alanda güç ve etkinlik kazanma girişimlerine dikkat etmek, bu yöndeki gerekli duyarlılığı göstermek durumundayız. Bu düşüncelerin doğrultusunda ABD'nin Irak'a askeri bir müdahale gerçekleştireceği anlaşılıyor. Birleşmiş Milletler ve Uluslararası sözleşmelerde hüküm altına alınan kurallar hiçe sayılarak yapılması düşünülen bu hareket, ABD'nin içinde de ciddi muhalefetle karşılaşmaktadır. Olası bir müdahalede en büyük riski Türkiye alacaktır. Temel tercihi "Yurtta Barış, Dünyada Barış" olan Türkiye'nin ulusal çıkarlarını da önde tutarak son derece dikkatli ve öngörülü hareket etmesi zorunludur.

İç ve dış sorunların ülkemizin üzerine kara bulutlar gibi çöktüğü, insanımızın tüm umudunu, heyecanını yitirdiği, gençlerimizin geleceğinden endişe duyduğu bir dönemde yapılan seçimlerin yeni umutların, yeni heyecanların ve mutlulukların müjdecisi olması dileğiyle sizlere saygılarımı sunuyor, yeni adli yılın başarılı ve sorunsuz geçmesini diliyorum.

SAVCILIĞIN NİTELİĞİ, YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

Dr. Teoman GÖKÇE ()*

Anlatım Düzeni: Giriş, I-Hukuki Niteliği, 1-Genel Olarak, 2-Öğretideki Düşünceleri, 3-Millî Eğemenliği Temsil Etmesi, 4-Bir Adalet Organı Olması, II- Yapısı ve Özellikleri, 1-Savcılık Makamının Yapısı, 2-Savcıların Bağımsızlığı, 3-Savcılık Teminatı.

I. HUKUKİ NİTELİĞİ

1. Genel olarak

Ceza yargılamasında kamusal iddia makamını temsil eden savcılığın, hukuki niteliği üzerinde tam bir görüş birliğine varılmış değildir. Savcılığın devletin yasama, yürütme ve yargı organlarından hangisinin içerisinde bulunduğu ve ne tür bir organ olduğu konusu doktrinde hala tartışılmaktadır.

Savcılık işlemlerinin idari mi yoksa adli bir işlem mi, dolayısıyla savcılığın yürütme kuvveti içerisinde mi yahut yargıya dahil bir organ mı, olduğu sorusuna değişik cevaplar verilmiştir. Konuyla ilgili olarak, doktrinde değişik görüşler ortaya atılarak savunulmuştur.

2. Öğretideki Düşünceler

Savcının işlemlerini idari işlem, dolayısıyla savcıcıyı da idari bir organ olarak kabul eden görüşü savunanların bir kısmı, savcının mahkemeler nezdinde yürütmeyi temsil eden bir organ olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüş sahiplerine göre, savcı yürütmenin yargı organları önündeki bir temsilcisidir (1). Devlet adına dava açmak bir yürütme faaliyetidir. Bu sebeple de savcı-

(*) Yargıtay 10. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi

(1) KÖNİ, Burhan, Ceza Muhakemesi Ders Notları, Ankara 1960-61, s. 28.

lık, idare mekanizmasının bir parçasını teşkil eder (2).

Savcının idari organ olduğunu savunan diğer bir kısım görüş sahiplerine göre; savcının kanunların düzenli olarak uygulanmasını sağlamak ve adaletin yerine getirilmesine hizmet etmek, devletin ve ehliyetsizlerin haklarının korunması şeklindeki işlevlerinin hepsi yürütmeye ait görev ve işlemlerdir. Bu nedenle idari niteliktedir.

Bu yöndeki son bir görüşe göre ise; savcılık ve yargılama makamını işgal eden iki ayrı sūjenin bulunması, bu iki organın birbirlerinden farklı hukuki nitelik taşıdığını ortaya koymaktadır.

Savcının işlemlerinin adli işlemler, dolayısıyla kendisinin de adli bir organ olduğunu savunan görüş sahiplerine göre; savcının maddi gerçeğin araştırılması ve kanunların düzenli bir şekilde uygulanmasını sağlamak için yürüttüğü işlemler, adaleti gerçekleştirmeye yönelik olduğu için adli nitelik taşımaktadır. Suçluların cezalandırılmasına yönelik yargılama sırasında ileri sürdüğü görüşler de tamamen adli niteliktedir. Savcılığın örgütlenme açısından hiyerarşik bir yapıya sahip olması onun yürütmeye dahil olduğu anlamına gelmemelidir. Ayrıca savcının Adalet Bakanı'na bağlı olması, sadece Bakanın gözetim yetkisi yönündendir. Bu durumda savcının, yargılama kuvvetine dahil (3) bir adalet organı şeklinde nitelendirilmesi uygun olacaktır (4).

(2) "Savcının görevi yürütme değil de nedir? Yasama mı?, Yargılama mı? Davacının görevi ile hakimnin görevi farklı olduğuna göre, savcının yargılama organı olduğunu iddiaaya imkan yoktur. Yargılama yetkisinin yanında, savcının yetkisi manasına adli yetkiyi kabul edip, her ikisini adalet kudretine bağlamak ise, devlet görevlerinin yasama, yürütme ve yargılama olarak üçe ayrılmasına ters düşmektedir." KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. B., İst. 2000, no. 26.1 (226) dn. 1. Aynı yöndeki görüşler için bkz. TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. II, Muhakemenin Yürüyüşü, İst. 1976, s. 7.

(3) Savcılığın yargısal bir organ olarak kabul edilmesi, onun yargılama yaptığı şeklinde zihinlerde yanlış bir düşünce uyandırabilecektir. Ceza muhakemesinde, kesin bir hakim ve savcı ayrımı kabul edildiğinde, savcılığın idari bir organ olma yönü daha ağır basmaktadır. ASLAN, Muzaffer Yasin, Askeri Yargıda Savcılık, Ankara 1998, s. 25.

(4) GRANATA, Luigi, Posizione Costituzionale Funzione Givridicia del Pubblico Ministero, Archivio Penale, Y. 1947, C.I, s.118-119, zik. KEYMAN, Selahattin, Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık, Ankara 1970, s.71. Erem'e göre, savcının adli makamlar önünde yürütme kuvvetinin temsilcisi olması eğiliminin genişlemesi sakıncalıdır. "Demokrasilerde icra kuvveti siyasi bir partiye istinat edeceğine göre, savcının parti temsilcisi haline dikkat etmek icap eder. Aksi taktirde mahkemelerde her partinin temsilcisi gibi garip ve dava münasebeti ile alakalı olmayan düşünceler ortaya çıkar." EREM, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. B., Ankara 1986, s. 148. Yenisey'e göre ise; savcılık yasama gücüne bağlı değildir. Bağımsız olmadığı için yargı erkine de bağlı değildir. Yürütme organı olan hükümetten Adalet Bakanı eli ile davayı açmak açısından emir alırsa da, yürütmeye de bağlı değildir. Savcılık kendine özgü bir adalet organıdır. YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. B., İst. 1993, s. 66.

Savcılık işlemlerinin hem yürütmeyi hem de yargıyı ilgilendirmesi sebebiyle, savcının hem idari hem de adli bir organ olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır. Sözü edilen görüşü savunanlardan bir kısmı, savcılarının bu türden yargısal faaliyete yönelik kendisine verilmiş görevlerinin bulunduğunu, böylelikle de yine hem idari hem de adli bir organ niteliğine sahip olduğunu söylemektedirler (5). Aynı görüşü benimsemiş diğer bir kısım da, savcılarının gerek kendi gerekse merkezi kuvvetle aralarındaki ilişkilerin bir sonucu olarak (biri yürütmeye karşı bağımlılığı, diğeri bağımsızlığı) gerektiren niteliklerinin bulunduğunu) çift yönü bulunan bir organ haline geldiğini ileri sürmektedirler (6).

Keyman'a göre; hem savcılığın sadece idari yönünü esas alıp, ona idari organ sıfatını verenler, hem de yalnızca yargısal görevlerini dikkate alıp diğer görevlerini gözardı edenler, onun hukuki niteliğini belirlemede tek yönlü davranmaktadırlar. Ortalama görüş ise, hareket noktası olarak sözü edilen metodun yanlışlığını ortaya koymuş, ancak sonuçta doğruyu bulamamıştır. Doğrusu; savcılığın her iki yönünü esas alarak bir hukuki nitelendirme yoluna gitmektir. Bu da çeşitli faktörlerin birleştirilmesi sureti ile tek bir formüle ulaşmakla mümkün olabilecektir. Söz konusu formül ise, savcılığın milli egemenliği temsil eden, idari yapıya sahip bir adalet organı olduğudur (8).

Bize göre, savcılık hem idari hem de adli görevleri olan bir organdır. Bir taraftan suç işleyerek kanunları ihlal eden kişileri belirleyip haklarında dava açan, (böylelikle gerçeğin bulunmasını ve kanunların uygulanmasını sağlayan, Adalet Bakanı'nın emriyle soruşturma yapıp dava açan) diğer taraftan bir muhakeme süjesi olarak davalara katılıp, sanığın cezalandırılmasını isteyen bir organdır .

Savcılık işlemleri bir bütün olarak ele alındığında, bu organın idari görev yapmaktan daha çok, hukuksal düzenin sağlanmasını hedeflediği görülecektir. Bu nihai hedef karşısında, savcılarını yürütmenin yargı önündeki idari temsilcisi gibi görmek doğru olmayacaktır. Savcılarının Adalet Bakanı'nın "dava aç"

(5) SABATINI, Giuseppe, *Il Pubblico Ministero nel Dritto Processuale Penale*, C. I., Napoli 1943, s. 26, KEYMAN, s. 71.

(6) RASAAT, Michéle-Laure, *Le Ministère Public Entre Son Passé et son Avenir*, Paris 1967, s. 137, KEYMAN, s. 72.

(7) KEYMAN, s. 74.

(8) Aksi yöndeki görüş için bkz. KATOĞLU, Tuğrul, "Bağımsız Yargıda Savcılarının Yetkileri", MBD., 1996/187, C. 20, s. 31.

şeklindeki emirlerini yerine getirmek zorunda olması da kanaatimizce savcıyı böyle bir organ olarak görmek için yeterli değildir. Çünkü, Adalet Bakanı ile savcılar arasında klasik bir amir-memur ilişkisi bulunmamaktadır. Savcılık teşkilatının idari bir yapıya sahip olmasında, savcılık kurumunun iç yapılanması ile ilgili olup, yerine getirdiği görev ve işlemlerle ilgili değildir.

3. Milli Egemenliği Temsil Etmesi

Savcının ceza muhakemesindeki toplumsal iddiayı ortaya atmak şeklindeki en esaslı görevi, aslında egemenliğin bir görünüş şeklidir. Savcılar eskiden egemenliğin kralda toplanmasının bir sonucu olarak, mahkemeler nezdinde kralı temsil eden memurlar konumunda idi. Bugün ise egemenlik millete ait olduğu için, savcılar milletin temsilcileri durumuna gelmiş bulunmaktadırlar. Savcıyı yürütmenin temsilcisi saymak, egemenliğin artık millete ait olduğu gerçeğinin gözardı edilmesinden doğan bir hatadır. Öyle ise bugün savcılık, yürütmenin değil, milletin mahkemeler nezdindeki temsilcisidir (9). Bu yönüyle toplumun iradesinin tercümanı olmak zorundadır. Savcılık böyle bir sistemin gereği olarak, toplumun temsilcisi konumuyla hem kanunlara saygı gösterilmesini sağlamak, hem de hükümetin menfaatlerini gözetmek zorundadır. Böyle bir sistemde savcıların zaman zaman hükümetten emir almalarını normal karşılamak gerekir. Çünkü yürütme de, egemen olan milletin iradesini temsil etmektedir (10).

Hükümetin savcılarının faaliyetine müdahalesi meşru olabilmekle birlikte bunun, kanunların iyi uygulanmasına yönelik bir gözetim hakkı olduğu düşünülmemelidir. Kuvvetler ayrılığı ilkesi de bu şekilde bir müdahaleye engeldir. Ancak adalet kararlarının millet tarafından seçilen, hükümet vasıtasıyla belirlenen genel politikayı etkileyeceği durumlarda, böyle bir müdahale meşru görülebilecektir. Önemle belirtmek gerekir ki, bu durum hiçbir zaman yürütmenin, adalet kararlarının istediği şekilde çıkması için her tür yola başvurabileceği anlamına gelmez. Kanunlarca yürütmeye verilen yetki de, kamu davasının açılmasını emretmekten ileriye gitmemektedir (11).

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği bir hukuk devletinde, Adalet Ba-

(9) RASAAT, s. 141, zik. KEYMAN, s. 75.

(10) ASLAN, s. 26.

(11) KEYMAN, s. 76.

kanı ile savcılık arasındaki ilişki, bir astlık-üstlük ilişkisi olarak kabul edilemez. Çünkü savcılık, görevi adalete hizmet etmek olan organdır. Bakan ise, yürütme gücünün içerisinde yer almaktadır. Yerine getirdikleri görev ve işlemler itibarıyla da aralarında esaslı farklılıklar bulunmaktadır (12).

4. Bir Adalet Organı Olması

Savcıya çeşitli genel görevler verilmiştir. Bu genel görevler, kanunun savcılık makamlarına tek tek tanıdığı yetkiler içerisinde özelleşmektedir. Görevler noktasında savcılık makamları birer devlet organı sayılırlar. Savcılık makamı ile devlet arasındaki ilişki "birbirine bağlı menfaatler ilişkisi" şeklindedir. Bu ise, savcılık makamının devletin idaresinden ayrı olarak, (milli egemenliği temsil etmesi sebebi ile) devletin nihai gayelerine uygun bir şekilde hareket eden organ olduğu anlamına gelmektedir (13).

Devletin temel kudretlerinden birisi de, amacı hukuk düzenini sağlamak ve devam ettirmek olan adalettir. Bu temel kudret, yargılama ve adli olmak üzere birden fazla yetkiyi içerisinde bulundurmaktadır. Bunlardan yargılama yetkisi, devletin bu görevi yerine getiren organlarına verilmiş bir yetkidir. Adli yetki ise, hukuksal düzenin sağlanması ve korunması için çalışan bazı devlet organlarına verilmiştir. Söz konusu organlar bu görevlerini; yargılama işlevini harekete geçirmek veya doğrudan doğruya giriştikleri bazı işlemlerle yerine getirmektedirler (14).

Bu halde savcılık, hukuk düzenin sağlanması ve korunması için çalışan bir adalet organı olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ikisinin de adalet kudreti içerisinde bulunup, aynı amaca hizmet etmesi nedeniyle yargılama ve savcılık makamının birbirleriyle yakın ilişki içerisinde olmaları kaçınılmaz bir sonuçtur. Yargılama makamlarının ortak amaca yargılama faaliyeti ile varmaya çalışmalarına karşın, savcılık ya doğrudan doğruya hukuk kurallarını uygulamak ya da yargılama faaliyetini harekete geçirip, bu faaliyete nezaret etmekle ulaşmaya çalışmaktadır. Böylelikle savcılık, yargılama makamları içerisinde yer almasa bile, başka bir adli görevi yerine getirmesi ile adalet kudreti içerisinde yer alan bir adalet organı olarak nitelendirilebilecektir (15).

(12) ASLAN, s. 26.

(13) KATOĞLU, Tuğrul, "Savcılık Üzerine Düşünceler", MBD., 1995/177, C. 19, s. 22.

(14) SABATINI, s. 48-49, zik. KEYMAN, s. 84.

(15) KEYMAN, s. 84.

Avrupa Hukuk sistemlerinde de savcılığın, örgütsel olarak yürütmeye, işlevsel açıdan ise adalet organına dahil olan çifte karakteri bulunduğu kabul edilmektedir. İsviçre'de savcılık adliyenin bir parçasıdır. Bu durum, hakim ve savcılarının eğitimlerinin aynı olduğu ve kariyerde yer değiştirmelerin mümkün olduğu Fransa için de geçerlidir. Avusturya'da savcı "adalet organı" sıfatını taşımaktadır. Hollanda'da savcılık "adli makam" olarak nitelendirilmektedir. Yüksek Hakimler Kurulu'na tabi olan, hatta hakimlik statüsüne sahip bulunan İtalyan savcısı daha açık biçimde adliye mensubu olmaktadır (16).

Bize göre de, savcılığı yargılama faaliyetini yürüten bir yargılama makamı olarak nitelemek doğru değildir. Çünkü savcılık, toplumsal iddia görevini yerine getirmektedir. Bununla birlikte, savcılığın sürdürmekte olduğu (hukuk düzeninin sağlanması gibi) görevlerine bakıldığında, bu organı kimi zaman doğrudan kimi zaman da yargılama faaliyetini harekete geçirmek suretiyle adaletin gerçekleşmesine yönelik işlevlerde bulunan bir adalet organı olarak kabul etmek gerektiğini düşünmekteyiz.

II. YAPISI VE ÖZELLİKLERİ

1. Savcılık Makamının Yapısı

Savcılık kurumunun idari bir yapıya sahip olması, bu yapılanma içinde bulunan hiyerarşik özelliğın savcılık kurumuna da hakim olması sonucunu doğurmuştur. Astın üste bağılılığı ve bunun doğal sonucu olarak üstünden emir alması kurum içerisinde de geçerlidir. Ancak bu bağıllık mutlak bir itaat yükümlülüğü anlamına gelmemektedir (17).

Her savcılık makamının hiyerarşik bir yapıya sahip olması, bu yapı ile ilişkisi bulunan birlik ve bölünmezlik kavramlarının da incelenmesini gerektirir.

a. Birlik ve Bölünmezliğı

Belirli bir mahaldeki mahkemeler nezdinde vazife gören savcılarının bir bütün teşkil etmesine savcılığın birliğı adı verilmektedir (18). Aynı yerdeki

(16) HUBER, Barbara, "Savcılık, Konum, İşlev, Denetleme", (Konferans Metni), MÜHF, Yayını, İst. 1993. Çev. Nur CENTEL, s. 363-364.

(17) ASLAN, s. 29.

(18) EREM, Faruk, "Savcılık", Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Kanun Tasarısı ile Hakimler ve Savcılar Kanunu Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara 1964, s. 152.

mahkemeler aynı derecede olsalar bile, her birinin ayrı varlığına rağmen aynı bölgedeki savcılık makamı tek bir bütün teşkil etmektedir. Bu birlik aynı zamanda savcılığın hiyerarşik yapıya sahip olmasını da gerektirmektedir (19). Birliğin, savcılarının faaliyetlerine devamlılık ve düzen getirdiği, bu şekilde homojenliği sağladığı söylenmektedir (20).

Her savcılık kurumunun içerisindeki savcılar ile Başsavcı arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır (21). Başsavcı bu kuruma damgasını vurmakta, kurum içerisinde bulunan savcılarını yönlendirerek, kendi isteği doğrultusunda bir irade birliği meydana getirebilmektedir (22). Adalet Bakanı her ne kadar savcılık kurumunun başı ise de, bakanın (bu birlik içerisinde her somut olayda) bir Başsavcı gibi savcılara emir verebilme, buna bağlı olarak da soruşturmaları kendi iradesi doğrultusunda yönlendirme imkanı bulunmamaktadır (23). Bakan bu konumda, daha çok isteklerini kuruma genelge göndermek suretiyle duyuran bir üst durumundadır. Bu ise, savcılık kurumu ile bakan arasında klasik anlamda birlik ve hiyerarşinin olmadığını ortaya koymaktadır (24).

Savcılığın bölünmezliği, aynı mahkemede savcılarının şahıs olarak değişmiş olmalarına karşılık, savcılığın temsil ediliyor olmasıdır (25). Mahkemede savcılık makam olarak temsil edildiği için, duruşmada bulunan savcının şu veya bu olmasının önemi yoktur. Her savcının tek başına veya birlikte makamı temsile yetkisi bulunmaktadır. Buna göre, bir savcının başlatmış olduğu soruşturmayı bir başkası devam ettirebilecek, üçüncüsü ise karara bağlayabilecektir. Aynen bunun gibi, ilk olarak katılan savcının duruşmasını, daha sonra diğer savcı devam ettirebilecek, bu ikisinden farklı üçüncü bir savcı da sanık hakkında mütalaada bulunabilecektir. Neticede mahkemece verilen karar aleyhine, duruşmalara hiç katılmayan bir başka savcı kanun yollarına baş-

(19) BERKİN, M. Necmettin, "Hakimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler", İÜHFİM., 50. Yıl Özel Sayı, 1973/1-4, C. 38, s. 370.

(20) KEYMAN, s. 183.

(21) ÖNDER, Mümtaz, Savcılarının Tatbikat İçindeki Görev ve Yetkileri, Ankara 1968, s. 13.

(22) KUNTER-YENİSEY, no. 26.2 (227); TOSUN, Öztekin Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, (Genel Kısım) C. I, İst. 1984, s. 585; EREM, Savcılık, s. 153.

(23) Ereni, Adalet Bakanının savcılık teşkilatı içerisindeki savcılara kamu davasının açılması yönünde emir vermesi dışında, sadece idari yetkilerinin olduğunu belirtmekte, bunun dışında Adalet Bakanına verilecek yetkilerin sun' ve maksatlı olacağını dile getirmektedir. EREM, s. 146-147.

(24) KEYMAN, s. 185.

(25) EREM, Savcılık, s. 152.

vrabilecektir (26). Çünkü savcılığın bölünmezliği, diğer bir ifadeyle makam olarak tek olup birden fazla savcı tarafından temsil edilebilir olma özelliği bulunmaktadır (27).

Savcılık makamının bölünmezliği, ancak aynı savcılık makamına bağlı savcılar arasında geçerlidir. Bu, bir teşkilat içerisinde bulunan savcının, diğer bir teşkilatın savcılıkla ilgili görevlerini yürütemeyeceği anlamına gelmektedir. O halde, bütün savcılık teşkilatları arasında bir bölünmezlik (bütünlük)ten bahsetmek mümkün olamamaktadır (28).

b. Hiyerarşik Bir Yapıya Sahip Olması

Savcılığın diğer özelliği de hiyerarşik bir yapıya sahip olmasıdır. Bu yapının başında Adalet Bakanı bulunmaktadır (29). Anayasa'nın 144. maddesinde, savcıların Adalet Bakanı'na bağlı oldukları ve bu hususun da bakandan talimat almalarını gerektirdiği açıkça belirtilmiştir. Gerçekten söz konusu hükme göre, savcılarının görevlerini kanun, tüzük, yönetmelik ve genelgelere uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme görevi Adalet Bakanı'na verilmiştir. Adalet Bakanı savcılara (CMUK. m. 148/8) ve Yargıtay Başsavcısına (CMUK. m. 343/1) emir verebilir (30). Her savcılık teşkilatında bir başsavcı ve bu başsavcıya bağlı yeteri kadar savcı bulunmaktadır (31). Ancak şunu belirtmek gerekir ki, bu savcılar içte başsavcıya bağlı olsalar da, savcılık görevini tek başına yürütebilme yetkisine sahiplerdir (32).

Savcılık teşkilatı içerisinde bulunan ve teşkilatı temsil eden başsavcı ile savcılar arasındaki ilişki, savcılarının Adalet Bakanı ile olan ilişkilerinden çok daha kuvvetli ve ileridir. Çünkü, her başsavcı kendisine bağlı savcılara görevleri ile ilgili emir ve direktif verebilmekte, savcılarının da bu emirlere uymak zorunluluğu bulunmaktadır (33).

Başsavcının teşkilat içerisinde bulunan her savcıyı, göreviyle ilgili konu-

(26) EREM, s. 147.

(27) KUNTER-YENİSEY, no. (26.2) 227; TOSUN, C. I, s. 585; EREM, Savcılık, s. 153.

(28) EREM, Savcılık, s. 152-153.

(29) BARDAK, Cengiz, Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Ankara 1996, s. 119; EREM, Savcılık, s. 171.

(30) ASLAN, s. 30.

(31) Bkz. Yürürlük Kanunu, m.28/3.

(32) KUNTER-YENİSEY, no. 26.2 (227).

(33) KEYMAN, s. 190-191; ÖNDER, s. 13.

larda denetleme yetkisi bulunmaktadır. Bu açıdan başsavcının, savcılarının görevlerini hukuka uygun bir şekilde yapıp yapmadıklarını denetleme⁽³⁴⁾ ve gelen şikayetleri dinleme yetkisi vardır⁽³⁵⁾.

Başsavcı savcılara genel veya özel bir olaya ilişkin emir verme yetkisine sahiptir. Savcıların bu emirleri yerine getirmesi gerekmektedir. Başsavcı emir verme yetkisinin yanında, kendi isteği doğrultusunda yürütülmeyen soruşturmayı, üzerine alarak bizzat kendisi yürütebileceği gibi, bu hususta bir başka savcuyu da görevlendirebilecektir⁽³⁶⁾.

Bununla birlikte, savcılar duruşmada başsavcının etkisinden uzak söz serbestisine sahiptirler. Ancak makamın başı olan başsavcı, savcıya hiçbir harekette veya yazılı mütalaada bulunmamak emrini verebilir. Bu şekilde savcı kendisine tanınan söz serbestisinden mahrum bırakılabilecektir. Duruşmada hazır bulunan savcının söz alıp istediği konuşmasını engellemek yetkisi olmayan başsavcının; makamı bizzat temsil etmek veya kendi istemleri doğrultusunda görüş bildirecek bir savcuyu görevlendirmek suretiyle istemediği savcının mahkeme huzuruna çıkmasını engellemesi de mümkündür. Şu halde söz serbestisi ilkesi de, her zaman için savcılık kurumunun hiyerarşik yapısını ortadan kaldıracak etkiye sahip değildir. Bu nedenle söz serbestisi ilkesinin, hiyerarşik ilişkiyi yumuşatabilecek bir etkiye sahip olabileceği sonucuna varmak yanlış olmayacaktır⁽³⁷⁾.

Almanya'da da savcılık örgütü hiyerarşik bir bütünlük göstermekte, bu örgütün başında Adalet Bakanı'ndan sonra bir başsavcı bulunmaktadır. Savcılar, federal başsavcının ve eyalet başsavcının temsilcisi durumundadırlar. Bunlar savcılarının yargı çevresini değiştirebilir (GVG m. 146), işlerini kendi üzerlerine alabilir ya da bir başka savcıya verebilirler⁽³⁸⁾. Almanya'da başsavcılarının "siyasi ajan" olma mevkileri, sorun çıkarmaktadır⁽³⁹⁾. Siyasi ajan vasfı, savcılarının siyasi güçlere bağlı olabileceklerini akla getirmektedir⁽⁴⁰⁾.

(34) BARDAK, s. 119.

(35) YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 6. B., İst. 1996, s. 145.

(36) TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İst. 1955, s. 48; KUNTER-YENİSEY, no. 26.2 (227); YURTCAN, s. 145; ÖNDER, s. 13.

(37) KEYMAN, s. 193.

(38) Buna karşılık, bir eyaletin bütün savcıları üzerinde denetim ve talimat verme hakkı Federal Mahkeme (BGH) savcılığına değil, eyalet Adalet İdaresine (Landesjustizverwaltung) aittir. RUP-ING, s. 22.

(39) Burada, eyaletler düzeyinde savcılık makamlarının başı söz konusudur.

(40) Bu hukuk kurumunun amacı konusunda bkz. KINTZI, Heinrich, "Staatsanwaltschaft-objektive Behörde und Anwalt des Staates", DRiZ 1987, 457-464, HUBER, s. 361, dn. 41.

Başsavcının görevini yerine getirirken, kural gereği hükümetin siyasal görüşleriyle ve amaçlarıyla sürekli uyum içerisinde bulunmasının yasada düzenlenmiş olması (41), savcılığın ve makamın başının çok yanlış anlaşılmasından ileri gelmektedir. Savcı, öncelikle siyasi değil adalete uygun düşüncelerle hareket etmelidir. Çünkü o, hükümetin iktidar arzusunu değil, devletin hukuk iradesini temsil etmektedir. Başsavcının görevinin siyasi olarak biçimlendirilmesi, yasada öngörülen kamu davasının mecburiyeti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir (42).

İngiltere ve İskoçya gibi ülkelerde iddia makamının tepesinde siyasi bir ajan olan başsavcı bulunmaktadır. Bu kişi, mevcut hükümete hizmet eder ve eğer hükümet başkanının güvenini kaybederse değiştirilir. Ancak söz konusu durum, Almanya'daki gibi iktidar veya parti siyasetlerinin hazırlık soruşturması sonuçlarına etki edeceği anlamına gelmemektedir. Çünkü İngiltere'de savcıcıyı yöneten sadece adalet düşüncesi değil, "public interest" denilen şüphesiz hukuk iradesi veya adalete uygunluktan başka sonuçlara yöneltebilen kamu yararı düşüncesi olmaktadır (43).

2. Savcıların Bağımsızlığı

Bağımsızlık, bir muhakeme hukuku süjesinin, görevini her türlü tesir ve müdahaleden uzak bir şekilde yerine getirebilmesini (44) ifade eder. Bunun uygulamadaki hali ise, görevin yasama ve yürütme organlarına bağlı kalmaksızın emir ve talimat almadan yürütülmesidir (45). Şu halde, bağımsızlığın ölçüsü emir alıp almamaktır (46). Savcı açısından, yasama kudretinin emir vermesi söz konusu olmadığından, bağımlılık yürütmeye karşı olacaktır (47).

a. Savcının Bağımsızlığını Savunan Görüşler

Savcının bağımsızlığını savunan görüş sahiplerine göre, savcılar da hakimler gibi bağımsız olmalıdır. Bu şekilde, savcıcı Adalet Bakanı'nın dolayısıyla yürütmenin etkisinden kurtarmak gerekir. Aksine davranış, savcıcı Adalet Bakanı'na bağımlı ve onun emrinde memur saymak olur ki, bunun en bü-

(41) BRRG m. 31 (Memurlar Hakkında Çerçeve Yasa).

(42) HUBER, s. 361.

(43) HUBER, s. 361.

(44) KAPANİ, Münci, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, Ankara 1956, s. 2.

(45) KURU, Baki ve Savcıların Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966, s. 6.

(46) KUNTER-YENİSEY, no. 26.4 (229); YURTCAN, s. 146-147

(47) KAPANİ, s. 4.

yük sakıncası da savcıcıyı bir siyasi partinin mahkemeler nezdindeki temsilcisi durumuna sokmak olacaktır (48). Savcıcıyı yürütmenin mahkemeler nezdindeki temsilcisi saymak, maskeli ve gerçeği değiştirici bir davranışla, adalet organlarının yürütme kuvveti tarafından kontrolünü istemek olur. Böylelikle Anayasa'nın çizdiği sınıra bağlı kalındığı, kişi özgürlüğüne saygı gösterildiği düşüncesi uyandırılmakta, gerçekte ise, kapalı ve gizli olarak adaletin yürütme tarafından kontrolü mümkün kılınmaktadır(49). Görevlerini yerine getirme sırasında esas olan savcıcıların herhangi bir makama tabi olmamalarıdır. Hükümetin siyasi alanının dışında, adalet sahasında siyasi denetleme yapması düşünülemez (50).

Ceza muhakemesinin diğer süljeleri ile birlikte maddi gerçeğin ortaya çıkmasına çalışan savcı, bu faaliyet çerçevesinde siyasi bir mekanizma olan yürütmenin temsilcisi sayılamaz. Savcı ne mağdurun ne de devletin tarafıdır. Yürütmenin tarafı ise hiç değildir. Savcı mağdurun, sanığın ve kamunun haklarının korunması amacıyla ortaya çıkmıştır. Bu amaca uygun olarak kendisinin görevi, suç oluşturan eylemi ortaya koyarak cezanın uygulanmasına yardımcı olmaktadır (51).

Savcı, bir yönüyle hakim gibidir. Onun gibi hukuk fakültelerinden mezun olmakta, hakimle aynı staj aşamasından geçmektedir. Yetkileri bakımından da birbirlerine yakındırlar. Savcı da gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, arama, elkoyma, yakalama gibi önlemlere başvurabilmekte ve keşif gibi işlemleri yapabilmektedir. Her iki meslek arasında geçiş yapmak da mümkündür. İlk bakışta birbirlerine yakın görevleri yerine getirdikleri gözlemlenen iki süljeden biri olan savcıcının da hakim gibi bağımsız olması gerektiği söylenmektedir (52).

Savcıcının bağımsız olması gerektiğini savunan bir diğer görüşe göre, savcı Adalet Bakanı'na değil, yürütmeden bağımsız olarak başsavcıya bağlanmalıdır (53). Bir başka anlayışa göre de, kamu davasını açma tekelinin

(48) EREM, s. Erem, Savcılık, s. 137; EREM, s. 142.

(49) SESTI, Franz, Appunti sui lineamenti di riforma dell'istituto del P.M., Rivista Penale, 1966, s. 691-692, KEYMAN, s. 207.

(50) EREM, Savcılık, s. 149.

(51) ALACAKAPTAN, Uğur, "Alacakaptan'ın Savcılar İçin Teklifi", Ulus Gazetesi, 20 Şubat 1968.

(52) DEMİRKOL, Ferhan, Yargı Bağımsızlığı, İst. 1991, s. 73-74; ASLAN, Savcılık, s. 34.

(53) Özellikle Rusya'da uygulanan bu sistemde, savcıcıların başında başsavcı ünvanını taşıyan bir üst makam bulunmaktadır. Bu makam, yürütme içerisinde yer almayıp, doğrudan doğruya meclise bağlıdır. Bu şekilde bağımsız kılınan bir savcı doğrudan doğruya ceza davasını açabilecektir. Böyle bir düzenleme ile, durumları kuvvetli sanıklar hakkında savcıcıların bağımsızlığı ve ceza davası açılması sağlanabilecektir. EREM, Faruk, "Savcılık", Ulus Gazetesi, 4 Şubat 1952; BİLGE, Necip, Son Anayasa Değişikliğine Göre Tabi Hakim ve Savcı Teminatı, Ankara 1972, s. 577-585.

savcıya ait olması, aynı zamanda onun bağımsız olmasını gerektirmektedir. Savcının bağımlılığı kabul edildiğinde bunun kapsam ve sınırını çizmek kolay olamayacaktır. Bu durumda savcılar, bir memurun amirine bağlılığından daha aşağı düşebileceklerdir (54).

Kamu davasının açılmasında mecburiyet ilkesinin benimsendiği bir ülkede, Adalet Bakanı'nın savcılara kamu davasının açılmasını emretme şeklinde, yetkisinin bulunması da sisteme terstir. Çünkü bu ilkenin uygulandığı sistemlerde savcı, kanun gereği doğrudan ceza davasını açmak ve yürütmek yükümlülüğünü üstlenmiştir. Böyle olunca Adalet Bakanı savcıya, kamu davası ile ilgili hiçbir emir ve talimat veremez (55). Kamu davasının açılması için yeterli delil varsa, savcı zaten Adalet Bakanı'na bağlı kalmaksızın davayı açacaktır (56). Her türlü uygunluk mülahazaları dışında, deliller doğrultusunda ceza davasını açmak, bunlar yoksa ceza davasını açmamak zorunluluğunu ifade eden mecburiyet ilkesi, o kadar mutlak ki; dava açılması ya da açılmaması şeklindeki emirleri bununla bağdaştırmaya imkan yoktur. Savcı dava açmıyorsa, kamu davasının açılmasını haklı gösterecek sebepler yok demektir (57). Savcının Adalet Bakanı'na bağlı kalarak ondan emir almasının, kamu davasının açılmasında "maslahata uygunluk ilkesinin" kabul edildiği ülkeler açısından geçerli olacağı ileri sürülmektedir (58). Eğer mutlaka bir tedbire ihtiyaç duyuluyorsa, Adalet Bakanı'na kovuşturama kararına karşı itiraz etme hakkı tanınmalıdır. Bunun dışında, kamu davasının mecburiliği ilkesinin hakim olduğu ülke ve sistemlerde Adalet Bakanı'nın savcıya "dava aç" şeklinde vereceği emirlerin kanuna aykırı olduğu belirtilmektedir (59).

Kamu davasını açma tekelinin doğmasına neden olan gereksinimler de,

(54) TOSUN, Öztekin, "Savcı Etkin Kılınmalı", Cumhuriyet Gazetesi, 31 Mart 1978.

(55) SESTİ, s. 692-693, zik. KEYMAN, s. 208.

(56) Demirkol'a göre; savcı, suçun oluşmadığı kanaatine vardığı için davayı açmamıştır. Demek ki savcıya göre, ortada dava açmayı gerektirecek bir durum yoktur... Emir kelimesini adaleti sağlamaya yardımcı olanlar için kullanmak, yerinde olmayan bir tabirdir. DEMİRKOL, s. 75. Katoğlu'na göre ise; kamu davasının açılmadığı her halde, gerçekten dava açacak bir durum olup olmadığı, biraz tartışmalı ve çok kuramsal bir ön kabuldür. Bu aslında bir temenni olmak gerekir. İkinci olarak da her ne işle uğraşırsa uğraşsın görevini usulsüz olarak yerine getirmeyen kamu görevlisi emri hak etmektedir. KATOĞLU, Savcıların Yetkileri, s. 32, dn. 117.

(57) EREM, s. 143.

(58) Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde hem kamu davasının mecburiyeti ilkesini benimsemiş Almanya, İsviçre gibi, hem de maslahata uygunluk ilkesini kabul etmiş Hollanda ve İngiltere gibi ülkelerde, Adalet Bakanları'nın savcılara talimat verme yetkilerini pek ender kullandıkları belirtilmektedir. HUBER, s. 362.

(59) "Esasında Adalet Bakanı dava açılması hususunda emir dahi verememelidir. Zira savcı dava açmıyorsa, kamu davasının açılmasını haklı gösterecek sebepler, mesnetler mevcut değil demektir. O halde niçin sanık vatandaş, kanunilik prensibine bağlı olan savcının taktirinin sağladığı teminatın mahrum kalsın?" EREM, Savcılık, s. 157.

savcının bağımsız olması zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Savcının bağımlılığının kabul edilmesi durumunda, bunun sınırının çizilememesi ve savcılarının bir memurun amire bağılılığından daha aşağı düşmesi gibi olumsuz bir sonuçla karşılaşılabilceği vurgulanmaktadır ⁽⁶⁰⁾.

b. Savcının Bağımsız Olmadığını Savunan Görüşler

Savcılarının bağımsız olmadığını kabul eden çoğunluk görüşüne göre ise; Adalet Bakanı, adaletin gerçekleşmesi için çalışan ve bu yönde siyasi sorumluluğu bulunan Bakanlar Kurulu üyesidir. Böylelikle adli ve idari adalet kuruluşunun işlemesinin siyasi sorumluluğunu taşır ve yürütme içerisinde yer alır. Savcı da adaletin gerçekleşmesine çalışır ve yürütme için yargılamada iddia görevini yerine getirir. Bu görevinden ötürü de Adalet Bakanından emir alabilmelidir ⁽⁶¹⁾.

Söz konusu anlayıştan yola çıkıldığında, savcının mahkemenin içerisinde olmadığı, onun yanında ancak dışında olduğu görülmektedir. Yargı ve yasa faaliyetleri içerisinde bulunmayan savcı, yürütme organı içerisinde yer almaktadır. Yürütmede geçerli olan ilkelere tabidir. Bu görüşü savunanlara göre, savcının bağımsız olması zannedildiğinin aksine fertler için bir teminat olmayıp, savcıyı hakim güvencesine sokar ki ⁽⁶²⁾, bu da yıllarca sakıncalarının yaşandığı eski tahkik sistemine geri dönmek anlamına gelir ⁽⁶³⁾.

⁽⁶⁰⁾ EREM, s. 143.

⁽⁶¹⁾ TANER, s. 46; TOSUN, C. I, s. 576; YURTCAN, s. 146; YENİSEY, 1993, s. 66. Adalet Bakanı'nın idarenin bir makamını teşkil eden savcı üzerinde yönetim yetkisi değil, fakat bir denetim yetkisinin olması normal karşılanmalıdır. KUNTER-YENİSEY, no. 26.3 (228).

⁽⁶²⁾ Kunter, davacının adil olması gibi bir meselesinin olamayacağını, adaletin ancak yargılama makamlarından bekleneceğini, yargılama makamının bağımsız olması durumunda davacının hükümet adamı olmasının bir sakınca meydana getirmeyeceğini belirtmektedir. Yazar, savcının yürütmenin tesirinde tam olarak kalmaması için de savcıya bağımsızlık değil, fakat bazı teminatların sağlanması gerektiği görüşündedir. KUNTER-YENİSEY, no. 26.3 (228). Bağımsızlık kavramı güvence kavramı ile karıştırılmamalıdır. Bağımlı olarak çalışan bir görevlinin de bazı güvencelere sahip olabileceği unutulmamalıdır. Savcı, kendisine tanınan bu teminatlar ile, Adalet Bakanı'nın kanuna aykırı olarak vermiş oldukları emirlerine karşı korunur ve emirlere karşı görevini hukuka uygun bir şekilde yerine getirme olanağı bulur. YURTCAN, s. 146.

⁽⁶³⁾ YURTCAN, s. 147. Bu gerekçe Keyman tarafından eleştirilmektedir. Yazar'a göre, eski tahkik sisteminin gelmesi tehlikesi, savcılarının bağımsız kılınması neticesinde değil, savcılara hakim yetkisi verilmesi sonucunda söz konusu olabilir. Savcılara, bağımsızlığın yanında hakim yetkileri tanınmayarak, sadece iddia görevini yürütmesi için gerekli ve yeterli yetkilerin tanınması ve sanık ile aynı seviyede tutulması suretiyle bu tehlike bertaraf edilebilecektir. Önemli olan, savcıya hakim yetkileri vermemektir. Bu suretle bağımsız savcı hem hakim sayılmayacak, hem de yürütmenin bir adalet organı üzerindeki etkileri önlenmiş olacaktır. O halde ilk yapılacak şey, savcıyı bağımlı hale getirmek değil, sanığa savcıya her konuda karşı koymak imkanının tanınmasıdır. Bu durum gerçekleştiğinde, savcılarının bağımsız kılınmalarından endişe etmek yersiz hale gelecektir. KEYMAN, s. 210.

Savcıların, bakanın "dava aç" şeklindeki emirlerine uymaları ve bu yönleri itibariyle kendi başlarına olmamaları, yargılama makamı bağımsız olduğu müddetçe bir teminatsızlık meydana getirmeyecektir. Bir an için bakanın, savcıya etki ederek davayı açtırdığı düşünülse bile, karar veren makam (mahkeme) bağımsız olduğu müddetçe bu durum bir sakınca oluşturmaya caktır. Ayrıca savcı, dava açtıktan sonra yargılama safhasındaki istem ve düşüncelerinde de serbesttir. Kendi vicdanında sanığın suçsuz olduğu kanısı olduğu taktirde, beraat kararı verilmesini de isteyebilecektir (64).

Adalet Bakanı'nın emriyle dava açılmasının, kişileri sanık durumuna düşürmek gibi sakıncalı bir yönü bulunmakla birlikte, bazı hallerde dava açılmasının sakıncaları daha büyük olabilecektir. Savcıların kişi olarak etki altında kalmaları daha kolaydır. Özellikle örgütlü suçlarda bu organ üzerinde baskı kurulup, dava açmasını engelleyebilme durumunun fazla olabileceği düşünülürse, bakana böyle bir yetkinin tanınması zorunluluğu daha iyi anlaşılacaktır. Savcıların tam bağımsız kabul edilmeleri, yürütmenin savcıya etki edemeyerek, baskısını kolluk üzerinde göstermesine yol açabilecektir. Diğer bir ifadeyle savcı soruşturma sırasında kolluğun soluk bir gölgesi, duruşmada da önemsiz bir şahsiyet durumuna düşebilecektir. Sonuç olarak, savcıyı bu tür hallere düşmekten kurtarmak için yürütmenin (Adalet Bakanı'nın) savcı üzerinde bir kısım görevler açısından etkisini kabul etmek gerekecektir (65).

Savcıların, hakimler gibi aynı okuldan mezun olup, aynı eğitimi almaları, hakimler gibi bağımsız olmaları için yeterli değildir. Çünkü, hakimler yargılama görevini yerine getirdikleri halde, savcılar iddia görevini ifa ederler (66). Savcılık, hakimliğin sahip olduğu bağımsız duruma getirildiği gün değil, ancak avukatlık gibi hakimlikten tamamen farklı bir meslek haline getirildiği gün, fert için teminat en yüksek düzeye çıkmış olacaktır (67).

Anayasa'nın 138. maddesi ile yargı bağımsızlığı, hakim ve mahkemelelere özgü bir nitelik olarak kabul edilmiştir. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 148. maddesi hükmüyle bakana savcılara "dava aç" şeklindeki emri

(64) KUNTER-YENİSEY, no. 26.4 (229).

(65) KUNTER-YENİSEY, no. 26.4 (229). Aynı yöndeki görüş için bkz. YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968, s. 21-22.

(66) TOSUN, C. I, s. 576; KUNTER-YENİSEY, no. 26.3 (228).

(67) FOSCHINI, Gaetano, Sistema del dritto Processuale Penale, Milano. 1965, s. 258, zik. KUNTER-YENİSEY, no. 229.

verme yetkisinin de tanınmış olmasından, savcılarının bağımsız olmadığı sonucuna varılmasının gerektiği söylenmektedir (68).

Bütün bu anlatılanlara rağmen, savcının yardımcısı olan kolluk yürütmeye bağlı olduğundan, yürütme kolluk vasıtasıyla savcının görevlerine dahil her somut olaya müdahale imkanı bulabilecek, bu da savcının bağımsızlığını zedeleyebilecektir. Belirtilen sakıncaları gidermek için, savcıya bağlı suç kolluğunun kurulması gereklidir (69).

c. Görüşümüz

Savcılarının, yargılama makamını işgal eden hakimler gibi bağımsız olması düşünülemez (70). Her ne kadar yetişme tarzları, stajları ve mezun olduğu okullar aynı olsa da, yapmış oldukları görevler açısından birbirinden farklılık göstermektedirler. Hakimler yargılama görevi yaparlar, savcılar ise toplumsal iddia görevini yürütürler. Savcılarının görevleri itibarıyla, yürütmeyi ilgilendiren bir takım faaliyet ve işlemlerde buldukları da bir gerçektir. Bu nedenle bazı durumlarda yürütmeden (Adalet Bakanı'ndan) emir almalarını normal karşılamak gerekir. Ancak hemen belirtmek isteriz ki biz, savcının adli görevlerinden dolayı Adalet Bakanı'na bağlılığını ve ondan emir almasını klasik amir-memur ilişkisi ve hiyerarşisi şeklinde anlamıyoruz. Bu tür bir bağlılığı ve emir almayı, savcının faaliyetleri ve almış olduğu kararlarla, devletin genel politikası arasındaki uygunluğun sağlanması gerektiği durumlarda kabul ediyoruz.

Savcının yürütmeye adli görevleri yönünden bağımlılığı da, CMUK.'nun 148/3. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, bakanın "dava aç" şeklindeki em-

(68) ASLAN, Savcılık, s.38.

(69) EREM, Savcılık, s. 144.

(70) 1961 Anayasası savcılarının bağımsızlığından bahsetmemekte idi. Söz konusu Anayasa döneminde verilen bir Anayasa Mahkemesi kararında, "148. maddenin birinci fıkrasına göre, kamu davasını açmak görevi C. Savcısındır. İkinci fıkrasına göre de, C. Savcısı ceza kovuşturmasını gerektirecek hususlarda yeterli emareleri teşkil edecek olaylar var ise, kamu davasını açmakla yükümlüdür. Bu yeterlik mahkumiyet bakımından değil, soruşturma bakımındandır. Anayasa'nın 7. ve 132. maddelerine göre, bağımsızlık, hakimler ve mahkemeler içindir. 132. maddenin ikinci fıkrası hükümünce mahkemelere emir ve talimat verilemez. Genelge gönderilemez, tavsiye ve telkinde bulunulamaz; halbuki C. Savcısı hakim değildir. Kaldı ki C. Savcısı Adalet Bakanlığının emriyle açtığı davada soruşturmanın verdiği sonuçlardan edindiği kaniye göre düşünce ve iddialarını açıklamada tamamen serbesttir..." denilmektedir. AYM.'nin 1963/140 E., 1964/62 K. ve 22.9.1964 t. li kararı.

1982 Anayasası'nda ise, savcılarının bağımsız olduklarına dair bir hüküm bulunmamakla birlikte, 2461 sayılı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu ile hakim ve savcılarının bir çatı altında birleştirilmeleri sonucunda savcılarında hakimler kadar bağımsızlaştığını söylemek mümkün olabilir. KATOĞLU, Savcılarının Yetkileri, s. 33.

rini yerine getirmekle sınırlıdır. Bunun dışında kanun gereği bir sınırlama söz konusu değildir. Örneğin, bakan savcıya "dava açma" şeklinde bir emir verebilecektir. Şu hususu da belirtmek gerekir ki, savcı almış olduğu emri yerine getirerek, dava açtıktan sonra yine istek ve taleplerinde bağımsızdır. Diğer bir ifadeyle bu emir ve sınırlama, savcının soruşturma safhasında sanığın beraatini istemesine engel teşkil etmeyecektir.

Sonuç olarak, savcılar ne hakimler gibi tam bağımsız ne de memurlar gibi üstleri olan Adalet Bakanı'na sıkı bir biçimde bağlı olmalıdır. Savcıların adli görevlerinden ötürü Adalet Bakanı'na bağlılığı, bakanın "dava aç" şeklindeki emrini yerine getirmesinden ibaret sınırlı bir bağlılıktır. Bu nedenle, savcıyı belli ölçüde bağımlı bir adalet organı olarak nitelemek yerinde olacaktır.

3. Savcılık Teminatı

"Teminat, bir memurun görevini yaptığı sırada, özellikle yürütmeden gelmesi olası etkilere karşı, kendisini koruyabilecek imkanlara sahip bulunması anlamına gelir." (71). Teminat, bir devlet görevlisine kişiliğinden dolayı değil, yerine getirmekle yükümlü olduğu görevini daha iyi yapması için tanınmaktadır. Bir memura başkalarında bulunmayan teminatlı bir durumun sağlanması, özel önemi bulunan görevin, yine bu özel öneme uygun bir şekilde yerine getirilebilmesi içindir (72).

Teminatla bağımsızlık eş anlamlı olmamakla birlikte, aralarında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Savcılık teminatından, savcıların kanunların kendilerine tanıdığı ölçüdeki bağımsızlık görevini yerine getirebilmesi için gerekli olan teminat anlaşılmalıdır. Bu şekilde, savcıların görevlerine müdahale edilmesine, işten el çektirilmelerine, başka yere tayin veya nakledilmelerine dair bir takım işlemlerin haklarında uygulanmasına engel olunmak istenir. Anayasa bağımsızlıkla ilgili bir hüküm içermemekle birlikte, teminattan söz ederek; kanun koyucuya, savcılar hakkında özlük işleri ile görevlerini yerine getirmelerine ilişkin teminat sağlayıcı hükümler koyma zorunluluğunu bir görev olarak yüklemiştir (AY. m. 139).

Devletin ceza iddiasını yargılama makamı önüne getiren, muhakemenin sonuna kadar burada tutan ve bu şekilde kollektif hükmün verilmesine katkıda bulunan bir süjeye, buna uygun teminatın sağlanması gereklidir. Hüküm

(71) KEYMAN, s. 216.

(72) KEYMAN, s. 216.

verme, bütün muhakeme makamı temsilcilerinin yani savcı, sanık ve hakim dengeye dayanan işbirliği içinde yaptıkları bir işlemdir. Bu şekildeki hüküm vermenin yöntemi çelişmedir. Böyle bir yöntemin uygulanabilmesi için de, süjelerden her birisinin düşüncesini serbestçe açıklayabilme olanağına sahip kılınması gerekir. Bu ise, savcıya gerekli teminatın verilmesi ile mümkün olacaktır (73). Aksine bir uygulamada, hükmün oluşmasına yardımcı olan iddia görevi gereği gibi yerine getirilememiş, dolayısıyla hüküm de yara almış olacaktır.

Savcıların yerine getirmekte oldukları adli görevlerinden ötürü, normal devlet memurlarından daha ileri bir teminata kavuşturulmaları gerekmektedir. Anayasa da bu gerçeği gözardı etmeyerek, savcılara tanınan teminatın, genel memurlara tanınan teminattan daha fazla olması gerektiğini 139. maddesi ile hüküm altına almıştır (74). Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında, savcılık teminatını pozitif hukuk açısından yargıya dahil etmiş, bu teminatın normal memur teminatından daha ileri olduğunu belirtmiştir (75). Bununla birlikte, savcılar bağımsız olmadıkları için teminatları da hakimlerin teminatları ile aynı olamayacaktır (76).

Teminat, savcıların görevlerini yapmalarına ve özlük işlerine ilişkin olmak üzere iki yönlüdür. Anayasa'nın 139. maddesinde de, teminat konusu bu şekilde düzenlenmiş olup, ayrıca hakimlik ile savcılık teminatı birleştirilmiştir. Ancak, nitelik, atanma ve ilerleme gibi özlük işleri düzenlenirken, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatının göz önünde tutulacağı belirtilmiştir (77).

Anayasa, gerekli teminatın sağlanması amacıyla hakim ve savcılara iliş-

(73) KEYMAN, s. 218. Aynı yöndeki görüşler için bkz. AYMK. 18.12.1967 tarih ve 31/45 sayılı kararı RG. 18.4.1968, n.12878, EREM, Savcılık, s. 158.

(74) MANZINI, Vincenzo, Trattato di diritto processuale Penale Italiano, 3. B., Torino 1949. Zik. KUNTER-YENİSEY, no. 228; EREM, Savcılık, s. 158. Keyman, savcının adli görevlerinden dolayı kendisine tanınan teminatın, idari görevleri açısından da geçerli olması gerektiğini belirterek, savcıya tanınan teminatın adli işler için geçerli olup, idari görevleri açısından geçerli olmaması gibi bir bölünmenin maddi bakımdan mümkün olmadığını, aksine uygulamanın teminatın zedelenmesine yol açacağını ileri sürmektedir. KEYMAN, s. 218-219.

(75) Anayasa Mahkemesi, "..... mahkeme başkatiplerinin bir teminatı yoktur. C. Savcılarına vekalet etmelerini öngörececek hakim veya mahkeme başkanı kendilerinin amiridirler. Böylece teminatlı olmayan başkatibin vekalet etmesine yetki veren hüküm Anayasa'nın 137. maddesi ile çelişme halindedir." gerekçesiyle mahkeme başkatiplerine, bulunmamaları halinde C. Savcılarına vekalet etme imkanı tanıyan 7188 sayılı kanunu iptal etmiştir. AYMK. 1966/26-47 sayılı kararı, AYMKD., n. 4, Y.1967, s. 238, zik. KEYMAN, s. 220.

(76) KUNTER-YENİSEY, no. 26.3 (228).

(77) KUNTER-YENİSEY, no. 26.3 (228). Keyman, adli teminatın üstün adli teminat, normal adli teminat olarak sınıflandırılıp, üstün adli teminatın tam bağımsız olan hakimlere, normal adli teminatın da yarı bağımlı savcılara tanınmasından yanadır. KEYMAN, s. 221

kin değişik konularda karar verecek Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kurulmasını öngörmüştür (A.Y. m. 159) (78).

Savcılarının sahip oldukları teminatlardan birisi görev teminatıdır. Gerçekten, Anayasa'nın 139. maddesinde, "Hakimler ve savcılar azlolunamaz, kendileri istemedikçe Anayasa'da gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması suretiyle de olsa, aylık ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz." hükmü yer almaktadır. Buna göre, savcı teminatının üç unsuru bulunmaktadır. Savcılar azlolunamazlar. Anayasa'nın 140. maddesinde belirtildiği üzere 65 yaşını bitirmeden kendi istekleri dışında emekli edilemezler. Yine savcılar, bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun bırakılamazlar (79).

Savcılara coğrafi teminat da verilmiştir. Buna göre, savcının kendi rızası olmadan ve geçerli nedenlere dayanmaksızın nakledilmesi mümkün olamayacaktır (80).

Anayasa'nın 159. ve Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 35. maddeleri uyarınca savcılarının naklen atanması yetkisi de, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na aittir. Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun 35. maddesine göre, "Hakim ve savcılar, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun hazırlayacağı, atama ve nakil yönetmeliğine uygun olarak, aynı veya başka yerlerdeki eşit ya da daha üst görevler için kazanılmış; hak, aylık ve kadro dereceleriyle naklen atanırlar. Adli ve idari yargı teşkilatı bulunan yerler, coğrafi ve ekonomik şartları, sosyal, sağlık ve kültürel imkanları, mahrumiyet dereceleri ile ulaşım ve diğer durumları dikkate alınarak bölgelere ayrılır ve böylelikle bölgelerdeki görev süreleri belirlenir." (81).

(78) 1982 Anayasası öncesinde sadece hakimler ile ilgilenen kurulun adı Hakimler Kurulu idi. 1982 Anayasası ile savcılar da bu kurula dahil edildi. Kurulun sadece hakimleri içerir ilk biçiminin ve örnek teşkil eden benzeri kurulların İkinci Dünya Savaşı sonrası İtalya Anayasası'nda (Yüksek Yargıçlar Konseyi) ve Fransız Anayasası'nda yer aldığını görüyoruz. TOROŞLU, Nevzat, "Yargıç Bağımsızlığı ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", Cumhuriyet, 30 Nisan-1 Mayıs 1992, s. 2. Bu şekilde, atanma, tayin, terfi ve benzeri özlük haklarını düzenleme hususunda savcılarının ve hakimlerinin yürütmenin tesirinden kurtarılmasını hedeflenmiştir. TOSUN, C. I, s. 578; YURTCAN, s. 149.

(79) BERKİN, s. 343; DEMİRKOL, s. 126-127.

(80) İstek dışı bir nakledilme söz konusu olduğunda, o hakim ya da savcının coğrafi teminata sahip olduğundan bahsedilemeyecektir. DEMİRKOL, s. 121.

(81) Maddenin birinci fıkrası hükmünde yer alan Atama ve Nakil Yönetmeliği'nin 2. maddesi, adli teşkilat bulunan yerleri, coğrafi, ekonomik koşullar, sağlık hizmetleri ile sosyal ve kültürel durum, mahrumiyet dereceleri, ulaşım ve merkezlere mesafeleri itibarıyla beş bölgeye ayırmıştır. Yönetmeliğin 3. maddesi gereği, beşinci bölge için iki, dördüncü bölge için üç, üçüncü bölge için üç, ikinci bölge için beş, birinci bölge için ise yedi yıl hizmet süresi öngörülmüştür. Dördüncü madde uyarınca, ad çekme ile atamalar ve zorunlu sebepler dışında nakiller alt bölgeden başlayarak ve sıra takip edilerek yapılır. İdari yargı mensupları için ise ayrı bir yönetmelik çıkarılarak hizmet yerleri iki bölgeye ayrılmıştır.

Savcıların sahip olduğu teminatlardan bir diğeri mali teminattır. Buna göre, hakim ve savcılara, özel bir hukuki statünün ve ekonomik durumlarının iyileştirilmesine yönelik yeter miktarda maaşın sağlanması gereklidir (82). Bu koşulların sağlanmaması, mesleğe sadece belli ekonomik güce önceden sahip olanların girmesine neden olabilecek ve "yargının, kendi içine kapanık, yığınlardan kopuk, yargı görevini yerine getirirken toplumsal sorunlardan habersiz bir bütün oluşturması sonucunu doğurabilecektir." (83).

Anayasamızın 139. maddesinin 1. fıkrasında da, "hakimler ve savcılar ... bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz." hükmü yer almaktadır. 140. maddesinin 3. fıkrasında ise, hakim ve savcılara verilecek aylık ve ödeneklerin kanunla düzenlenmesi sırasında, hakimlik teminatı esaslarına uygun davranılması gerektiği belirtilmektedir.

Savcılara tanınan bu teminatlar bir imtiyaz değildir. Hakimlik ve savcılık mesleğinin gereği gibi yerine getirilmesi açısından gerekli kurumlardır (84).

Bizce de, adli görev ve işlemleri yerine getiren savcılara, yürütmenin etkisinden kurtulmaları için, idari görevi yerine getiren memurlardan daha geniş ve fazla teminatların sağlanması yerinde olmuştur. Bu amaçla savcıların bütün özlük işleri, disiplin cezaları, meslekten çıkarılmaları konusunda karar verecek kurulun oluşturulmuş olması da savcılık teminatı adına güzel bir gelişmedir. Bununla birlikte söz konusu kurul çatısı altında savcılarla birlikte yerine getirdikleri görev ve yetkileri savcılarinkinden çok farklı olan hakimlerin de bulunması, hakim bağımsızlığını zedeleyeceğinden hatalıdır. Bu nedenle 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, savcılar bu kuruldan çıkartılmalı ve söz konusu kurul sadece hakimlerin özlük işlerini düzenleyen Yüksek Hakimler Kurulu haline dönüştürülmelidir. Savcılar için ise, kendilerine tanınan teminatlar göz önünde bulundurularak eski Yüksek Savcılar Kurulu gibi ayrı Savcılar Kurulu oluşturulmalıdır.

(82) DEMİRKOL, s. 129.

(83) ÖZEK, Çetin, "Yargının İdari Denetimi", İÜHF., 1982/1-4, C. 44, s. 923.

(84) KAPANI, s. 85-86; BERKİN, s. 340; ÖZEK, s. 917-918; DEMİRKOL, s. 134.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- ALACAKAPTAN, Uğur, "Alacakaptan'ın Savcılar İçin Teklifi", Ulus Gazetesi, 20 Şubat 1968.
- ASLAN, Muzaffer Yasin, Askeri Yargıda Savcılık, Ankara 1998.
- BARDAK, Cengiz, Ceza Muhakemesinde Hazırlık Soruşturması, Ankara 1996.
- BERKİN, M. Necmettin, "Hakimler ve Savcılar Hukukuna Yenilik Getiren Hükümler", İÜHF., 50. Yıl Özel Sayı, 1973/1-4, C. 38.
- BILGE, Necip, Son Anayasa Değişikliğine Göre Tabi Hakim ve Savcı Teminatı, Ankara 1972.
- DEMİRKOL, Ferman, Yargı Bağımsızlığı, İst. 1991.
- EREM, Faruk, "Savcılık", Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Kanun Tasarısı ile Hakimler ve Savcılar Kanunu Tasarısı Hakkında Seminer, Ankara 1964.
- EREM, Faruk, "Savcılık", Ulus Gazetesi, 4 Şubat 1952.
- EREM, Faruk, Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku, 6. B., Ankara 1986.
- HUBER, Barbara, "Savcılık, Konum, İşlev, Denetleme", (Konferans Metni), MÜHF. Yayını, İst. 1993. Çev. Nur CENTEL.
- KAPANI, Münci, İcra Organı Karşısında Hakimlerin İstiklali, Ankara 1956.
- KATOĞLU, Tuğrul, "Bağımsız Yargıda Savcıların Yetkileri", MBD., 1996/187, C. 20.
- KATOĞLU, Tuğrul, "Savcılık Üzerine Düşünceler", MBD., 1995/177, C. 19.
- KÖNİ, Burhan, Ceza Muhakemesi Ders Notları, Ankara 1960-61.
- KUNTER, Nurullah-YENİSEY, Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. B., İst. 2000.
- KURU, Baki, Hakim ve Savcılarının Bağımsızlığı ve Teminatı, Ankara 1966.

ÖNDER, Mümtaz, Savcıların Tatbikat İçindeki Görev ve Yetkileri, Ankara 1968.

ÖZEK, Çetin, "Yargının İdari Denetimi", İÜHF., 1982/1-4, C. 44.

TANER, Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İst. 1955.

TOROSLU, Nevzat, "Yargıç Bağımsızlığı ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu", Cumhuriyet Gazetesi, 30 Nisan-1 Mayıs 1992.

TOSUN, Öztekin Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, (Genel Kısım) C. I, İst. 1984.

TOSUN, Öztekin, "Savcı Etkin Kılınmalı", Cumhuriyet Gazetesi, 31 Mart 1978.

TOSUN, Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. II, Muhakemenin Yürüyüşü, İst. 1976.

YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Hazırlık Soruşturması ve Polis, 3. B., İst. 1993.

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, 6. B., İst. 1996.

YÜCE, Turhan Tufan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuk Devleti Esasları, Erzurum 1968.

YASAL SAVUNMA (MEŞRU MÜDAFA) KAVRAMI
VE MAL İÇİN YASAL SAVUNMA

Necati Meran()*

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, I-Yasal savunma kavramı, II-Yasal savunmanın koşulları, A-Saldırıya ilişkin koşullar, 1-Halen var olan saldırı, a-TCK 49. maddesi ve saldırı, b-BK. 52. ve MK 981. maddelerinde saldırı, 2-Saldırının haksız olması, a-Ceza kanununa göre haksızlığın anlamı, b-BK 52. ve MK 981. maddelerine göre haksız saldırı, 3-Saldırının bir hakka yönelmiş olması, B-Savunmaya ilişkin koşullar, 1-Savunmada zorunluluk bulunması, 2-Saldırı ile savunma arasında orantı bulunması, Sonuç.

I-GİRİŞ

Özel hukukun kişilere tanıdığı, emredici nitelikte herkes tarafından uyulması gereken mutlak haklar vardır. Bu haklara yapılan saldırılar hukuka aykırı fiillerdir. Ancak belirli kişilere karşı ileri sürülebilen, nispi hakların ihlali ise BK 41. madde anlamında haksız fiil değildir. Borçluya karşı ileri sürülebilen alacak hakkı başkaları tarafından ihlal edilemez. Borçlunun yükümlülüğünü yerine getirmemesi ise BK 96. maddedeki sözleşmeye aykırı davranış olarak nitelenebilir (1).

Hukuka aykırılık, fiil ile hukuk düzeni arasında bir çelişkidir. Bu nedenle fiili kamu ya da özel hukuka aykırı biçiminde ayrıma tabi tutmak doğru değildir. Ceza hukuku alanında hukuka aykırılık suç kavramıyla biçimlenir. Bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığını, bütün hukuk düzenini göz önünde tutarak, söz konusu fiili hukuka uygun hale getirecek bir kuralın bulunup bulunmadı-

(*) Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hakimi

(1) Reisoğlu, s.126

ğına bakarak değerlendirmek gerekir. Ceza hukukunda faile ceza verilmemesini gerektiren bir sebep, diğer hukuk kurallarına göre eylemin hukuka aykırı sayılmasına engel olmuyorsa bunun bir hukuka uygunluk sebebi olduğundan bahsedilemez. Burada hukuka uygunluğu sağlayan bir sebepten değil, sadece faile ceza verilmemesini gerektiren bir durumdan söz edilebilir.

Hukuka aykırılığı sadece ceza hukuku alanına indirgemek mümkün değildir. Bir fiilin yapılmasını hukuka uygun bulan hatta emredici bir kural ile düzenleyen hukuk alanları olabilir. Fiilin diğer hukuk alanlarında, hukuka aykırı sayılması, onun ceza hukuku alanında da mutlaka hukuka aykırı olmasını zorunlu kılmayacaktır. Çünkü ceza hukuku kendi verdiği tarife aykırılığa önem verir. Diğer hukuk alanlarındaki hukuka aykırılık, mutlaka ceza uygulamasını gerektirmez.

Suç ile haksız fiil arasında parçalanması mümkün olmayan hukuka aykırılık noktasında bir birliktelik vardır. Fakat bu birliktelik eylem ile hukuk düzeni arasındaki zıtlama noktasında olup, bu eylemlerin doğurduğu sonuçlar itibariyle değildir (2).

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplere hukuka uygunluk sebepleri denir. Bunlar hukuka aykırılığı sonradan etki ederek ortadan kaldırmazlar. Fiilin gerçekleştiği anda hukuka uygun doğmasını sağlarlar (3).

Biz burada, kamu yetkisinin kullanılması, özel hukuktan doğan hakkın kullanılması, mağdurun rızası, vekaletsiz iş görme, ıztırar (zorda kalma) hali, kendi hakkını kuvvet kullanarak koruma ve yasal savunma olarak sayabileceğimiz hukuka uygunluk sebeplerinden yasal savunmanın hukukumuzda yer alış biçimleri ve kapsamını inceleyeceğiz.

A- YASAL SAVUNMA KAVRAMI:

Yasal savunma, bir kimsenin kendisine ya da üçüncü bir kişiye karşı gerçekleştirilen haksız saldırıyı uzaklaştırmak için gösterdiği zorunlu tepkidir (4). Bir başka deyişle kişinin kendisinin veya bir başkasının hukuki varlığını, gerçekleştirmekte olan ya da yakın, hukuka aykırı bir saldırıya karşı zorunlu savunmasıdır (5).

(2) Dönmezer-Erman, s.7-9

(3) Dönmezer-Erman, s.18

(4) Dönmezer-Erman, s.97

(5) Eren, s.153

Yasal savunma, her zaman varlığı kabul edilmiş bir kavramdır. Roma hukukunda, hayata, vücut tamlığına, namusa, kişisel bir tehlikeye yol açtığı takdirde mala karşı yapılan saldırıları uzaklaştırmak için yasal savunma hakkının varlığı kabul edilmekteydi.

Cermen hukukunda ise, oç alma hakkına büyük önem verildiğinden, saldırının uzaklaştırılması hakkın derhal icrası olarak kabul edilmiş, mala, şerefe ve her türlü saldırıya karşı savunma yasal sayılmıştı.

İslam hukukunda, yasal savunmada bulunan kişi, kisas, diyet veya tazir cezasına konu olamaz. Savunma, hayata, mala, ırz ve namusa yönelik bütün saldırılara karşı meşrudur (6).

Hukumumuzda yasal savunma, Ceza Kanununun 49/2. maddesi ile düzenlenmiş ve "Kişinin gerek kendisinin ve gerekse başkasının nefesine veya ırzına vuku bulan haksız taarruzu...." biçimindeki anlatım ile sadece nefse ve ırza karşı saldırılara ilişkin öngörülmüştür. CK 49. maddesinde mal için yasal savunmadan bahsedilmemesi hukukumuzda böyle bir düzenlemenin olmadığı anlamında yorumlanmamalıdır (7). Borçlar Kanununun 52/1. maddesinde "Meşru müdafaa halinde mütecevizin şahsına veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmez." hükmü ile genel olarak ve *Medeni Kanunun 981. maddesinde zilyede haksız saldırıyı yasal yoldan def etme hakkı tanınmıştır.

B- YASAL SAVUNMANIN KOŞULLARI :

a-Saldırıya ilişkin koşullar :

1-Halen var olan bir saldırı :

aa-Ceza Kanunu 49/2. maddesi ve saldırı :

TCY 49/2. maddesinde "...bir taarruzu filhal defi zarureti"nden söz edilerek yasal savunma için halen var olan bir saldırının gerekliliğine işaret edilmiştir.

Yasal savunma için, bir saldırının bulunması ve saldırı ile savunmanın aynı zamanda gerçekleşmiş olmasına dikkat edilmelidir. Saldırı başlamadan

(6) Dönmezer-Erman, s.98

(7) Ereni, s.618

* 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Resmî Gazetesinin 08.12.2001 tarih ve 24607 sayısında yayımlanmıştır.⁸

önce savunmada bulunma meşru sayılamayacağı gibi, saldırının sonuçlanmasından sonra yapılan savunma da yasal kabul edilemez.

Saldırının varlığını geniş anlamalıdır. Henüz başlamamış, ancak başlayacağı muhakkak olan veya bitmiş olmakla birlikte tekrar başlamasından korkulan saldırının devam ettiğinden şüphe edilmemelidir (9). Örneğin, elindeki bıçağı uyarıya rağmen bırakmayan kişinin saldırıya başladığı kabul edilebileceği gibi hasmını yere yıkan kişinin saldırıyı daha ileriye götüreceğinin anlaşılması durumunda da saldırının halen sürdüğü kabul edilmelidir. Kanun, "bir taarruzun filhal defi"nden söz etmiş, icrası muhakkak olan saldırıdan söz etmemiştir. Saldırı bittikten ve tekrarlanması endişesi kalktıktan sonra gerçekleştirilen hareketler yasal savunma sayılmaz ve fail ancak haksız kışkırtma hükümlerinden yararlanabilir. Gerçek bir saldırının bulunmadığı, failin bir saldırı olduğunu düşündüğü durumlarda yasal savunma koşullarının varlığı kabul edilemez (10).

Geçmişteki saldırıda olduğu gibi gelecekteki saldırıya karşı da yasal savunma mümkün değildir. Zira savunmaya meşruluk kazandıran husus, savunmayı zorunlu kılan, halen mevcut olan saldırıdır (11).

Saldırıdan genel olarak cebir ve şiddet anlaşılmakta ise de, saldırının ce-

(9) Özen, s.72

(10) Dönmezer-Erman, s.115

"..müşteki sanık S.D ile sanık Ş.A, annesi K ve kız kardeşi S.'nin oturdukları evin önüne gelerek K' a seslendiği K' nın uyarısı üzerine "ben seni ve kızlarını istiyorum, vermezsen çıkar alırım" diyerek giriş kapısını tekmelemeye başladığı, tekme darbeleri ile açılan kapıdan evin içine girerek önüne çıkan K. ile tartışmaya başladığı ve tekmeyle vurarak K'yı düşürdüğü, bu sırada ikinci katta yemek hazırlamakta olan sanık S.'nineline bıçakla aşağıya inerek S'i tek bıçak darbesi ile sol kalçasından 5 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaraladığı, sanığın annesine yönelik olarak müştekinin sarf ettiği "seni veya kızlarını istiyorum,vermezsen çıkar alırım" şeklindeki sözler ile saldırının sanık Ş' nin nefesine veya ırzına da yöneleceği, saldırının başlamasının muhakkak olduğu saldırı başladığı takdirde kadın olan sanığın savunmasının çok güç hale geleceği...sanığın..ağır ve haksız ve kendisine yönelmesi pek muhtemel olan bir saldırıdan kurtulmak amacıyla savunma zorunluluğunun gereğini yaptığını." (Y.CGK, 10.03.1998-2/370-75), Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç, s.67.

"..sanık ile maktul arasında geçmişe dayalı husumet bulunduğu, olay günü sanık ve eşinin çalıştığı tarlanın yakınında maktul ve annesinin de çalıştığı, bir el silah sesi duyulması üzerine, sanığın kayınpederi A.'nın çalıştığı yere doğru kendi tüfeğini alarak koştuğu, olay yerine geldiğinde kayınpederinin vurulmuş olarak kanlar içinde yerde yattığı, maktul M.'nin de elinde tüfek olduğu halde sanığın kayınpederinin yanında beklediği, sanık tarafından henüz kayınpederinin öldüğünün bilinmediği, kayınpederine yönelik saldırının tekrarlanması olasılığının bulunduğu, ayrıca maktulün kolaylıkla silah kullanabilecek yapısı nazara alındığında sanığa karşı saldırısının başlamasının muhakkak ve başladığı takdirde savunmayı olanaksız hale getireceği, bu şekilde saldırıya ilişkin koşulların gerçekleştiği..." Y.CGK, 29.09.1998-1/176-276, Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç, s.64

(11) Özen, s.77-78

bir ve şiddet içermesi gerekmediği bazı yazarlar tarafından ifade edilmiş, cebir ve şiddet içermeyen davranışlara karşı da yasal savunmada bulunulabileceği bildirilmiştir. Örneğin, bir kişinin evinin önüne dikilip, evine girmesine engel olan saldırganın yasal savunmada bulunulması gibi. Kanunda "taarruz" terimi kullanılmış ise de, bunu geniş yorumlamalıdır. Önemli olan saldırının cebir ve şiddet içermesi değil, savunmayı zorunlu hale koyan bir saldırının varlığıdır.

Saldırının ihmali nitelikte olabileceği de kabul edilmektedir. Belirli bir şekilde hareket etmek zorunda olup da bu zorunluluğa uymayıp hareketsiz kalan kişinin eylemi saldırı niteliği taşır ve mağdura kendisini savunma hakkı verir (12). Ceza süresi bittiği halde cezaevinden çıkarılması unutulmuş hükümlünün cezaevinden kaçmasının yasal savunma olarak değerlendirilebilmesi gibi.

bb-BK 52. ve MK 981. maddelerinde saldırı :

Bir kimsenin, kişisel değerlerine yönelik yakın ve ciddi saldırıyı defetmesi sırasında saldırganın kişisel değerlerine zarar vermesi hukuka aykırı değildir. Zira, BK 52/1. maddesi yasal savunma halinde saldırganın kişiliğine veya mallarına yapılan zarardan dolayı tazminat lazım gelmeyeceği hükmünü koymuştur. Medeni Kanun ise 981/1. maddesinde zilyedin her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak def edebileceğini öngörmektedir.

Zilyetlik kavramı açık bir biçimde ortaya konulmuş değildir. Ancak Medeni Kanunun 973. maddesi "Bir şey üzerinde fiili hakimiyeti bulunan kimse onun zilyedir." hükmü ile zilyetliği dolaylı olarak tarif etmiştir.

Bir şey üzerindeki fiili iktidar ve o şeyden faydalanma anlamına gelen zilyetlik, hukuken korunmuş bir durumdur ve temeli bir hakka dayanabileceği gibi dayanmayabilir de. Hukuk sistemi bu hukuki durumun bir hakka dayanıp dayanmadığına bakmaksızın korunmasına yönelik düzenlemelerde bulunmuştur. Zilyetliğin hukuken korunması, toplum içindeki emniyet ve asayişin devamına yöneliktir. Amaç, eşya üzerindeki fiili hakimiyetin korunmasıdır. Kuvvet kullanarak savunma, gasp ve tecavüz halinde mümkün olabileceğine göre ancak vasıtasız zilyetler bu haktan yararlanabilirler. Vasıtalı zilyetlerin, vasıtasız zilyet tarafından yapılan savunmadan, dolaylı olarak yararlanmalarına

(12) Özen, s.76

rı mümkündür. MK 981. maddesindeki savunma hakkı zilyetliğin doğrudan doğruya korunmasına ilişkin olduğundan, vasıtasız fer'i zilyet, vasıtalı asli zilyet tarafından gerçekleştirilen saldırıları da kuvvet kullanarak def edebilir. Zilyet yardımcıları ise genel yasal savunma (BK.52) hükümlerinden yararlanabilir. Kanun tarafından yapılan düzenleme, bir kimsenin haksız bir biçimde zilyetliğe saldırısı veya gaspına ilişkindir. Saldırı ile zilyetlik kısmen ihlal edilir. Bu şekilde zilyet tedirgin edilmekte, ancak "şey" üzerindeki fiili hakimiyetini kısmen de olsa sürdürmektedir. Şeyden faydalanmaya tamamen engel olma da bir saldırdır. Gasp ise, eşyanın zilyedin hakimiyet alanından zorla veya gizlice çıkarılması, zilyedin şey üzerindeki hakimiyetinin tamamen kaldırılmasıdır. Gasp edenin kusurlu olup olmaması, şey üzerinde bir hakkı bulunup bulunmaması önemli değildir (13) (14).

Saldırı veya gasp fiili ile kuvvet kullanarak şeyi geri almaya yönelik savunmanın aynı veya birbirine yakın zamanlarda bulunması zorunludur. İsviçre Medeni Kanunundaki "derhal" kelimesi bizim kanunumuza alınmamıştır. Fakat MK 981/2. maddesinde "taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden alarak" biçiminde bir ifade kullanılmış, "saldırı veya gasp" ile kuvvete başvurarak "saldırımı def ya da gasıbı kovma" fiillerinin birbirlerini hemen takip etmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Savunma saldırıyı hemen takip etmelidir. Birbirinin devamıdır. Kuvvet kullanmanın geciktiği, bağımsız bir fiil olarak nitelenebildiği durumlarda, kuvvet kullanma bir saldırı niteliği kazanabilir. Böyle bir durumda zilyet şeyi ancak zilyetliğin iadesi davası ile geri alabilir (15).

Ceza kanununun 49/2. maddesindeki "filhal"sözcüğü MK 981. maddesinde yer almamış ise de "zilyet her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak def edebilir."cümlesi saldırının yapıldığı sırada ve tamamlanmadan, savunmada bulunulması gerektiğini açık bir biçimde anlatmaktadır.

2-Saldırının haksız olması:

a-Ceza Kanununa göre haksızlığın anlamı :

Yasal savunma sadece haksız saldırıya karşı yapılabilir. Saldırının haksız olması için hukuka aykırı olması yeterlidir, ayrıca suç oluşturması gerek-

(13) Güral s.194

(14) Esener-Güven,s.36

(15) Esener-Güven, s37-35,Gürsoy-Eren-Cansel, s.97-99

mez. Hukuk düzeni kişiye, yapılan harekete katlanma yükümü getirmiş veya kişi bu harekete izin vermiş ise o zaman hareketin haksızlığından söz edilemez. Burada göz önüne alınacak olan hareketin hukuka uygun olup olmadığıdır. Kişinin hukuka uygun herhangi bir kaynaktan aldığı yetkiyi kullanması veya hukuka uygunluk nedenleri içinde hareket etmesi durumunda hukuka aykırılıktan söz edilemez (16).

Haksız saldırı zorunlu olarak bir insan fiilidir. Bu nedenle hayvan saldırısına haksızlık izafe edilemez. Zira hukuk kuralları insanlara yönelik düzenlenir. Ayrıca saldırının haklı veya haksız olduğu, fiilin iradi olup olmadığına bakılarak değerlendirilmelidir. Yine doğa olaylarına karşı yapılan savunma da yasal savunma olarak kabul edilemez. Bu tür saldırılara karşı yapılan savunmalarda bir başka hukuka uygunluk nedeni olan zaruret halinden söz edilebilir. Sahibi tarafından özel olarak yetiştirilip saldırı için gönderilen köpeği öldüren kişinin fiili ise yasal savunma niteliğindedir (17). Kişi, köpeği gönderen saldırganı karşı yasal savunmada bulunmuştur.

Saldırının haksızlığını, dış görünüşü ile objektif olarak incelemek lazımdır. Zira saldırganın kişisel hal ve özelliklerinin yasal savunmanın gerçekleşmesi açısından bir önemi yoktur. Saldırgan ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisi veya saldırganın ceza ehliyetinin bulunmaması, mağdurun yasal savunmada bulunmasına engel değildir. Kasıtlı olmayan saldırılara karşı da savunmada bulunulabilir (18).

Hakkın kötüye kullanılması biçimindeki saldırılar da haksızdır ve saldırıya uğrayan kişiye savunmada bulunma hakkı verir. Örneğin kocanın karısını kendisiyle gayri tabii bir ilişkiye girmeye zorlaması veya kadının psikolojik bir sebeple cinsel ilişkiyi reddetmesine rağmen cebir ve şiddet kullanarak cinsel ilişkiye girmesi durumlarında, kocanın evlilik kurumunun gereklerinden olan eşyle cinsel ilişkide bulunma hakkını kötüye kullandığı kabul edilebilir. Bu durumda kadının yasal savunmada bulunma hakkı vardır.

Yine, bir memurun görevini yaptığı sırada, görevin sınırlarını aşarak keyfi bir kısım hareketlerde bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebileceğinden, kişinin bu hareketlere karşı savunmada bulunma hakkı doğar. Ceza Kanunu 258. maddesinin 4. fıkrası ile 272. maddesinde görevli me-

(16) Özen, s.81

(17) Özen, s.82

(18) Erem, s.609

mura direnme, hakaret ve sövme ile görevliyi yaralama fiillerinde, memurun keyfi hareketi sonucunda işlenen suçta, olayın özelliğine göre hakime cezayı tamamen kaldırma veya dörtte bire kadar indirme yetkisi verilmiştir (19). Yasal savunma koşulları varsa hakim, faili cezalandırmaz ya da haksız tahrik hükümleri uyarınca cezai indirimde bulunabilir. Keyfi hareket veya memuriyet sınırını aşma şeklindeki haksız davranışların mutlaka suç işleyeninin kişiliğine karşı işlenmesi koşulu bulunmamakta olup, haksız hareketin başkasına karşı işlenmesi halinde de, suçu bu üzüntü ve elemin etkisi altında ve haksız hareket sırasında işlediği anlaşılan üçüncü kişiler de 272. maddedeki indirim nedenlerinden yararlanabilir (20). Hakime cezayı indirme ya da tamamen kaldırma yetkisi veren bu hüküm savunma hakkının bir sonucu olarak kabul edilmiş ve kamu yönetimi ile bireyler arasındaki ilişkilerde bireysel özgürlüklerin teminatı olmuştur (21).

b-MK 981. ve BK 52. Maddelerine göre haksız saldırı :

Ceza kanununda olduğu gibi burada da saldırı hukuka aykırı olmalıdır. Savunmanın meşru sayılabilmesi için saldırının objektif olarak haksız olması yeterlidir (22). Ceza hukukuna ilişkin yaptığımız açıklamalar BK 52. maddesinin uygulaması açısından da geçerlidir. MK 981/1. maddesine göre "zilyet, her türlü gasp veya saldırıyı kuvvet kullanarak defedebilir." Bu hak, BK 52. maddesindeki yasal savunma kuralının özel bir halidir.

MK 981/1. maddesinde zilyedin bütün gasp veya saldırı fiillerini defedebileceği yazılı olduğuna göre, haklı olması durumunda bir fiile gasp veya saldırı adı verilemeyecektir (23). Gasp veya saldırının hukuka aykırı olması, zilyedin rızasının bulunmaması anlamına gelir. Rıza açık veya kapalı olabilir. Kanun, şiddet kullanma ve gizlice alma halini 981/2. maddesinde hükme bağlamıştır. Bu iki halin de saldırı fiili olduğunda kuşku yoktur. Saldırının kasıtlı

(19) Dönmezer-Erman, s107

(19) Özen, s.81

(19) Erem,s.609

(19) Dönmezer-Erman, s107

(10) İBK.8.6.1997 gün ve 8/3 sayılı kararı,Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç,s.370

(21) Gözübüyük,s.356

(22) Reisoğlu, s.128

(23) Erem, s.620

yada iyi niyetli hareket etmesi, fiilin gasp veya saldırı niteliğinde olmasına engel değildir.

Kanunun izin verdiği, MK 740., 751. (komşunun arazisine geçen ağaç dal ve köklerinin başkasının mülküne geçmesi ile kanunen men edilmedikçe örf ve adete göre başkasının orman ve merasına girmek) maddelerindeki hallerde saldırıdan söz etmek mümkün değildir. Ancak 745.maddede (yükümlü taşınmaz malikine,menfaatinin hakkaniyete uygun biçimde gözetilmesini isteme hakkı verilen hal) belirlenen durumlarda rıza bulunmadığında gerçekleştirilen fiil saldırı niteliğindedir. Zaruret hali(MK 753.), yasal savunma (BK 52.) ve hakkın hak sahibince alınması-tarla ve arazisine kuş veya kümes hayvanları giren kişinin zarar verirken görüp bunları öldürmesi-(TCK 521.) halleri koşulları bulunduğu saldırı sayılmazlar (24).

MK 981. maddesi insanlar tarafından gerçekleştirilen saldırı fiillerini kapsamaktadır. Hayvanların ihlalleri BK 57. maddesinde hükme bağlanmıştır(25).

3-Saldırının bir hakka yönelmiş olması :

Ceza kanunu yasal savunmayı sadece nefis ve ırza yönelik saldırılarda kabul etmiş mala yönelik saldırılara ilişkin herhangi bir anlatım kullanmamıştır. İtalyan Ceza Kanunu "kendisine veya başkasına ait bir hakkı korumak zaruretinden" söz ederek malvarlığı haklarını da yasal savunma kapsamı içinde tutmuştur. Ancak Ceza Kanunumuz "nefis ve ırz" kelimelerini kullanarak kapsamı daraltmıştır. Bu nedenle 49/2. madde kapsamında malvarlığı haklarına karşı yapılan saldırılarda yasal savunma mümkün değildir (26). Ancak Ceza Kanunu, 461. maddesinde belirtilen şartların oluşması halinde mal için yasal savunmayı öngörmüştür. Bu maddeye meşru müdafanın hususi bir uygulama biçimi diyebiliriz. Maddede, Ceza Kanununun 495.,496.,497.,499. maddelerindeki gasp ve adam kaldırma suçlarının faillerine karşı malını savunma ile, konuta ya da eklentisine saldırıda bulunanlara karşı yapılan savunmalar düzenlenmiştir. Ceza kanununda yasal savunmaya ilişkin bunlardan başka hüküm yoktur. Mülkiyete adiyen yapılan saldırılarda (yankesicilik, hırsızlık vb.) ya da gayrimenkullere yapılan saldırılara karşı yasal savunma,

(24) Gürsoy-Eren-Cansel, s.93

(25) Esener-Güven, s.38

(26) Dönmezer-Erman, s.110

Borçlar Kanunu ve Medeni Kanun hükümleri uyarınca gerçekleştirilebilir (27). Ceza Kanununun 461/1. maddesinde sayılmaması nedeniyle, tehdit yoluyla malvarlığına karşı işlenen diğer suçlarda yasal savunmanın kabul edilmemiş olması kanunun kendi içindeki gelişkisidir.

Kanunda geçen "ırz" terimini dar yorumlamamalı her türlü cinsel hürriyete karşı saldırıyı bu kapsamda düşünmelidir. Yine "nefis" terimi de hayat hakkı olarak daraltılmamalı, beden tamlığına, kişiliğe yönelik diğer haklara saldırı halinde de yasal savunma hakkının varlığı kabul edilmelidir. Kalabalık içinde kendisine sarkıntılık eden kişiyi tokatlama hareketinde olduğu gibi, zührevi hastalığı bulunan kocanın cinsel ilişki teklifini sağlığını korumak için şiddet kullanarak reddeden kadının hareketi de yasal savunma olarak değerlendirilmelidir (28).

Yargıtay bir kararında Ceza kanunundaki "nefis" terimini geniş yorumladığını açıklayan bir hükme varmıştır. "...meşru müdafaadan söz edebilmek için haksız bir saldırı olmalı ve bu saldırı kişinin veya başkasının nefisine veya ırzına yönelik bulunmalıdır. Saldırı ise hukukça korunan bir çıkarın çiğnenmesi veya tehlikeye konulmasıdır. Burada "nefis" kavramını açmak gerekirse; kaynak İtalyan Ceza Kanununda "kendisi" kavramı yerine kullanıldığını görmekteyiz. "Kendisi" kavramı kişinin, vücut tamlığı, kişi güvenliği, sağlığı, kişisel özgürlüğü, şeref ve onur duyguları gibi kavramları kapsamaktadır.

Sanık, konut dokunulmazlığını geceleyin bozan ve bunda direnen yakını ve yanındakileri tabanca çekerek evini terk etmelerini sağlamıştır. TCK 193. maddesinde öngörülen suç hürriyet aleyhinde işlenen cürümler arasında düşünülmüş ve konut dokunulmazlığı kişiler için bir çeşit hürriyet niteliğinde görülerek, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmiştir. Maddenin özünde konutun fizik varlığı ve mal niteliği değil, kişilerin güvenlik içinde barınabilecekleri bir yuva özelliği öngörülerek bu kavramın güven ve huzuru korunmak istenmiştir. Aksi düşünülseydi bu suçun mal aleyhindeki cürümler arasında yer alması gerekirdi. Konut dokunulmazlığını kişi hürriyetleri arsında kabul etmek zorunluluğu karşısında, konut dokunulmazlığı saldırıya uğrayan sanığın bunu koruma ve sağlamaya yönelik hareketleri TCK 49. maddesinde öngörülen meşru müdafaa sınırları içinde kalmaktadır" (29).

(27) Güral , s.193

(28) Dönmezer-Erman, s.112

(29) YCGK 28.12.1987, E.9-524, K.695, Özen, s.103

b-Savunmaya ilişkin koşullar :

1-Savunmada zorunluluk bulunması :

Yasal savunmayı hukuka uygun hale getiren en önemli husus, saldırıya uğrayan kimsenin başka türlü hareket edebilme imkanının bulunmaması, savunmanın zorunlu olmasıdır. Savunmada bulunmadan saldırının uzaklaştırılabilmeye imkanı oldukça, yasal savunmadan söz edilemez. Ceza Kanunu 49/2. maddesi bu koşulu "Haksız bir taarruzu filhal defi zaruretinin bais olduğu mecburiyetle işlenen fiil" olarak tarif etmiştir (30).

Savunmada zorunluluk bulunup bulunmadığına mutlak ve soyut olarak değil, olayın özelliğine, hal ve koşullara göre nispi şekilde karar vermek gerekir. Yargıtay belli koşullar altında zorunlu olmayan savunmanın başka koşullar altında zorunlu olabileceği düşüncesindedir. Bir kararında "dükkanın kapısı önünde aniden maktulün bıçaklı saldırısına uğrayan sanık, geri kaçıp dükkanına sığınmış, maktul de bıçaklı saldırısına devamlı dükkandan içeri girmiş, balık tezgahına takılıp dengesini kaybederek yere düşen sanığın üzerine atılmış ve bıçağı ile vurmaya başlamıştır. Sanık maktulün saldırısından eliyle kendisini korumaya çalışmışsa da hayatının tehlikeye girdiğini düşünerek saldırganın ısrarlı saldırısını defetmek için eline geçen bir bıçakla onu yaralamak zorunda kalmıştır. O halde sanığın nefisine karşı maktul tarafından vuku bulan bıçaklı saldırıyı filhal defi zaruretinin bais olduğu zorunlulukla onu yaralamak suretiyle hayatını kurtarabildiği anlaşılmış olmasına göre, olayda 49/2. maddedeki yasal savunma koşullarının oluştuğunun kabulü gerekir." (31) demek suretiyle somut olayın şartlarına göre zorunluluğu belirlemiştir (32).

Kişi saldırıdan kaçmak suretiyle kurtulabilecek iken yasal savunmada bulunup bulunamayacağı tartışılmış olmakla birlikte bugün doktrinde, kanunun hiç kimseye sosyal mevkii ne olursa olsun korkak ve alçak bir şekilde hareket etme yükümlülüğünü yükleyemeyeceği görüşü hakimdir. Yargıtay da "Yasal savunmada, hiçbir zaman ve hiçbir koşulda sanığa kaçma yükümlülüğü yüklenemez ve kaçarak kurtulması istenemez. Failin kaçarak kurtulma olanağının bulunup bulunmadığı da dikkate alınmaz." (33) görüşündedir. Savunma, saldırıda bulunan kişiye karşı olmalıdır. Saldırgandan başkasına yönelen savunma hareketi meşru kabul edilemez (34).

(30) Dönmezer-Erman, s.115, Özen, s.112

(31) Y.CGK, 12.3.1979, E.42, K.120

(32) Özen, s.116

(33) Y.CGK, 15.02.2000-1/22-27, Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç, s.59

(34) Özen, s.120

Medeni Kanun da başka şekilde hareket etme imkanının olduğu hallerde zilyedin kuvvet ile hakkını korumasını yasal savunma olarak kabul etmemektedir. Gerçi, MK 981. maddesinin metninden hakkın zorunluluk halinde kullanılabileceği hükmünü çıkaramayız. Ancak, zorunluluk haline ilişkin kaydın metinde olmaması bunun herkes tarafından kabul edilen bir prensip olduğundandır. Zilyedin, zorunluluk olmadan 981. maddenin kendisine verdiği haktan faydalanmaya çalışması savunma hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir ve yaptırımını MK 2. maddesindeki "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz." hükmünde bulur (35).

2- Saldırı ile savunma arasında orantı bulunması:

TCK 49/2. maddesinde savunma ile saldırıya ilişkin orantı konusunda bir ifade bulunmamaktadır. Bu, 50. maddede "zaruretin tayin ettiği hududu geçenler" biçimindeki anlatımdan çıkarılmaktadır. CK. 50. maddesinde zaruretin tayin ettiği sınırı geçenlerin cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Zira yasal savunmada, savunmayı meşru kılan husus, haksız bir saldırıya karşı zorunluluğun gerektirdiği ölçüde saldırganı zarar verilmesidir. Bu nedenle zorunlu olan ölçünün dışına çıkan eylem cezalandırılır (36). Ceza Kanununun 461/son maddesi de birinci bentte sayılan durumda savunmada aşırılığa kaçılmış ya da konuta veya eklentisine saldırıyı def etmek için ikinci bentteki şartların bulunmaması durumunda savunma sırasında işlenen adam öldürme veya yaralama suçlarına ilişkin ceza verilmemesini değil, cezaların indirilmesini öngörmektedir (37).

(35) Erem, s.622

(36) "...Polis memuru olan sanığın kaçmakta olan aracı durdurmak ve şüphelileri ele geçirmek amacıyla PVSK.nun 16/E maddesinin verdiği yetkiye dayanarak silah kullandığı, ancak havaya ve otomobilin lastiklerine ve alt kısımlarına ateş etme imkanı varken, doğrudan doğruya arabada bulunanlara ateş ettiği, maktulenin başından aldığı yara sonucu öldüğü saptanmıştır. sanığın kaçmakta olan şüphelileri yakalamak kastıyla silah kullanması yasa gereğidir. Ancak PVSK.nun 17.maddesi uyarınca silah kullanmaktan başka çare kalmıyorsa suçlunun öldürülmesinden ziyade yaralanarak yakalanmasına dikkat edilmelidir. Sanık tarafında bu hususa dikkat edilmeyerek otomobilde oturanların hayatı bölgelerine isabet edecek şekilde ateş edilmiş, böylece yasal hükümlere uyulmamış olduğundan zaruretin tayin ettiği sınır aşılmıştır. (Y. CGK, 23.03.1999-1/13-47), Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç, s. 83.

(37) "...Bankadan aldığı emekli maaşını bir elinde cep telefonu diğerinde de maaşı olmak üzere cebine koymak için elinde tutmakta olan sanığa, içlerinde maktulün de bulunduğu iki kişinin hızla çarpması nedeniyle para ve cep telefonu üzerindeki hakimiyetini korumak isteyen sanığın, bu hakimiyetini kaybettirip hem para hem de cep telefonunu alarak kaçan maktulün eyleminin TCK.495/1. maddesine mümas olduğunun kabulü ile bu maktule yönelik sanık tarafından tabancayla vaki ateş sonucu anında gerçekleştirilen öldürme eyleminin, olayın cereyan tarzı ve maktulün isabet aldığı vücut nahiyesi dikkate alınarak TCK 461/1-son maddesi içinde mütalaa edilip buna göre hüküm kurulması gerekirken...bozulmasına" Y.1.CD, 20.12.2001,4075-4641.

Savunma ile saldırı arasındaki orantı, her iki tarafın kullandığı araçların aynılığı ile belirlenemez. Saldırıya uğrayanın, saldırganın kullandığı araç cinsinden bir araçla saldırıyı uzaklaştırma yükümlülüğü yoktur. Savunmada kullanılan araç, saldırıda kullanılan farklı ve etkin olmakla birlikte saldırıyı uzaklaştırmaya yetecek ölçüde kullanılmış ise araçlar arasında oran var kabul edilebilir. Her olayın özelliğine, kullanılan araçların cinsine ve etkinliğine göre karşılaştırılmak suretiyle araçlar arasındaki oranın varlığı ya da yokluğu tespit olunmalıdır.

Saldırıya uğrayan hak ile savunma sırasında zarara uğratılan hak arasında da orantı bulunmalıdır. Fakat bu oran mutlak biçimde anlaşılmalıdır. Savunmada amaç, saldırıya uğrayan hakkı korumak olmalıdır. Bu oran kesin çizgilerle kurulmaya çalışıldığında bazı hakların hayat hakkına göre daha önemsiz olduğu ve bu nedenle örneğin; ırzına geçilmeye çalışılan kişinin saldırganı öldürmesinin yasal savunma olarak kabul edilemeyeceği gibi bir sonuç çıkar ki bu, gerek uygulama gerekse doktrin tarafından kabul edilmeyen bir görüştür. Yargıtay "...sanığın bekar olan kız kardeşi bitişikteki odada tek başına kalmakta olup yatağında uyuduğu sırada alkollü olan maktul, sanığın kız kardeşinin odasına pencereden girmiş ve gürültüye uyanan kız kardeşine annenler uyudu mu ? diye sormuştur. Maktulü odasında gören sanığın kız kardeşinin çığlık atmasını, maktulün ağzını kapatmaya çalıştığı sırada çıkardığı boğuk sesleri duyan sanığın kendisine ait av tüfeğini alarak ve kapıyı tekmeyle vurarak açıp kız kardeşinin ırzına yönelik bir saldırının mevcut olduğu düşüncesiyle hayati bölgelerine ateş edip öldürmesinde; olay sonrası maktulün üzerinden bir adet kaleşnikof marka kasatura elde edilmişse de, maktulün bu bıçağı çekmek için herhangi bir davranışı belirlenememiştir. Sanık ise daha etkin nitelikteki av tüfeği ile maktulün öldürücü olmayan bölgelerine ateş ederek saldırganı etkisiz duruma getirmek imkanına sahip olduğu ve saldırının bundan sonraki boyutunun ne olabileceğini, diğer bir deyişle ilk atıştan sonra maktulün saldırısına devam edip edemeyeceğini öngörebilecek durumda bulunduğu halde, atışlara devam etmek suretiyle yasal savunmada zaruret sınırını aşmıştır." (384) biçimindeki kararıyla olayda yasal savunma koşullarının gerçekleşmediğini zaruret sınırının aşıldığını kabul etmiştir. Bunun gibi bir çok kararda, kullanılan araçlar ile haklar arasında oran bulunup bulunmadığı her olayın özelliğine göre değerlendirilmektedir (39).

(38) Y.CGK 04.11.1997-1/149-215 (oyçokluğuyla)Kaban-Aşaner-Güven-Yalvaç, s.87

(39) Özen, s.128, Dönmezer-Erman, s.119

MK 981/3. maddesi de, Ceza Kanunundaki düzenlemeye paralel bir içerektir. Kuvvet kullanma durumunda, gerek saldırıyı def ve gerekse malı geri alma biçiminde olsun zilyet, durumun haklı göstermediği şiddet ve cebir kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür (40).

MK 981. maddesinin son fıkrası zilyedin hakkı kötüye kullanmasını engellemek için düzenlenmiştir. Bu nedenle zilyedin, malın aynı değerini ve saldırganın gerçekleştirmeyi umduğu kastını göz önünde tutarak savunmada bulunması ya da saldırıyı def etmesi gerekir. Saldırı ciddi olmadığı halde, bu zanna kapılarak gerçekleştirdiği fiiller, hatası uygun görülebilecek derecede ise yasal savunma sayılır. Bu sınırı aşan zilyet haksız fiile sebep olması durumunda tazminat (BK 41.maddesi.) ile olabileceği gibi cezai sorumluluk ile de karşı karşıya kalabilir. Aşırı hareketlerden kaçınmış olan zilyet, saldırgana zarar vermiş olsa bile sorumluluk yüklenmez (42).

Örneğin, bahçe sahibinin meyve koparmaya giren çocukları kovması MK 981/1. madde kapsamında değerlendirilebilirken, onları sopayla veya kürekle yaralaması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir (43).

II- SONUÇ

Haksızlık normal olarak devlet eliyle def edilmelidir. Bu mümkün iken kişinin haksızlığı kendisinin ortadan kaldırması kendiliğinden hak alma suçunu oluşturabilir. Ceza kanununda yukarıda açıkladığımız hallerde fiil hukuka uygunluk sınırları içinde kalır. Medeni Kanun, 981. maddesi ile bu genel kuraldan ayrılmış, zilyetliğin saldırıya uğraması veya gasp edilmesi hallerinde, zilyede saldırıyı kendiliğinden def etme hakkı tanımıştır. MK 981/1. maddesindeki kuvvet kullanma hakkı BK.52/1-3. fıkralarda da hükme bağlanmış, saldırıya uğrayana kuvvet kullanma hakkı tanınmıştır. Fakat BK 52/3.maddesinde devlet görevlilerinden yardım istemenin mümkün olduğu durumda kuvvet kullanan kimse hukuken sorumlu olurken, MK 981/1. maddesinde devlet güçlerinden yardım isteme, kuvvet kullanarak saldırıyı def etmeye engel değildir. Şu kadar ki her iki halde de kuvvet kullanma saldırı ile orantılı olmalı sınırın aşıldığı ölçüde hukuka aykırılık ile karşı karşıya kalınacağı unutulmamalıdır (44).

(40) Oğuzman -Seliçi, s.78

(41) Güral , s.196

(42) Esener-Güven, s.38

(43) Oğuzman-Seliçi ,s.78

(44) Eren, s.99

Ceza kanununun 49/2 .maddesindeki düzenleme sadece "nefis ve ırz" kavramlarını kapsar. Yasal savunmaya yönelik özel bir uygulama hükmü olan 461. maddede belirlenen yağma, yol kesme, adam kaldırma suçlarını işleyenler ile konuta maddede sayılan biçimlerde müdahale durumlarında-bina içinde oturanların kişisel güvenliklerinden ciddi bir endişe ve korku duyması koşuluyla-saldırıya uğrayanların saldırıyı def etmesi dışında, mala ilişkin yasal savunma hükmü bulunmamaktadır. Ceza kanununun 461. maddesindeki özel durumlar hariç olmak üzere, mala ilişkin saldırılarda yasal savunmayı kabul etmemesi, buna karşılık MK 981. maddesinde zilyetliğe ilişkin saldırıları def etme ve ayrıca BK 52. maddesinde yasal savunma hakkının tanınmış olması kanunlar arasındaki çelişki olarak görülmemelidir. Ancak, MK 981/son. maddesinde gösterilen sınırlar içinde kalmak şartıyla zilyetlikten doğan savunma hakkını kullanan ve bu sırada cebir, şiddet kullanan kişinin fiilinin suç teşkil etmesi halinde zilyede cezai sorumluluk yüklenip yüklenmeyeceği sorulabilir. Ceza Kanunu uygulamasında bu şekilde hareket eden kimsenin yasal savunmada bulunması nedeniyle beraat etmesi mümkün olmakla birlikte ceza, tahrik ve takdiri indirim nedenlerine dayanılarak indirilebilir. Bu hükmün adilane olduğundan bahsedilemez. Çünkü, ceza yargılamasında hakimin yalnızca ceza hükümlerini uygulayacağına ilişkin bir kural yoktur. Hakim bütün hukuku göz önünde bulundurmalıdır (45). Yargıtay 2.4.1941 tarih ve 19/12 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında medeni hukuk kurallarının ceza sahasında uygulanmasının mümkün olduğu kanaatine varılmıştır. Bu karar TCK 287. maddesinde suç sayılan, hukuk davalarında bir kimsenin davacı veya davalı sıfatını haiz olduğu halde yalan yere yemin etmesi durumunda, yalan yere yeminin ne şekilde ispat edileceğini açıklığa kavuşturmuştur. Bu karara kadar hukuk mahkemesinde yalan yere yemin ceza yargılamasındaki delillerin serbestçe takdiri prensibine göre her şekilde ispatlanabilmekteydi. Bu durumun bir kısım kötüye kullanımlara yol açtığını düşünen Yargıtay kararıyla, "hukuk davalarında yazılı delil ile ispatı mecburi olan hususlar hakkında ceza mahkemelerinde kamu davası açıldığı takdirde her türlü delil ve emarenin yeterli gelmeyeceği mutlaka yazılı delile ihtiyaç bulunduğu kuralını getirmiştir. "...Yazılı vesika ile ispatı lazım gelen meselede hukuk mahkemelerinde yalan yere yemin etmekle davalı olan kimselerin ceza mahkemelerindeki duruşmalarında ceza hakimlerinin, Hukuk Usulü Muhakemele-

(45) Güral, s.197

ri Kanununun 287.,288.,289.,290. maddeleri hükümleri ile bağımlı olarak karar vermeleri lazım geleceğine..."denilmek suretiyle bu durum kayıt altına alınmıştır. Diğer yönden, MK 981/1. maddesini yasal savunmaya ilişkin kabul etmezsek bu maddenin varlığının manası kalmayacaktır. Zira kuvvet kullanma halinde saldırganın nefsi üzerinde hiçbir etkinin meydana gelmeyeceğini söylemek mümkün değildir (46).

Sonuç olarak denebilir ki; Ceza Kanunundaki yasal savunma hükmü mala ilişkin saldırıları içermemekte ise de, Medeni Kanunun öngördüğü şartlar içinde saldırganı kuvvet kullanarak uzaklaştıran zilyedin de, saldırganı zarar vermesi durumunda yasal savunma halinde olduğu kabul edilmelidir.

- 000 -

(46) Eren, s.623-624, Reisoğlu, s.12

KAYNAKÇA

- Abdullah Pulat Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt 3, Dördüncü Bası, Kazancı Yayınları, İstanbul,
- Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul
- Faruk Erem, "Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa," Adliye Ceridesi, 1943,
- Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Ankara ,
- Jale Güral, "Türk Hukukunda Mal İçin Meşru Müdafaa,"AÜHFD , Cilt 4 , (Yıl 1949),
- Kemal Gürsoy-Fikret Eren-Cansel Erol,Eşya Hukuku, 1984 basım, Ankara,
- Kemal Oğuzman- Özer Seliçi,Eşya Hukuku, 7.bası, İstanbul,
- Mater Kaban-Halim Aşaner-Özcan Güven-Gürsel Yalvaç, Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, 2001 basım, Adalet Yayınevi, Ankara,
- Muharrem Özen, Meşru Müdafaa, 1995 Basım, Ankara,
- Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 1995 Basım, İstanbul,
- Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2, 12. Bası ,
- Tahir Taner, "Meşru Müdafaanın Genişliği ve Mala Karşı Meşru Müdafaa," Ebu'l Ula Mardin'e Armağan,(1944) İstanbul,
- Turhan Esener- Kudret Güven, Eşya Hukuku, 1996 Basım, Gazi Büro Kitabevi,

- BİRİNCİ BÖLÜM -

MEMURA AKTİF MUKAVEMET SUÇU

Dr. Çetin ARSLAN()*

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Düzenlendiği Fasıl Hakkında Genel Açıklama, I- Konunun Hukuki Menfaat, II- Fail ve Mağdur, III- Maddi Unsur, IV- Manevi Unsur, V- Suçun Özel Görünüş Şekilleri, A- Teşebbüs, B- İştirak, C-İçtima, 1- Genel Olarak, 2- Hareketin ve/veya Mağdurların Çokluğu, Müessir Fiil veya Adam Öldürme Suçlarıyla İçtima Sorunu, 4-Memura Hakaret Suçuyla İçtima Sorunu.

GİRİŞ

Kaynak İtalyan Ceza Kanunu'nun 190 ve 192. maddelerine tekabül eden TCK'nın 258. maddesi (1) "**Memura Aktif Mukavemet Suçu**"nu düzenle-

(*) Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

(1) "(Değişik: 6123 - 9.7.1953) Bir memura veya ona yardım edenlere memuriyetine ait vazifeleri ifa sırasında cebir ve şiddet veya tehdit ile mukavemet eden kimse altı aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(Değişik 2.fıkra: 2245 - 7.6.1979)Eylem silahla bir kişi tarafından işlenmişse iki yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Eylemin iki veya daha çok silâhlı kişiler tarafından veya silâhsız olsa bile toplanmış beşten çok kişiler tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza üç yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Eğer fiil, kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak amacıyla vaki olmuşsa birinci fıkradaki hal için iki aydan altı aya, ikinci fıkrada yazılı hal için dört aydan bir seneye kadar hapis cezası verilir.

Eğer memur haiz olduğu salâhiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermiş ise fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte bire kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir.

254, 255, 256 ve 257 nci maddelerle yukarıdaki fıkralarda yazılı fiiller, İcra Vekilleri Heyetinden bir vekil aleyhinde işlenirse tâyin edilecek ceza yarı nispette artırılarak hükmolunur."

Bu madde; önce 8.3.1933 gün ve 2275 sayılı, 29.6.1938 gün ve 3531 sayılı, 9.7.1953 gün ve 6123 sayılı Kanunun 1. ve son olarak da 7.6.1979 gün ve 2245 sayılı Kanunun 6. maddeleriyle, yukarıdaki biçimde değiştirilmiştir. Belirtilim ki, bu suç 1997 t. TCK Tasarısının İkinci Kitap Üçüncü Kısım "Kamu Hizmeti ve Görevlerine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölümünde ve 418. maddesinde "Görevi yapmamak için veya görevde direnme" başlığı ile düzenlenmiştir.

mekte ve Kanun'un 2. kitabının "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlıklı 3.babının "**Hükümete Karşı Şiddet veya Mukavemet ve Kanunlara Muhalefet**" ismini taşıyan 8. faslında yer almaktadır. Söz konusu suçla ilgili olarak gerek doktrinde, gerekse Yargıtay kararlarında tartışmalı olan bazı hususlar vardır. Bunlardan birincisi maddede söz edilen "**memura yardım eden(ler)**" kavramının içeriği ve kapsamı; ikincisi "**görevli memura şiddet (maddi cebir) veya tehdit (manevi cebir) ile mukavemet fiili yanında, hakaret/tahkir fiilinin veya mukavemet için gerekli olan şiddeti (maddi cebiri) aşan müessir fiil veya adam öldürme suçunun da ika edilmesi halinde, failin fiillerinin memura aktif mukavemet suçu yanında memura hakaret, müessir fiil veya adam öldürme suçlarını oluşturup oluşturmayacağı**" sorunu; üçüncüsü ise bu suçta "**cezayı azaltan veya büsbütün kaldıran bir sebep olarak**" öngörülen hükmün (TCK md.258/4) niteliği, uygulanma şartları ve kapsamı hususlarıdır. Bu tartışma ve kararsızlığın yanında konuya genel bilimsel eserler ve şerhler dışında değinilmemiş olması, onu incelemeye değer kılmaktadır.

I-MEMURA AKTİF MUKAVEMET SUÇU VE DÜZENLENDİĞİ FASIL HAKKINDA GENEL AÇIKLAMA

TCK'nın "**Memura Aktif Mukavemet Suçu**"nun düzenlendiği "**Hükümete Karşı Şiddet veya Mukavemet ve Kanunlara Muhalefet**" ismini taşıyan 8. faslında 12 madde bulunmaktadır. Fasılda; "**memura karşı şiddet veya tehdit**" (md.254/1), "**görev yerini işgal ederek memurun görevi yapılmasına engel olmak**" (md.254/3) (2), "**resmi heyetlere şiddet veya tehdit**" (md.255), "**kamu idaresine karşı şiddet veya tehdit suçu işlemek için oluşturulan topluluğa katılma**" (md.256), "**memura aktif mukavemet**" (md.258), "**memura pasif mukavemet**" (md.260), "**izinsiz okul açma ve öğretmenlik yapma**" (md.261), "**izinsiz ölü gömme veya gömdürme**" (md.262), "**bulaşıcı hastalıklara karşı tedbirlere engel olma**" (md.263) ve "**yakıcı, öldürücü aletler ve silahlarla ilgili cürümler**" (md.264) suçları düzenlenmiştir. 256. maddede "**kamu idaresine karşı şiddet veya tehdit suçu işlemek için oluşturulan topluluğa katılma**", 257. maddede 254, 255, 256 . maddelerde düzenlenen suçların "**ağırlatıcı sebebi ile cezadan mu-**

(2) Belirtelim ki, maddenin üçüncü fıkrasında zikredilen bu suç Kaynak Yasada mevcut olmayıp 1971 t. ve 1490 sayılı Kanunla (bkz. RG, 3.10.1971) maddeye eklenmiştir.

afiyet hali", yürürlükten kalkan 265. maddede ise (3) "yasak silah kavramı" düzenlenmiştir.

Faslin maddelerinin bir kısmının (md. 254-259) mehz Kanununun 7. faslından (md. 187-193) alınmış olmasına rağmen "**kanunlara muhalefet**" olarak nitelenen 261-264. maddelerindeki suçlar Mehz Kanunda yer almamaktadır. Belirtmek gerekir ki, 8. faslin başlığındaki "**kanunlara muhalefet**" ibaresinin Mehz Kanunda mevcut olmadığı (4), bu ibarenin Majno Şerhinde yer aldığı, esasen bütün suçların kanunlara muhalefet teşkil ettiği bu nedenle "**Hükümete karşı şiddet ve mukavemet**" ibaresine eklenmesinin yersiz olduğu ifade edilmektedir (5). Aynı şekilde yerinde olarak, söz konusu suçların "**Hükümete karşı şiddet ve mukavemet**" ile doğrudan bir ilgisi olmadığı, bu nedenle örneğin 262. maddenin "**Umumi Hıfzısıhha Kanunu**"nda, 264. maddenin ise, Federal Alman Ceza Kanunu'nun 311. maddesinde olduğu gibi "**ammenin selameti aleyhinde işlenen cürümler**" arasında düzenlenebileceği belirtilmektedir (6).

Söz konusu suçun düzenlendiği TCK'nın 258. maddesinin birinci fıkrasında suçun unsurları, ikinci ve beşinci fıkralarında ağırlatıcı sebepleri, üçüncü fıkrasında münhasıran hafifletici sebepleri, dördüncü fıkrasında ise hafifletici ve cezayı büsbütün kaldıran sebepler düzenlenmiştir.

Bu madde; önce 8.3.1933 gün ve 2275 sayılı (RG, 20.6.1933), 29.6.1938 gün ve 3531 sayılı (RG, 16.7.1938), 9.7.1953 gün ve 6123 sayılı Kanunun 1. (RG, 17.5.1953) ve son olarak da 7.6.1979 gün ve 2245 sayılı Kanunun 6. maddeleriyle (RG, 16.6.1979), değiştirilmiş ve bugünkü halini almıştır. Aşağıda yeri geldikçe bu değişikliklerin içeriklerine değinilecektir.

-
- (3) Bu madde 7.12.1988 t. ve 3506 sayılı Kanunun (bkz. RG, 14.12.1988) 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.
- (4) TCK'nın 8. faslının başlığı mehz Kanunda "Della violenza e della resistenza all'autorita" şeklinde yer almaktadır. Fransızca metninde de "De la violence et de la résistance envers l'autorité" ibaresine rastlanmaktadır. Söz konusu metinlerde geçen "autorita", "autorité" kelimeleri "kamu idaresi" anlamında olup, Türkçe'ye çeviride Majno Şerhinin etkisiyle "hükümet" ibaresi kullanılmıştır. 1930 İtalyan Ceza Kanununun 1889 Kanununa tekabül eden maddelerinin (md.336 vd.) başlığı ise "Dei delitti dei privati contro la pubblica Amministrazione (kamu idaresine karşı fertlerin işlediği suçlar)"dır (bkz. Artuk/ Gökeçen/ Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1998, s.550 dn 3).
- (5) Bkz. Erman, Sahir/Özek, Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202-281), İstanbul 1992, s.293; Artuk /Gökeçen/Yenidünya, s.549-550; Ayrıca bkz ve karşı. Majno, Ceza Kanunu Şerhi Türk ve İtalyan Ceza Kanunları, C. 2, Ankara 1978, s.201-210.
- (6) Bkz. Artuk/Gökeçen/Yenidünya, s.550.

TCK' nın 258. maddesinin ilk şeklinin ⁽⁷⁾ 1. fıkrasının 1. ve 2. bentleri 254-257. maddelerinde düzenlenen suçların "**ağırlatıcı sebeplerini**" teşkil etmekteydi. Fiilin silahla işlenmiş (b.1) veya beş kişiden fazla silahlı veya on kişiden fazla silahsız kimseler tarafından daha önce aralarında hasıl olan ittifaka mebnî işlenmiş olması (b.2) ağırlaştırıcı sebepleri oluşturuyordu. Hafifletici sebeplere yer veren 258. maddenin 3. ve 4. fıkraları ise keza 254-257. maddelerdeki suç için geçerliydi. 8.3.1933 tarihli ve 2275 sayılı Kanunla değişikliğe uğrayan maddenin ⁽⁸⁾ 1. fıkrasının 1. ve 2. bentleri 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 189. maddesinde olduğu gibi, 254. maddenin 2. fıkrasına nakledilmiş ve bunun yerine İtalyan Ceza Kanunu'nun 190. maddesindeki "memura aktif mukavemet suçu" alınmıştır.

I-KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

"Memura aktif mukavemet suçunun" ihdas edilmesiyle korunan hukuki menfaat, "kamu idaresi organlarının görevlerini sükunetle yerine getirmelerini ve bu idarenin herhangi bir engelle karşılaşmadan fonksiyonunu yapmalarını sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği gü-

(7) **Resmî Ceridede Neşrolunan İlk Metin (13.3.1926): "İki Yüz Elli Sekizinci Madde- Yukarıdaki maddelerde beyan olunan fiiller:**

1-Silah ile işlenmiş ise dört aydan otuz aya kadar hapis,

2-Beş kişiden fazla silahlı veya on kişiden fazla silahsız kimseler tarafından önce aralarında hasıl olan ittifaka mebnî işlenmiş ise üç seneden beş seneye kadar ağır hapis, Hükmolunur.

Eğer fiil kendini veya akrabasını hapis ve tevkiften kurtarmak maksadıyla vaki olmuş ise bu maddenin birinci fıkrasında üç aydan bir seneye kadar hapis yahut bir seneden aşağı olmamak üzere stürgün ve ikinci fıkrasında altı aydan iki seneye kadar hapis hükümlenir.

Eğer memur vazifesini tecavüz ederek keyfi hareketleriyle işbu muameleye fail hakkında geçen maddelerde ki ceza yansından üçte birine kadar indirilir ve ağır hapis cezası yerine hapis cezası verilir."

(7) **8.3.1933 t. ve 2275 sayılı Kanun ile Yapılan değişiklik (RG, 20.6.1933): "İki Yüz Elli Sekizinci Madde-** Bir memura veya ona yardım edenlere memuriyetine ait vazifeleri ifa sırasında cebir ve şiddet veya tehdit ile mukavemet eden kimse üç aydan bir seneye kadar hapse mahkum edilir.

Eğer fiil silahla işlenmişse hapis bir seneden üç seneye kadardır ve eğer beş kişiden fazla silahlı veya on ve daha fazla silahsız kimseler tarafından birlikte işlenmiş ise aralarında evvelce ittifak olmazsa bile iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verilir.

Eğer fiil, kendisini veya akrabasını hapis veya tevkiften kurtarmak maksadile vaki olmuşsa birinci fıkradaki hal için bir aydan altı aya ve ikinci fıkrada yazılı hal için üç aydan bir seneye ve üçüncü hal için altı aydan üç seneye kadar hapis cezası verilir.

Eğer memur haiz olduğu salâhiyet hududunu tecavüz ederek veya keyfi hareketlerle bu muameleye sebebiyet vermişse fail hakkında geçen maddelerdeki ceza dörtte birine kadar indirileceği gibi icabına göre ceza büsbütün de kaldırılabilir."

vence altına almaktır".⁽⁹⁾ Memurun görevinin yerine getirilmesine "şiddet" veya "tehditle" engel olan kimse, "kamu idaresine ait bir menfaati" ihlal etmiş olmakla birlikte; kendisine karşı şiddet kullanılan veya tehdide maruz kalan memurun "beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hakkı"nın ihlali de söz konusu olduğundan; suç, aynı zamanda memurun "beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hakkı"nın da himaye eden, yani birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır⁽¹⁰⁾.

II-FAIL VE MAĞDUR

Bu suçun "faili" herhangi bir kimse olabilir. Fail memursa verilecek ceza diğer şartlarının da varlığı halinde TCK'nın 251. maddesi gereğince arttırılır. Failin mutlaka memurun vazifesine ilişkin hareketin muhatabı olması gerekmez. Hatta memurun görevine ilişkin faaliyet (fiil) (tehlike arz eden bir köprü-nün yıkılması veya umumi bir mahallin dezenfekte edilmesinde olduğu gibi), belli bir şahsa yönelik olmasa dahi suç konusu olabilir⁽¹¹⁾.

Her suçta "**zarar gören bir tarafın (parte lase)/mağdurun**" olması zorunludur. Suç hem toplumu, yani teşkilatlanmış bir toplum olarak "**Devleti**", hem de "**fertleri**" zarara sokar. Bu zararların derecesi suça göre değişmekle birlikte, her suçta az veya çok her ikisi de bulunur. Belli bir şahsa karşı gözükmeyen suçlarda fertler, toplumun bir üyesi olarak, zarar gördükleri gibi; sadece fertlere karşı işlenmiş gibi gözükken suçlarda da, Devletin hukuk dü-

(9) Bkz **Erman/Özek**, s.292-293, 328-329; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.552; **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, İzmir 2000, s.211; Aynı içerikte: **Yarsuvat, Duygun**, Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Suçların Genel Prensipleri, İÜHF, C.30, Sa.3-4, İstanbul 1965, s. 665, 670, 688; **Ersoy, Yüksel**, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar(TCK .m. 201 ve 275 sayılı kanunun ilgili hükümleri) Ankara 1973, s.3; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1999, s.563; **Selçuk, Sami**, Karşıoyların Hukukumuzda Tartışılan Hükümler ve İhtihatlar (Yayına Hazırlayan Cengiz Otacı), Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s.164.

(10) Bkz. **Erman/Özek**, s. 292-293; **Selçuk**, Karşıoyların, s.164; "Memura karşı şiddet veya tehdit çok mağdurlu suçlardandır, şu suretle ki, korunan menfaatin sahipleri hem devlet hem de cebir ve tehdide maruz kalan kimsedir..."(İt.Yargıtayı, 21 Eylül 1989-Guis.Pen., 1989, III.729-732)(zkr. **Erman/Özek**, s. 292-293, dn.1); Belirtelim ki, bir önceki dipnotta adı geçen **Erman/Özek** ve **Selçuk** dışındaki yazarlar, zikredilen ikinci hukuki konuya değinmeyerek, suçun birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olduğu hususunu gözden kaçırmışlardır. Keza Yargıtay da, "...görevliye etkin direnme suçu kamu idaresine karşı işlendiğinden..." (CGK, 21.9.1992, 4-205/228), "...fiil memurun şahsına yönelik olmayıp, doğrudan doğruya kamu idaresine yöneliktir..." (CGK, 16.11.1999,4-221/279) şeklindeki kararlarında olduğu gibi suçun, ikinci hukuki konusunu ve bu nedenle de birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olduğu hususunu yadsımaktadır.

(11) **Manzini**, V, no.1587, zkr. **Erem, Faruk**, Memura Mukavemet, AD, 1959, Sa. 3, s.308 ve dn.1; **Yarsuvat, Duygun**, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hürriyeti ve İlgili Ceza Hükümleri, İstanbul 1968, s.195 dn.10.

zeni bozulduğu için toplumun zararı da mevcuttur (12). Bu nedenle bütün suçlarda olduğu gibi "**memura aktif mukavemet suçu**"nun da tabii ve zorunlu mağduru "**Devlet**"tir. Gerçekten, suçun mağduru, (13) belirli bir suç tarafından zarara uğratılan veya tehlikeye atılan hak veya menfaatin sahibi; (14) başka bir ifadeyle suçun kurbanı (15) olduğuna göre "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" babında düzenlenen ve korunan hukuki menfaatten birincisi de, "**kamu idaresi organlarının görevlerini herhangi bir engelle karşılaşmadan sükunetle yerine getirmelerini sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği güvence altına almak**" olan "**memura aktif mukavemet suçu**"un ilk mağduru doğal olarak "Devlettir".

"**Korunan Hukuki Menfaat**" başlıklı yerde de belirttiğimiz gibi, "**memura aktif mukavemet suçu**", birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olup, koruduğu bir başka hukuki menfaat de, kendisine karşı şiddet kullanılan veya tehdide maruz kalan memurun "**beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hakkı**"dır. Çok konulu, bu nedenle çok mağdurlu suçlardan (16) olan "**memura aktif mukavemet suçu**"nun diğer "**mağduru**", memuriyetine ait vazifeyi(17) yapmakta olan "**memur**" veya ona "**yardım eden(ler)**"dir (18),(19). Mağdur ancak "**memur**" veya ona "**yardım eden(ler) gibi belirli sı-**

(12) Kunter, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 8. bası, İstanbul 1986, s.s.298 vd.

(13) Suçun mağduru ile, suçtan zarar gören kavramı çoğu zaman birlikte ve/veya aynı anlamda kullanılmakla birlikte, aralarında fark vardır. Kısaca belirtmek gerekirse, suçun mağduru suçla korunan hukuki menfaatin sahibidir. Oysa suçtan zarar gören, korunan hukuki menfaatin sahibi olmamakla birlikte, ihlal edilen hukuki menfaat dolayısıyla zarara uğrayan ve bu zararının tazminini isteme hakkı olan kimsedir.Örneğin adam öldürme suçunda, suçun mağduru yaşama hakkı elinden alınan ölen kimse olduğu halde, suçtan zarar gören, tazminat isteme hakları olan, ölen kimsenin akraba ve nişanlılarıdır. Bu farkın önemi şuradadır ki, suçun mağduru suçtan doğan "**ceza ilişkisinin tarafı**" olduğu halde, suçtan zarar gören ancak, "**hukuk ilişkisinin tarafı**"dır ve iddiası da esas itibarıyla yalnız hukuki nitelik taşımaktadır (Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 2, 8.Bası, İstanbul 1983, s.454); Yarsuvat, Devlet İdaresi, s.679.

(14) Bkz. Dönmezer/Erman, Genel Kısım, C.2, s.453; Hafizoğulları, Zeki, Zina Cürümleri, İstanbul 1983, s.91-92.

(15) Antolisei, Manuala, PG, s.132, zkr. Hafizoğulları, Zina Cürümleri, s.79.

(16) İt.Yargıtayı, 21 Eylül 1989-Guis.Pen., 1989, III.729-732, zkr. Erman/Özek, s. 292-293, dn.1.

(17) Mağdur mahkeme mübaşirinin, sanığı "**adliye koridorundan**" çıkartma görevinin bulunmaması nedeniyle, görevli memura direnme suçu söz konusu değildir" (CGK, 26.10.1953, 134/171); "Belediye zabıtasının suçluyu karakola götürmek gibi adli bir görevi bulunmadığından direnme suçu oluşmaz..." (4.CD, 23.9.1992, 4882/5733).

(18) Bkz. dn.9'de zikredilen yerlere. İşaret edelim ki adı geçen yazarların hiç biri suç mağduru olarak "**Devlet**"ten bahsetmemektedirler. Yazarların bu husustaki sessizliği kanımca "**Devletin**" her suçta olduğu gibi bu suçta da tabii ve zorunlu mağdur olmasının hiçbir tereddüt olmayacak kadar açık ve olağan olmasından kaynaklanmaktadır.

(19) "**Suçun mağdurunu**", "**suçun konusu**" ile karıştırmamak gerekir. Gerçekten suç teşkil eden harekete ilişkin hak ve yarardan zarar gören ile bu hak ve yararın sahibi aynı kişi ise, suçun konusu ile mağdurun birleştiği görülür. Örneğin müessir fiil suçlarında durum böyledir. Ancak bazı hallerde, suçun konusunu oluşturan kişi ile, ihlal edilen hak ve menfaatin sahibi farklı olabilir; örneğin küçüğün rızaen alkonulmasında veya kaçırılmasında suçun konusu alkonulan veya kaçırılan küçük olduğu halde, mağduru velayet hakları ihlal edilen ana ve babadır (Dönmezer/Erman, Genel Kısım, C. 2, s.453-454). Bu nedenle "memura aktif mukavemet suçu"nda suçun mağduru olan memur aynı zamanda suçun konusunu da oluşturmaktadır.

fatrlara sahip bir kimse olabileceğinden bu suç "mağdur bakımından özel/mahsus suç"tur.⁽²⁰⁾ Memuriyete ait vazifenin memur için zorunlu veya takdiri bir fiil veya işlem olmasının herhangi bir önemi yoktur. Ancak takdiri eylem veya işlemde bir hata varsa TCK'nın 258/4. fıkrası dikkate alınmalıdır⁽²¹⁾.

TCK'nın 254. maddesinde düzenlenen "*memura karşı şiddet ve tehdit suçu*"nun aksine bu suçta "*resmi meclisler azası*"ndan bahsedilmemiş olması, bunlara karşı "*memura aktif mukavemet suçunun*" işlenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Yasada bu yönde bir açıklık olmaması, resmi meclis azalarının icrai görevlerinin bulunmayacağı düşüncesinden kaynaklanmış olabilir⁽²²⁾.

Memurun kim olduğu TCK'nın 279. maddesine göre belirlenecektir⁽²³⁾. Ancak "*memura yardım eden kimse*" kavramı konusunda herhangi bir açıklık olmayıp, bununla ifade edilmek istenen husus konusunda iki ayrı görüş vardır. Bunlardan birincisine göre, Kaynak İtalyan Ceza Kanunu'nda kullanılan "*talep üzerine (sur sa réquisition)*"⁽²⁴⁾ ibaresinin yasamıza alınmamış olmasına rağmen, mağdurun yardım eden konumunda bulunabilmesi için, ona memur tarafından bir yardım talebi gelmiş olması ve bu talep üzerine kamu görevinin yerine getirilmesine katılmış olması gerekir. Böyle bir talep olmaksızın memura yardım eden kimseye karşı işlenen şiddet veya tehdit ile mukavemet fiili 258. maddedeki suçu oluşturmadığı gibi⁽²⁵⁾ aksine uygulama haksızlığa ve adaletsizliğe yol açar⁽²⁶⁾. İkinci görüşe göre ise, memur

(20) **Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa.** R/ Özbek, Veli Ö., Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar) Temel Bilgiler, Ankara 2001, s.119.

(21) Bkz. **Erem**, Memura Mukavemet, s.309; Aksi düşüncede: Lollini, no.214(zkr. **Erem**, Memura Mukavemet, s.309).

(22) Bkz. **Erem**, Memura Mukavemet, s.308.

(24) Bkz. **Erman/Özek**, s. 328; **Erem, Faruk**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.2, Ankara 1993, s.1420; **Gözübüyük, Abdullah Pulat**, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.2, Genişletilmiş 5.Bası, İstanbul (tarihsiz), s.1017; **Artuk / Gökçen/ Yenidünya**, s.554-555; **Tezcan/Erdem**, s.212; Bir kimsenin TCY' nın 258. maddesi gereğince cezalandırılması için kendisine direnilen kişinin TCK uygulamasında memur sayılan bir kimse olması zorunludur..."(4. CD, 21.1. 1998, 11719/548).

(24) 1930 İtalyan Ceza Kanunu'nda da (md.337) muhafaza edilen 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 190. maddesinde "görevine giren bir işi yaptığı sırada bir memura veya talep üzerine (sur sa réquisition) ona yardımda bulunanlara mukavemet eden kimse..." ibaresi yer almaktadır.

(25) Bkz. **Erman/Özek**, s. 328; **Gözübüyük**, s.1017; **Akdağ, Selami**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1976, s.373; **Soyaslan**, s.563; **Soyaslan** (s.563), yardımın hizmete ilişkin olması gerektiğine işaret etmektedir.

(26) Bkz. **Gözübüyük**, s.1017.

tarafından bir talepte bulunulmuş olsun ya da olmasın veya kanun tarafından yetkili kılınmış olsun ya da olmasın, kamu görevinin yerine getirilmesinde memurun yanında yer alan kişi suçun mağdurudur (27).

Kanımca her iki görüşün de eleştiriye açık yönleri vardır. İlk olarak, yardım eden kimsenin bu suçun mağduru olabilmesi için yardım amacıyla ika ettiği fiile, kamu görevinin görülmesi için memurun mutlaka "*ihitiyaç*" ve "*zorunluluk duyması*" ve bu nedenle talepte bulunmuş olması gereklidir. Başka bir ifadeyle, "*yardım eden kimsenin yardımı olmadan görev yerine getirilemeyecek veya tamamlanamayacak olmalıdır.*" (28) Aksi takdirde gereksiz bir şekilde, memur sıfatı olmayan, kamu idaresiyle ilgili her hangi bir görevi bulunmayan bir kimsenin belki de lüzumsuz yere sırf memurun yanında yer alması maddenin tatbikini gerektirecektir. Gerçekten, gerek doktrinde gerekse Yargıtay uygulamasında kararlılık kazanan görüşe göre, memurun yaptığı fiilin görevine girmemesi halinde dahi bu maddenin (TCK md.258) uygulanma olanağı ortadan kalkarken, sırf memurun yanında yer alan alelade bir kişinin bu suçun mağduru olamaması gerekir. Bir örnekle düşüncemizi somutlaştırmak gerekirse: Bir hakimın duruşmanın inzibatı ile ilgili kararları (bir kişinin duruşma salonundan çıkarılmasında olduğu gibi) yerine getirmek üzere, görevli ve yetkili mahkeme mübaşiri de bulunduğu halde, orada bulunan herhangi başka bir kimseyi mübaşirin yardımcısı olarak görevlendirmesi veya söz konusu kişinin kendiliğinden veya mübaşirin talebiyle ona yardım etmesi ve bu sırada kendilerine karşı mukavemet edilmesi, bu maddenin uygulanmasını gerektirmemelidir. Zira burada duruşmadan çıkarma kararını yasal olarak infaz edecek olan yetkili bir mübaşir vardır. Kuşkusuz ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde (CMUK md.127) (29) olduğu gibi kanunun bir hük-

(27) Bkz. **Artuk /Gökçen, /Yenidünya**, s.554-555; **Tozcan/Erdem**, s.212 **Erem**, Memura Mukavemet, s.308-309; **Erem**, Şerh, s.1420-1421. Belirtelim ki, **Erem**, yasal düzenleme nedeniyle bu görüşte olmakla birlikte, birinci görüşe paralel bir düşünceyle bu durumu eleştirmektedir.

(28) Benzer içerikteki görüş için bkz. **Özültürk, Nejat**, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, İstanbul 1970, s.984; **Savaş, Vural /Mollamahmutoğlu, Sadık**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 2, Ankara 1995, s.2341.

(29) "Meşhud cürüm sırasında rastlanan veya meşhud cürümden dolayı takip olunan şahsın firarı umulur veya hemen hüviyetini tayin mümkün olmazsa tevkif müzekkeresi olmaksızın dahi o şahsı herkes muvakkaten yakalayabilir... İşlenmekte olan suç, meşhud suçtur. Henüz işlenmiş olan suç ile suçun işlenmesinden hemen sonra zabıta veya suçtan zarar gören şahıs yahut başkaları tarafından takip edilerek veya suçun pek az evvel işlendiğini gösteren eşya veya izlerle yakalanan kimsenin işlediği suç da meşhud suç sayılır"; **Soyaslan**, s.563; Aksi düşüncede: **Majno**, s.207; Lollini, no.200; **Zerboglio**, no. 69, zkr., **Erem, Faruk**, Memura Mukavemet, s.309 ve dn. 4; **Erem**, Şerh, s.1420-1421.

münü icra etmesi nedeniyle mağdurun yaptığı işlem bir kamu görevi niteliğindedir. İse, ceza kanunu uygulamasında esasen **"memur"** sayılacağından, **"memura yardım eden kimse"** sıfatı nedeniyle değil **"memur"** sıfatı nedeniyle bu suçun mağduru olabilecektir ⁽³⁰⁾. Kanımca Yasanın burada **"memura yardım eden kimse(ler)"** terimiyle kastettiği kişiler **"asli fonksiyonunu ifa eden memura, pozitif bir hukuk normuyla yardım etmek görevi yüklenen kimseler"**dir. Bu duruma ise hakim tarafından keşfe götürülen bilirkişi ⁽³¹⁾, icra memuru tarafından kilit açmakla görevlendirilen çilingir, taşıma için görevlendirilen hamal veya nakliyeciler örnek gösterilebilir.

İkinci olarak; **"memurun yardım talebinin"** pozitif bir hukuk normuna dayanması gerekir. Eğer memur herhangi yasal dayanağı olmadan bir kimseden yardım talep etmiş ve bu kimsenin yardımı sırasında mukavemet oluşmuşsa yardım edenlerin görevlendirilmeleri pozitif bir hukuk normuna dayanmaması nedeniyle hükmün korumasından yararlanamazlar ⁽³²⁾.

Üçüncü olarak; bilindiği üzere bu suçun koruduğu hukuki menfaatin bir de, **"kamu idaresi organlarının görevlerini sükunetle yerine getirmelerini ve bu organların herhangi bir engelle karşılaşmadan fonksiyonunu yapmalarını sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği güvence altına almaktır"**. Kamu idaresi içinde yer almayan, talep üzerine veya kendiliğinden memura yardım etmesinin gerekli hatta yasal olup olmadığı belli olmayan bir kimsenin, bu suçun mağduru olabileceğini düşünmek kanımca yerersizdir. Kaldı ki buna gerek de yoktur. Zira diğer koşulların da gerçekleşmesi şartıyla memurla beraber failin, şiddet veya tehdit niteliğindeki fiillerine maruz kalan kimse duruma göre **"müessir fiil"** veya **"tehdit"** suçunun mağduru olabilecek ve fail de müstahak olduğu görülecektir.

(30) Bkz. Gözübüyük (s.1017), bu durumda TCK'nın 258. maddesinin uygulanamayacağı görüşündedir.

(31) "Oluş ve mevcut delillere göre, sanıkların keşfe mani olmak maksadıyla, küfrederek, ellerindeki sopalarla, bilirkişi Süleyman Sakallı'nın üzerine yürümekten ibaret eyleminin, küll halinde TCK' nın 258/4. maddesine uyan, 'cebir ve şiddetle memur ve ona yardım edenlere mukavemet suçunu oluşturduğu', hakaret suçunun muhatabının adı geçen bilirkişi olduğu, hakim, zabıt katibi ve mübaşirden oluşan topluluğun adli heyet sayılamayacağı gözetilmeden, sanıkların ayrıca TCK' nın 268/1. maddesiyle cezalandırılmaları ...yasaya aykırıdır" (4.CD, 30.1.1981, 7307/7355); "Oluş ve kabule göre, mahkemece verilen tedbir kararının infazında, sanıkların ilgili memura yardım eden bilirkişilerin görev yapmalarına cebir, şiddet kullanarak mani oldukları anlaşılmasına göre, eylemlerinin TCK' nın 258/1. maddesine uyduğunun düşünülmemesi bozmayı gerektirmiştir" (4.CD, 16.12.1973, 11689/1335).

(32) Nitekim bu sorunun doktrinde, "Talebe ilişkin bir ibare ihtiva etmeyen kanunumuzun düzenlemesi isabetli değildir. Gerçekten bu suretle yardımın zorunlu olup olmadığının tayin salahiyeti, hususi bir şahsın takdiri bırakılmakta ve memura gerek olmadığı halde yardım eden kimseye karşı koyanın, mukavemet cürmünü işlemesine neden olunmaktadır" şeklindeki gerekçeyle eleştirilmiş ve bu eksikliğin suçun uygulama alanını genişlettiği ileri sürülmüştür (Bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.555); Karş. **Erem**, Memura Mukavemet, s.309.

Belirtmek gerekir ki, memura aktif mukavemet suçunda mağdur sayısının çokluğu, birden fazla suçun oluşmasını gerektirmeyeceğinden ve bunun yanında suç işlendiği sırada memurun ve ona yardım edenlerin hazır bulunması zorunlu olduğundan, fail her halükarda tek suçtan cezalandırılacaktır. Bu durum aslında sorunu pratikte önemsiz bir hale getirmektedir. Zira ister talep üzerine, ister kendiliğinden memura veya memurlara yardım eden bir ya da birden çok kişi için sanığa ayrıca bir ceza verilmeyecektir.

III-MADDİ UNSUR

Memuriyete ait vazifenin icrası sırasında bir memura veya ona yardım edenlere şiddet veya tehdit ile mukavemet (*résistance avec violence*) edilmesi, karşı konulması suçun maddi unsurunu oluşturur (33). "Mukavemet" (*ing.resistance, fr.résistance*) etmek, dayanma, direnç, direniş, direnmek, karşı koymak (34), anlamına gelmekte ve memurun hareket serbestisini ihlal eden ve onu görevini sükunetle tamamlamaktan alıkoyan her türlü hareket, şiddet ve tehdit olarak tanımlanmaktadır (35).

"Cebir, şiddet ve tehdit" kavramları TCK'nın birçok maddesinde çoğu zaman aynı olmakla beraber kısmen farklı sözcüklerle, birlikte veya tek olarak (36), ancak aynı anlamı ifade etmek için, kimi zaman suçun kurucu unsuru (37) ki-

- (33) Bkz. **Erman /Özek**, s.294-297, 329; **Artuk /Gökçen, /Yenidünya**, s.557; **Gözübüyük**, s.1016,1019; **Soyaslan**, s.564; "Görevliye etkin direnme suçu, memur veya ona yardım edenlere, görevini yaptığı sırada cebir, şiddet veya tehdit ile karşı koyarak, kamu görevinin yapılmasına engel olunmasıdır..." (CGK, 21.9.1992, 4-205/228); (Aynı içerikte: CGK, 16.11.1999,4-221/279); "Sanığın, 'bir dakika içinde köyü terk edeceksiniz, size iftira atılsa ne yapacaksınız?' biçimindeki sözlerinin, etkin direnme suçunun zor ya da tehdit öğelerini ne suretle oluşturduğu açıklanmadan, yetersiz gerekçeyle karar verilmesi ...yasaya aykırıdır" (4.CD, 25.9.1996, 5723/6998).
- (24) Bkz. **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, C.16, s.8370; **Doğan, D.Mehmet**, Büyük Türkçe Sözlük, 7.Baskı, Ankara 1990, s.431,1049; **Özön, Mustafa Nihat**, Küçük Osmanlıca-Türkçe Sözlük, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 3.Basım, İstanbul 1983, , s.704; Dayınlarlı, Kemal, Dictionnaire Des Termes Juridiques, Français-Turc, Ankara 1981, s.471; **Saraç, Tahsin**, Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük (Grand Dictionnaire Français-Turc), 3.Basım, İstanbul 1990, s.1219; **Tuğlacı, Pars**, Büyük Türkçe- Fransızca Sözlük, 4.Baskı, İstanbul 1991, s.220,496; **Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English**, (Edited by Sally Wehmeier-Phonetics Editor Michael Ashby), Sixth edition, 2000, s.1131; **Redhouse**, İngilizce-Türkçe Sözlük, Milliyet Yayınları, Basım Yeri ve Tarihi Belli Değil, s.816; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.557; **Gözübüyük**, s.1016-1017.
- (35) Bkz. **Erman/Özek**, s.333; Carrara, hukukta mukavemetin sözlük anlamında kullanılmış olduğunu ve "birbirleriyle ihtilaflı olan iki karşı kuvveti ifade ettiğini" belirlemektedir (**Carrara**, Programma, V, n. 2743, 400, zkr. **Yarsuvat**, Toplantı, s.198).
- (36) Örneğin, "cebir, ikrah, şiddet, şiddet ve tehdit, şiddet veya tehdit, cebir ve şiddet veya tehdit, tehdit, icbar, cebren, zor, haksız taarruz, tehdit veya kötlü muamele, zor veya tehdit, cebir ve tazyik, kuvvet sarfı"; 1997 t.TCK Tasarısında 25.maddesinin başlığında "cebir, ikrah ve tehdit" ibaresine, madde metninde ise "maddi cebir veya muhakkak ve ağır bir ihrak veya tehdit" ibarelerine yer verilmiştir.
- (37) Bkz. **TCK md.174/1, 188/1,6, 191/1, son, 192/1, 201/1,2, 209/1, 246, 254/1, 255, 256, 258/1, 260, 269, 304/2, 308/1, 312/a, 384/II,IV, 390,429/1,430/1 416/1,2, 429, 430,431, 436/1,495,496, 515/1.**

mi zaman suçu etkileyen (ağırlaştırıcı) neden ⁽³⁸⁾ kimi zaman cezasızlık (ceza-yı kaldıran) nedeni ⁽³⁹⁾, kimi zaman ise bulunmaması koşuluna bağlı menfi bir düzenlemeyle hafifletici neden olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözlük anlamıyla "**cebir (ikrah, zecir)**", "**(ar.cebr, zecr, lat. vis compulsio, vis compulsiva, ing.violence, force, constraint, compulsion, it.violenza, fr.violence, contrainte)**" "zor, zorlama, zorlayış, zorla yaptırma, zor kullanma, zorlayıcı kuvvet, kompulsiv kuvvet, icbar etme, baskı yapma, bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlama, birine zorla bir iş yaptırma, bir şeyi yaptırmak için maddi ve manevi kuvvet kullanma, tabii iradeyi istenilen hareketi yapmaya fizik kuvvetle zorlama" ⁽⁴¹⁾; "**şiddet**" (**ar. şidded, ing.force, violence, physical violence, it. violenza, fr. violence, force**), "kaba güç, sertlik (katılık) gösterme, peklilik, sıkılık, zarar verme, hasara uğratmak için fizik güç kullanımı, beden gücünün kötüye kullanılması, fiziki ve ruhsal baskı ile kişinin iradi hareketlerinin engellenmesi, aşırı derecedeki güç davranışları, ortalığa korku ve yıldı salmak, tedhiş"; ⁽⁴²⁾ "**tehdit**" ise, "**(ar. tehdid, ing. menace, threat, duress, intimidation, it. minaccia, fr.menace)**" "zor, zorlama, zorlayış, icbar etme, baskı yapma,

(38) Bkz. TCK md.175/2, 179/2, 188/son, 191/2, 193/2, 254/3, 277, 291/1, 298/2,3, 299/2,3, 301/5, 302/son, 308/2, 3, 310, 384/III, 414/2, 436/2, 439, 499/2, 501, 514, 516/f.2,b.2, 517.

(39) Bkz. TCK md. 485/son.

(40) Bkz. TCK md.201/3,300, 430/2.

(41) Bkz. Develioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Ankara 1970, s.158; **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, C. 5, s.2238-2239; **Türk Hukuk Lügati**, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara 1998, s.46-47; **Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük**, 9. Baskı, Ankara 1998, s.390; Doğan, s.158,1188; **Ağakay, Mehmet Ali**, Türkçe'de Yakın Anlamlı Kelimeler Sözlüğü, Ankara 1956, s.115; **Yılmaz, Ejder**, Hukuk Sözlüğü, Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara 1996, s.144-145; **Özön**, s.154,1109; **Hiriş**, Hukuku Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara 1949, s.216; **Dayınlarlı**, s.148,553; Saraç, s. 315, 1469-147; **Tuğlacı**, s.137; **Erem, Faruk**, Ceza Hukukunda Cebir Kavramı, YD, C. 16, Sa.1-2, Ocak-Nisan 1990, s. 94-97; **Dönmezer/Erman**, Genel Kısım, s.332-333; **Toroslu, Nevzat**, Anayasayı ihlal Suçu, ABD, Yıl 42, Sa.1985/4, s.599; **Yarsuvat**, Duygun, Çalışma Ceza Hukuku, İstanbul 1978, s.314-316, 467-469 ; Yarsuvat, Toplantı s. 197, 241; **Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Cener**, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Ankara 2002, s.694; **Özgenç, İzzet**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul 1996, s.225-228 ve dn 122; **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Kanunu Tasarısındaki Suça İştirake İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, YD, C. 25, Ocak-Nisan 1999, Sa.1-2, s.74-75; **Özgenç, İzzet/Şahin, Cümhur**, Uygulamalı Ceza Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3.Baskı, Ankara 2001, s.406; **Sözler, Adem**, Tehdit Suçu, İÜHF, C.54, Sa.1-4, Yıl 1991-1994, İstanbul 1994, s.128-129; **Ovacık, Mustafa**, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, 2. Baskı, Ankara 1986, s. 148, 319; **Ovacık, Mustafa**, Türkçe - İngilizce Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Ankara 1995, s. 40, 78,166; **Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English**, s.1503; **Redhouse, İngilizce-Türkçe Sözlük**, s.656,879.

(42) Bkz. **Develioğlu**, s.1193; **Türk Hukuk Lügati**, s.155; **Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük**, s.390; **Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi**, C. 21, s.11073; Doğan, s.1038; **Özön**, s.958; **Saraç**, s.618-619, 1469; **Tuğlacı**, s.669; **Ovacık**, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, s. 148, 319; **Ovacık**, Türkçe - İngilizce Hukuk Sözlüğü, s. 253; **Redhouse, İngilizce-Türkçe Sözlük**, s.879; **Yarsuvat**, Toplantı s. 197, 241; **Bayraktar, Köksal**, Siyasal Suç, İstanbul 1982, s.159; **Alpaslan, M. Şükrü**, Kriminoloji ve Hukuk Açısından Tedhişçilik, İstanbul (Tarihsiz), s. 41-43; "Tedhiş" kavramının şiddetle olan benzer ve farklı yönleri için bkz.**Bayraktar**, Siyasal Suç, s.157vd; **Alpaslan**, s.41-43.

bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlama, bir şeyi yaptırmak için maddi ve manevi kuvvet kullanma, tabii iradeyi istenilen hareketi yapmaya fizik kuvvetle zorlama, verilecek bir cezaıyla korkutma, birinin gözünü korkutma, gözdağı, korku verme, korkutma, bir kimsenin yasada yazılı durumlar dışında, başkasını ağır ve haksız bir zarara uğratacağını bildirmesi, bir kimseye kendisine zarar vermek kötülük yapmak niyetinde olduğunu söz ve davranışlarla belirtmek⁽⁴³⁾ anlamlarına gelmektedir.

"Cebir, şiddet ve tehdit" kavramlarının TCK' da ki anlamlarını tespit etmek için sözlük anlamlarından yararlanmak zorunlu ise de yeterli değildir. Bunun için her şeyden önce bu terimler arasındaki ilişkiyi tespit etmek gerekir. TCK'da **"cebir, şiddet ve tehdit"** terimlerinin kullanıldığı hallerde Mevaz Kanununda **"violenza e minaccia"** terimleri yer almaktadır. Bu nedenle Kanunumuzdaki **"cebir kavramının maddi ve manevi cebiri kapsayan genel bir terim olarak kullanıldığı"**,⁽⁴⁴⁾ **"şiddet"** teriminin **"maddi cebir"** karşılığı olan İtalyanca'daki **"violenza"** terimini, **"tehdit"** teriminin **"manevi cebir"** karşılığı olan **"minaccia"** terimini karşıladığı anlaşılmaktadır.⁽⁴⁵⁾ Bu nedenle **"cebir"** kavramı kullanıldığı zaman gerek **"şiddet'in** gerekse "tehdit'in kastedildiği, buna karşılık sadece şiddet teriminin kullanıldığı hallerde bunun tehdidi kapsamadığı sonucuna varmak gerekir⁽⁴⁶⁾.

"Memura aktif mukavemet suçu"ndaki **"cebir ve şiddet"** kavramı

(43) Bkz. Develioğlu, s.11272; Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, s.2167; Toroslu, s.599; Yarsuvat, s.315, 467-469; Yarsuvat, Toplantı, s. 197, 241; Sözlükler, s.129-133; Doğan, s.1072; Yılmaz, s.759; Özön, s.1013; Saraç, s.887; Tuğlacı, s.702; Dayınları, s. 350; Ovacık, İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, s. 213; Ovacık, Türkçe - İngilizce Hukuk Sözlüğü, s. 253; Redhouse, İngilizce-Türkçe Sözlük, s.656; Erem, Cebir, s.94-97; Artuk /Gökçen /Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, s.696; Yazıcıoğlu, R. Yılmaz, Tehdit Suçu Üzerine, YD, C.19, Temmuz 1993, s.236 vd.

(44) Bkz. Dönmezer, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Gözden Geçirilmiş 16.Bası, İstanbul 2001, s.552-553; Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü (TCK. m. 188), İstanbul 1978, s.8, 58, 63-65; Bayraktar, s.31; Polatcan, s.178; Ayrıca bkz. dn 41'de belirtilen yerlere.

(45) Bkz. Ersoy, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.114 vd.; Aynı düşüncede: 41 numaralı dipnota zikredilen yazarlar; Hafizoğulları, "şiddet" ve "tehdit" terimlerini açıkça zikretmese de, kişiyi iradesinden değişik biçimde davranışa zorlayan nedenler olarak **"fiziki cebir"** ve **"manevi cebir"** şeklindeki ayrımı ve tanımlamaya dayanarak aynı sonuca ulaşmaktadır (Hafizoğulları, Zeki, Türk Ceza Hukuku Sisteminde Zaruret Hali, AÜHFD, C.28, 1971, Sa.1-4, s.93-95).

(46) Antonio Pecoraro-Albani, Il Concetto di Violenza nel Dritto Penale, Milano, 1962, s.38, zkr. Ersoy, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.114; Belirtelim ki, İtalyan doktrininde bu husus tartışmalı olup, ayrı bir araştırma konusu olabilecek kadar geniş bir alanı kapsamaktadır (Ersoy, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, s.114 vd.) . Bu nedenle biz burada inceleme konunuzla sınırlı olarak açıklamada bulunacağız.

"**maddi cebir**" (47) anlamında kullanılmakta; mağdurun şahsı, fizik bütünlüğü üzerinde yapılan bir hareket olarak kabul edilmekte, kişi halen hissedebileceği kötülük ve tecavüz icrası suretiyle başka şekilde davranma imkanından yoksun bırakılmakta ve bu şekilde bir işi yapmaya veya yapmamaya zorlanmaktadır (48). Keza insan hareketlerini sınırlayan bir kavram olarak "**tehdit**" ise, maddi cebrin aksine mağdurun vücut bütünlüğü aleyhine doğrudan ve o an gerçekleşen fiziki bir hareket değil daha ziyade, failin isteğinin yerine getirilmemesi halinde, ileride mağdura bir zarar verileceğinin bir kötülük yapılacağına bildirilmesi ve bu şekilde onun güvenlik duygusunun, iç huzurunun bozulması, endişeye sevk edilmesidir. Bu itibarla tehdit kavramını "**maneви cebir**" olarak zikredebiliriz (49). Gerçekten, Kaynak İtalyan Ceza Kanunu'nun TCK'nın 258. maddesine isabet eden 190. maddesinde sadece "**şiddet (violenza)**" ve "**tehdit (minaccia)**" kavramları yer almakta olup, madde dilimize çevrilirken şiddetin maddi niteliğini belirtmek ve vurgulamak için "**cebiri ve şiddet**" denilmiştir (50).

(47) Bkz. **Levi, N.**, *Delitti contro, la Pubblica Amministrazione*, t.,II, Milano 1935, s.431, zkr. **Polatcan, İsmet**, *Memur ve Resmi Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri*, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983, s.178; **Majno**, s.206; **Erem, Faruk**, *Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu*, AD, 1952, Sa. 7, s.874; **Erem, Cebir**, s.94-97; **Erem, Faruk/Toroslu, Nevzat**, *Türk Ceza Hukuku*, Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 4.Basım, Ankara 1983, s.87; **Erman/Özek**, s.295; **Gözübüyük**, s.483-484, 1101-1102; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.557; **Polatcan**, s.178; **Tezcan/Erdem**, s.46-48; 1997 t.TCK Tasarısında 25.maddesinin başlığında "**cebiri, ikrah ve tehdit**" ibaresine, madde metninde ise "...**maddi cebiri ve ya muhakkak ve ağır bir ikrah veya tehdit...**" ibarelerine yer verilmiştir. Özgenç (s.74-75) bu durumu "**Maddede 'maddi cebiri', 'ikrah' ve 'tehdit'**" kavramına ayrı ayrı yer verilmiştir. "**Vis compulsiva (zorlayıcı kuvvet)**" karşılığı olarak **cebiri** kavramıyla eş anlamlı olarak Türk hukukunda "**ikrah**" kavramı da kullanılmaktadır. Bu itibarla, **cebiri** kavramına madde metninde yer verildikten sonra ayrıca **ikrah** kavramının kullanılmasına gerek olmadığı düşüncesindeyiz." şeklinde eleştirmiştir.

(48) Bkz. **Yarsuvat**, s.467-468; **Yarsuvat**, Toplantı s. 197; **Bayraktar, Köksal**, *Suç İşlemeye Tahrik Cürümü*, İstanbul 1977, s.31; **Jescheck, Hans-Heinrich**, *Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş* (Çev.Feridun Yenisey), İstanbul 1989, s.68-69; **Özgenç/Şahin**, s.267-271; Ayrıca bkz. dn 25'de belirtilen yerlere; (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130) (Bkz. **Kaban, Mater/ Aşaner, Halim/ Güven, Özcan/ Yalvaç, Gürsel**, *Ceza Genel Kurulu Kararları*, Ankara 2001, s.362 vd. Ayrıca bkz.YKD, C. 27, Aralık 2001, Sa.12, s.1870-1872).

(49) Bkz. **Erem**, *Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu*, s.874; **Erem, Cebiri**, s.94-97; **Yarsuvat**, s.315, 467-468; **Polatcan**, s.178; **Özgenç** (1996), s.226-227; **Özgenç/Şahin**, s. 267-271, 405-416; **Tezcan/Erdem**, s.46-48; Ayrıca bkz. dn.41'de belirtilen yerlere).

(50) Bkz. **Majno**, s.207; **Gözübüyük**, s.1019; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.557; "TCY"nın 269. maddesinde sözü edilen **cebiri** ve **şiddet** Kaynak Yasasının 195. maddesinde "**violenza**" terimi ile ifade edilmiş ve "**maddi cebiri**" anlamında; tehdit ise "**maneви cebiri**" anlamında kullanılmıştır (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130); TCK'da çok önemli bir yer işgal eden "**cebiri**", **şiddet** ve **tehdit**" kavramlarının tekrar mahiyetinde ve oldukça itinasız şekilde kullanılmasının nedeninin "**terim birliğinin bulunmaması**" ve Yasanın yürürlüğe girdiği 1926 yılında etkinliğini koruyan "**Osmanlı Türkçesi'nde 'aynı anlama gelen kelimelerin beraber/yan yana bulunmasının anlamı pekiştiren bir üslup özelliği olarak yaygın olarak kullanılması**" olduğu tamamen haklı bir gerekçeyle zikredilmektedir. [Bkz.**Gökçen, Ahmet**, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü* (TCK m. 312/2), Ankara 2001, s.14-15].

"*Cebir (şiddet=zor, maddi cebir ve/veya tehdit=manevi cebir)*"ın memurun veya ona yardım edenin görevini gerçekleştirdiği sırada meydana gelmesi,⁽⁵¹⁾ onları etkileyecek ciddiyette olması, doğrudan veya dolaylı (52) olmakla beraber görev veya yardımın sonuçlandırılmasına engel olmaya elverişli olması ve memura veya yardımda bulunana yönelik olması gerekir (53). Belirtmek gerekir ki, şiddet (zor, maddi cebir) veya "*tehdit (manevi cebir)*"ın memura veya yardımda bulunana yönelik olması ile kastedilen husus "*şiddet (zor, maddi cebir)*" veya "*tehdit (manevi cebir)*"ın doğrudan memura yönelik olması yanında bu fiillerin memura direnmek için kullanılmış olması olgusunu (ör.zabita kuvvetlerinin görev yapmasına engel olmak için nakil vasıtalarının tahrip edilmesinde olduğu gibi) da kapsadığı hususudur (54).

Görev henüz başlamadan meydana gelen "*şiddet (zor, maddi cebir)*" veya "*tehdit (manevi cebir)*" fiilleri TCK'nın 254. maddesinde tanımlanan suç (55); bittikten sonra gerçekleştirilen fiiller de, yerine göre müessir fiil ve-

- (51) Bkz. **Majno**, s.207; **Erem**, Memura Mukavemet, s.309; **Antolisei**, II, s.765, zkr. **Soyaslan**, s.563; **Kıyak**, **Fahrettin/Çağlayan**, **Muhtar/Şenel**, **Cabbar**, Nazari ve Tatbiki Devlet İdaresi Aleyhinde Cürümler ve Memurun Muhakemat Kanunu, Ankara 1960, s.164; Mukavemetin memurun görevi yaptığı sırada meydana gelmesi zorunlu olduğundan, memurun olay tarihinde görevli olup olmadığı ve görevinin kapsamı yetkili merciden araştırılmalıdır (**Kıyak/Çağlayan/Şenel**, s.165); "Suçun maddi unsuru cebir, şiddet veya tehdit ile mukavemet etmektir. Cebir, şiddet veya tehdit kamu görevinin yapılması esnasında vuku bulmalıdır. Göreve başlamadan önce veya görev bittikten sonra gerçekleştirilen fiilleri bir başka suçta vücut vermekle birlikte, etkin direnme suçunu oluşturmazlar (CGK, 16.11.1999,4-221/279).
- (52) Örneğin polis memurunun kendisini yakalamasına engel olmak için failin bazı eşyalara tutunması pasif (menfi) mukavemetin ötesinde fiillerdir (**Gözübüyük**, s.1019); Keza tespit için eve gelen hakimi eve sokmamak için kapının şiddetle kapatılarak tespit işleminin yapılmasına engel olunması memura aktif mukavemet suçunu oluşturan fiillerdir(4.CD, 31.3.1961, 910/1483) (**Gözübüyük**, s.1019); **Erem**, Memura Mukavemet, s.310; **Yarsuvat**, Toplantı, s. 197; **Soyaslan**, s.564; **Sözler**, s. 133.
- (53) Bkz. **Erman/Özek**, s.330-332; **Gözübüyük**, s.1017-1019; "Memura direnme sırasındaki cebir ve tehdidin, muhatabı etkileyecek ciddiyette ve elverişlilikte olması gerekir. Sonucun alınması şart değildir (CGK, 21.9.1992, 4-205/228); "TCK' nın 260. maddesinin uygulanması için direnmede sarf edilen nüfuz ve müessir kuvvetin memurun şahsına değil, uygulamaya yönelik olması gerekir" (2.CD, 301.1980, 2099/657).
- (54) Bkz. **Erem**, Memura Mukavemet, s.310; CGK, 7.3.1988, 14/79; Belirtelim ki 4.Ceza Dairesi eski bir kararında polis karakolunda zabıt tutulmasını engellemek için yazı makinesinin kırılmasında, zaptın elle tutulabileceği gerekçesiyle, TCK' nın 260. maddesinin dahi uygulanamayacağına son derece isabetsiz bir şekilde karar vermiştir(4.CD, 23.2.1949, E.3309, K.4551).
- (55) Bkz. **Erem**, Şerh, s.1412; "...fail, memura karşı şiddet veya tehdidi, memurun henüz vazifesini yapmaya başlamasından önce kullanırsa, TCK' nın 254. maddesi kapsamına giren bir cürüm işlemiş olur. Halbuki 258. maddedeki mukavemette icbar görevin yapıldığı sırada kullanılır. Bu çeşit eylemde bulunanlar, anılan maddeye göre cezalandırılır. Söz konusu maddeler doktrinde çeşitli yazarlarca bu şekilde yorumlandığı gibi, Yargıtay uygulamaları da bu doğrultudadır..." (CGK, 8.2.1982, 4-446/36).

ya tehdit suçunu oluşturabilir. (56) Şiddet veya tehdide başvurulmadan işlenen fiiller, başka kişilere veya eşyaya yönelik fiiller, diğer bir deyişle pasif mukavemetler (ör. kaçmak, itaati reddetmek, memuru aldatmak, kapıyı açmamak, görevin yapılması için gerekli yerlere engeller koymak, bir yere sarılmak cebir kullanmamak şartıyla kendini yere atmak) (57) ise aktif mukavemet suçunu değil (58), TCK'nın 260. maddesinde düzenlenen pasif (menfi) mukavemet suçunu oluşturur (59),(60), Belirtmek gerekir ki pasif (menfi) şekilde başlayan mukavemet, cebir veya tehditle aktif hale dönüşmesi halinde (ör. başlangıçta polis tarafından karakola götürülmesine engel olmak için yere yatan kişinin, bilahare memura tekme atması veya tehdit etmesi halinde olduğu gibi), fail TCK'nın 260. maddesine göre değil 258. maddesine göre cezalandırılır (61). Söz konusu suçta aleniyet şart olmayıp, özel ikametgah, hapis hane vs. dahil her hangi bir yerde suç işlenebilir (62).

Kendisine mukavemet edilen memurun yapmakta olduğu fiil veya işlem, görevi dahilinde olan bir iş olmalı (63), fiil işlendiği sırada memur ve ona yardım edenler hazır bulunmalı (64), memurun görevi icrai bir görev olmalı ve bu icrai göreve başlanmış (65) (ör. faillerin karakola götürülmesi, haciz işlemi ya-

(56) Bkz. **Erman/Özek**, s.328; **Gözübüyük**, s.1018; **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, s.554-555; **Tezcan/Erdem**, s.212.

(57) 4.CD, 8.12.1994, 8474/10806.

(58) Bkz. Erem, Memura Mukavemet, s.310; **Artuk /Gökçen/Yenidünya**, s.557-558; **Gözübüyük**, s.1019.

(59) Bkz. **Erman/Özek**, s.330-332.

(60) Bkz. Erem, Şerh, s.1412; Görevli polis memuruna, cebir, şiddet veya tehdit göstermeksizin direnmekten ibaret eylemin TCK'nın 260. maddesine uyduğunun gözetilmeden, aynı kanunun 258. maddesinin uygulanması bozmayı gerektirir (4.CD, 30.1.1987, 11514/808); Kaynak yasada "**memura pasif (menfi) mukavemet suçu**"na (TCK md. 260) yer verilmiştir (Bkz. Erman/Özek, s.330).

(61) Bkz. Erem, Memura Mukavemet, s.310; **Artuk /Gökçen/Yenidünya**, s. 558.

(62) Bkz. **Manzini**, V, no.1539, s.281, nt.2, zkr., **Erem, Faruk**, Memura Mukavemet, s.309 ve dn. 5.

(63) Bkz. **Erman/Özek**, s.328; **Gözübüyük**, s.1018; **Artuk /Gökçen/Yenidünya**, s.554-555; **Tezcan/Erdem**, s.212; Nitekim Yargıtay, inzibat erinin sivillere karşı bir görevinin bulunmaması gerekçesiyle ona karşı yapılan mukavemeti TCK md.258 anlamında bir suç olarak görmemiştir (4.CD, 21.10.1954, 11649/10053).

(64) Bkz. **Majno**, s.207; Lollini, no.200; **Zerboglio**, no. 69, zkr., **Erem, Faruk**, Memura Mukavemet, s.309 ve dn. 4; **Erem**, Şerh, s.1421; **Gözübüyük**, s.1017; "Haciz kararını uygulamak için olay yerine giden icra müdür vekili yakınana, sanığın, 'haciz yapamazsın, adam ölü, cinayet çıkar' diyerek üzerine yürüdüğüünün oluşa uygun biçimde kabul edilmiş olması karşısında tehdidin görevin yapıldığı sırada işlendiği gözetilerek eylemin TCY' nin 258/1. madde ve fıkrasına uyduğu düşünülmeden aynı yasanın 254/1. madde ve fıkrasıyla hüküm kurulması yasaya aykırıdır" (Bkz. 4.CD, 17.6.1997, 5275/5386).

(65) Bkz. **Erem**, Memura Mukavemet, s.311; "Arabasını yasak yere parkeden sanığın kendisini uyarın yakınını polis memurunu yaralama biçimindeki eyleminin TCY' nin 456/4, 271. maddelerine uyduğu gözetilmeden etkin direnme suçundan cezalandırılması...yasaya aykırıdır" (4.CD, 11.11.1997, 9442/5724).

pılması imar planına aykırı binanın yıkılması, kaçak eşyaya el konulması, olay yerinin keşfinin yapılması, yasal işleme dayanak oluşturacak tutanak düzenlenmesi ve idari makamın men kararının yerine getirilmesi gibi) olmalıdır (66). Kanımca "**hazır bulunma**" ifadesinden anlaşılması gereken şey fail ve mağdurların yüz yüze olması, birbirlerini görebilmeleri değil, mağdur/mağdurların şiddet veya tehdit ile mukavemeti fiziki olarak algılayabilecekleri her türlü durum/ortam olmalıdır. Zira failin bu suçtaki özel kastı, memurun yapmakta olduğu görevi şiddet ve/veya tehdit ile mukavemet edip, engellemektir.

"**Şiddet (maddi cebir)**" veya "**tehdit (manevi cebir)**" mukavemet için gerekli olan boyutu aşmışsa, bu suçun yanında başka suçlara da vücut verebilir ki; bu konu "içtima" bahsinde ayrıntılı olarak incelenecektir.

IV-MANEVİ UNSUR

Suç kasıtlı bir suç olup, fail hem memura karşı şiddet veya tehditte bulunduğunu bilmeli, hem bu fiilleri yapmayı istemeli, hem de memurun görevine giren bir işi veya ödevi yapmaya veya yapmamaya onu zorlamalıdır (67). Bu nedenle suç genel kastın yanında özel kastın da bulunmasıyla işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır(68).

Failin, mukavemet ettiği kişinin memur (veya memura yardım eden kim-

(66) Memurun uyarıda veya yardımda bulunması, görev yerinde temsil sıfatıyla bulunması icrai görev olmadığından memura mukavemet suçu oluşmaz. Örneğin, "...sanığın evinde haciz yapılırken alacaklı vekili yakınana, 'ben kefilim parayı git, onlardan al, onları da temizlerim, seni de temizlerim' diyerek, olay yerinde bulunan icra müdürüne de, 'sen aradan çekil' dedikten sonra tabancasını çıkarıp yakınanın ayaklarına doğru iki el ateş edildiğinin iddia edilmesi karşısında, bu doğrultudaki taktirde haciz sırasında icrai görevi olmayan yakınan avukata karşı bu eylemin TCY' nin 191/2 ve 273. maddelerine girip girmeyeceğinin tartışılmaması... yasaya aykırıdır" (4.CD, 18.2.1998, 97/1153)

(67) "Failin amacı, yerine getirilmekte olan bir kamu görevine engel olma... (CGK, 21.9.1992, 4-205/228); "Sanık Nuri'nin tarlasının kenarından çıkan çekişmeli suyun muhtarlıkça içme suyu olarak, köye götürülmek istenilmesi üzerine dava açarak karar alıp el atmaya önlemesi yerine silahlı tehdit ederek sonuç almak ve yönetsel kararı erteleme eyleminin adalete karşı bir suç olan kendiliğinden iddia ettiği hakkı almaktan ibaret eylemi, özel kasıtlı mı ya da devlet yönetimine karşı bir suç olan bir görevin yerine getirilmesini engelleyici genel kasıtlı mı işlediğinin araştırılarak sonucuna göre TCY' nin 258/1-2 ya da 308/2, 273. maddelerinden hangisinin uygulanacağı tartışılmadan hüküm kurulması...yasaya aykırıdır" (4.CD, 6.5.1999, 3604/5127).

(68) Bkz. **Erem**, Memura Mukavemet, s.312; **Erman/Özek**, s.300-301, 335; **Gözütüyük**, s.1017, 1019; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.559; Tezcan/Erdem (s. 214-215), özel kastın aranmayacağı, saikin önemsiz olduğunu savunmakla birlikte "**içtima**" konusuna değinirken: "karakola götürülmek istenen kardeşini kurtarmak için önce jandarma erine, sonra jandarma astsubayına mukavemet eden kişinin amacının kardeşini hapis ve tevkiften kurtarmak olduğunu bu nedenle birden fazla kimseye karşı mukavemet suçu işleyen sanığın eyleminin tek suç" oluşturduğunu kabul eden Yargıtay kararını yerinde bulduklarını ifade etmektedirler.

se) olduğunu bilmemesi, maddi hatadır. Özellikle memurun memuriyetine ait üniformayı giymemiş veya alametlerini taşımamış veya kendi sıfatını uygun bir biçimde açıklamamış olması halinde durum bu merkezdedir (69). Ancak böyle bir halde yanılma "*esaslı olmayacağından*", fail hakkında 258. madde uygulanmamakla birlikte, diğer unsurlarında olması halinde ve duruma göre "*müessir fiil*" veya "*tehdit*" suçlarından biri veya her ikisi ile cezalandırılması gerekir.

Saniğin, mağdurun memur olduğunu bilmesi koşuluyla suçun oluşumu için memurun resmi elbiseli olması şart olmayıp, memurluk sıfatının failce bilinmiş olması yeterlidir (70).

V-SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. Teşebbüs

"*Memura aktif mukavemet suçu*" "*neticesi harekete bitişik*" bir suç olduğundan, yani hareketten ayrılmayan netice, hareketle birlikte gerçekleştiğinden bu suça "*tam teşebbüs mümkün olmayıp*", ancak yapılan hareketin kısımlara bölünme imkanı bulunması halinde "*eksik teşebbüs*" düşünülebilir. Suç, şiddet veya tehdit fiilinin memura yöneldiği anda oluşur ve bu nedenle tamamlanması için mukavemetin sonuç vermesi gerekmez (71).

B. İştirak

Bu suça iştirakin her türü mümkün olup, genel kurallar uygulanır (72).

(69) Bkz. **Majno**, s.207; **Erman/Özek**, s.301; **Erem**, Şerh, s.1425.

(70) Bkz. **Majno**, s.207; **Erman/Özek**, s.300-301, 335 ve dn.1; **Erem**, Memura Mukavemet, s.312; **Erem**, Şerh, s.1425; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s. 559; "Fail direndiği kimsenin memur olduğunu bilmeli, memurun görevine engel olmak maksadıyla, cebir, şiddet veya tehditte bulunmalıdır (CGK, 16.11.1999,4-221/279).

(71) Bkz. **Erman/Özek**, s.333; **Erem**, Şerh, s.1424; **Gözübtüyük**, s.1019; **Majno**, s.207; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.559; **Soyaslan**, s.564; **Tezcan/Erdem**, s.214; "(CGK, 21.9.1992, 4-205/228); "Memura mukavemet suçunun oluşabilmesi için memurun hareket serbestisine halel verilmiş olması zorunlu olmayıp, memurun görevine giren bir işlemin tamamlanmasına karşı koymak maksadıyla cebir veya tehdidin gösterilmesi yeterlidir ve bu cebir veya tehdidin olumlu bir sonuç verip vermesi ve sözü edilen işlemlerden birinin yapılmasına engel olan bir durumun somut olayda gerçekleşmiş olması önemli değildir (İt. Y, 5.4.1986, Gius.Pen, 1987, II, 610, zkr. Erman/Özek, s. 333 dn. 13).

(72) Bkz. **Erman/Özek**, s.409; "**Sanık ASN**" nin, sanık Mustafa'nın etkin direnme suçunu işlediği sırada görevlilerin önüne geçerek yakalanmasına engel olmaktan ibaret eyleminin, etkin direnme suçuna katılma niteliğinde olup olmadığını tartışılmaması...yasaya aykırıdır." (4.CD, 23.6."996, 5865/5626).

C. İçtima

1-Genel Olarak

İçtima konusunda üzerinde durulması gereken hususların başında **"hareket veya mağdur çokluğu" ile "görevli memura veya memurlara şiddet veya tehdit ile mukavemet fiiliyle beraber, hakaret/tahkir fiilinin ve/veya mukavemet için gerekli olan şiddeti aşan müessir fiil veya adam öldürme suçlarının da ika edilmesi halinde failin fiillerinin mağdur sayısınınca memura aktif mukavemet suçu veya bu suçun yanında görevli memura veya memurlara hakaret, müessir fiil veya adam öldürme suçlarını oluşturup oluşturmayacağı"** konuları gelmektedir.

2-Hareketin ve/veya Mağdurların Çokluğu

Memura aktif mukavemet suçunda, failin hem şiddet hem de tehditte bulunması veya şiddet ya da tehdidi ifade eden birden fazla hareketler yapması suçun teklifine hanel vermez⁽⁷³⁾. Çünkü söz konusu suç **"seçimlik hareketli"**⁽⁷⁴⁾ bir suç olup, hareketin çokluğu neticenin de çokluğu anlamına gelmez ve bu nedenle içtima hükümleri uygulanmaz.

Failin aynı görevin yapılmasına engel olmak maksadıyla, bu görevi yapan birden fazla memura veya yardım edenlere mukavemet etmesi halinde tek suç vardır⁽⁷⁵⁾. Gerçekten sanığın amacı tek ve aynı olup, o da, şiddet veya tehdit ile mukavemet ederek, memurun görevini yapmasını engellemektir.

Burada üzerinde durulması gereken hususlardan biri de **"müteselsil**

(73) Bkz. **Erman/Özek**, s. 335; **Erem**, Şerh, s.1421; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.559-561; **Soyaslan**, s.564; **Tezcan/Erdem**, s.214, 216; Selçuk, s.164; "TCY'nın 258. maddesinde bir memura ve ona yardım edenlere direnmeden söz edilmiş bulunması karşısında, sanığın birden çok memura direnme eyleminin tek suç oluşturacağı gözetilmeden direnilen memur sayısınınca uygulama yapılması...Yasaya aykırıdır..." (4. CD, 6.12.1999- 9199/10200); Bu konuda ayrıca bkz. **Arslan, Çetin** Memura Aktif Mukavemet Suçu ve Bazı Suçlarla İçtima, AÜHFD, C.51, Sa. 2 Ankara 2002, s.35-78

(74) Kanun'da suçun tarifinde öngörülen neticenin meydana getirilebilmesi için birkaç hareket gösterilmiş ve bu hareketin birinin yapılmasıyla gerçekleşeceği kabul edilmişse ortada seçimlik hareketli bir suç vardır. Memura aktif mukavemet suçunda şiddet ve tehdit fiillerinden biriyle mukavemet edildiği anda suç oluşacağından bu suç da seçimlik hareketli bir suçtur.

(75) Bkz. **Erman/Özek**, s. 335; **Erem**, Memura Mukavemet, s.312; **Erem**, Şerh, s.1421; **Artuk /Gökçen /Yenidünya**, s.560-561;**Tezcan/Erdem**, s.214; "İki görevliye direnmenin tek suç oluşturacağı gözetilmeden TCY'nın 80. maddesinin uygulanması...yasaya aykırıdır" (4.CD, 23.9.1997, 6564/7411); "Aynı zaman ve nedenle birden fazla görevliye direnmenin tek suç oluşturduğu gözetilmeden, TCK'nın 258/1-3. maddesinin mağdur sayısınınca uygulanması ...yasaya aykırıdır" (4.CD, 17.4.2000, 2089/2988) (Yayınlanmamıştır).

suç" konusudur (76). Bilindiği üzere, kural olarak, dış dünyada meydana gelen, kanuni tarifte yer alan ve failin hareketi ile nedensellik ilişkisi içinde bulunan her netice ayrı bir suça vücut verir; ancak bu kuralın bazı istisnaları vardır ve bu istisnalardan biri de "**müteselsil suçlar**"dır. Söz konusu suçun düzenlendiği TCK'nın 80. maddesine göre, "**Bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün bir kaç defa ihlâl edilmesi, muhtelif zamanlarda vâki olsa bile bir suç sayılır. Fakat bundan dolayı terettüp edecek ceza altıda birden yarıya kadar artırılır.**" Belirtmek gerekir ki, Yasa müteselsil suçun oluşabilmesi için iki şart aramıştır. Bunlardan birincisi "**kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlal edilmesi**", yani "**birden fazla suçun bulunması**" (77); ikincisi ise, birden fazla suçların "bir tek suç işleme kararıyla" işlenmesidir. "Suç işleme kararı"ndan maksat, "failin kanunun aynı hükmünü birden fazla kereler ihlal etmek hususundaki genel plan ve niyeti"dir.

Bu açıklamalar ışığında "**memura aktif mukavemet suçu**"nda teselsülün mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Fail "**bir tek suç işleme kararıyla**", yani kanunun aynı hükmünü birden fazla kereler ihlal etmek hususundaki genel "**plan**" ve "**niyeti**" ile değişik zamanlarda ihlal etse bile, ika ettiği fiiller teselsül nedeniyle tek suç sayılacak, ancak Yasanın açık hükmü nedeniyle ceza arttırılacaktır (TCK md.80).

Birden fazla suçların değişik zamanlarda işlenmiş bulunması, müteselsil suça engel olmaz. Ancak burada ifrata kaçılmamalı ve iki suç aradaki zaman fasılası uzun ve olaylar arasında kesinti yaratacak boyutta ise gerçek içtima kurallarına göre ceza tayin edilmeli; aksi halde teselsülün varlığı kabul edilerek TCK'nın 80. maddesine göre hüküm kurulmalıdır. Konuyu bir örnekle somutlaştırırsak: Bir suç nedeniyle karakola götürülürken memura mukavemet eden kişi, bir gün sonra ifadesine başvurulmak veya sorgu için adliyeye götürülmek isterken tekrar memura karşı mukavemette bulunması halinde verilen ceza TCK'nın 80. maddesine göre arttırılmalı; ancak, aradaki zaman fa-

(76) Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Dönmezer/Erman**, Genel Kısım, C. 1, s.380-390; **Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.337-347; **Öztürk, Bahri**, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 1994, s.119-124; **Öztürk/ Erdem/ Özbek**, s.38-40; **Sancar, Türkan Yalçın**, Müteselsil Suç, Ankara 1995.

(77) Birden fazla suçun bulunması demek, birden fazla hareketin bulunması demek değildir. Örneğin (A), (B)'yi üç yerinden bıçaklayarak öldürürse; bu üç bıçak darbesi icra hareketleri cümlesinden olup, ayrı ayrı suç oluşturmazlar.

sırası uzun ve olaylar arasında kesinti yaratacak boyutta ise gerçek içtima kurallarına göre ceza tayin edilmelidir. Bununla birlikte, biraz önce kurgulanan olayda, adliyeye götürüldükten sonra serbest bırakılan ve hakkında takipsizlik kararı verilen fail, bilahare (ör. bir ay sonra) hakkındaki takipsizlik kararının kaldırılması nedeniyle tekrar ifadesine başvurulmak veya sorgulanmak üzere çağrıldığında tekrar memura mukavemette bulunursa iki ayrı suçtan iki ayrı ceza tayin edilmelidir.

3- Müessir Fiil veya Adam Öldürme Suçlarıyla İçtima Sorunu

İçtima konusunda üzerinde durulması gereken diğer bir husus da mukavemet için gerekli olan şiddeti aşan müessir fiil veya adam öldürme eylemlerinin, memura mukavemet suçundan ayrı bir müessir fiil ve/veya adam öldürme suçunu da oluşturup oluşturmadığı sorunudur. Sorunun çözümüne ve çözümlüne yönelik görüş ileri sürebilmek için öncelikle "**şiddet (maddi cebir)**" ile "**müessir fiil (etkili eylem)**" kavramları arasındaki farkın/çizginin belirlenmesi ve "**şiddet (maddi cebir)**"ın hangi aşamada "müessir fiil" boyutuna ulaştığının tespit edilmesi gerekir⁽⁷⁸⁾.

Önemle belirtmek gerekir ki, TCK'nın bir çok maddesinde, gerek suçun unsuru, gerekse şiddet sebebi olarak kullanılan şiddet kavramı yukarıda⁽⁷⁹⁾ ayrıntıları ile açıklandığı üzere "**maddi cebir**"⁽⁸⁰⁾ anlamında kullanılmakta, mağdurun şahsı, fizik bütünlüğü üzerinde yapılan bir hareket olarak kabul edilmekte, bu duruma maruz kalan kişi halen hissedebileceği kötülük ve tecavüz icrası suretiyle başka biçimde davranma imkanından yoksun bırakılmakta ve bu şekilde bir işi yapmaya veya yapmamaya zorlanmaktadır⁽⁸¹⁾.

(78) "Kullanılan cebir ve şiddetin hangi aşamada ağırlaştırıcı neden, hangi aşamada bağımsız suç oluşturacağına belirlenebilmesi için, Yasada geçen cebir, şiddet kavramlarının açıklanması. TCY'nın 269. ve 271. maddelerindeki hukuki düzenlemelerin, doktrindeki görüşlerden de yararlanılarak, ortaya konulması gereklidir. Cebir bir şeyi yaptırmak için maddi veya manevi kuvvet kullanmaktır. Başka bir ifadeyle cebir tabii iradeyi, istenilen hareketi yapmayı fizik kuvvetle zorlamadır...dikkate alınması gereken husus, cebir ve şiddetin mağdur üzerinde yarattığı etkidir. Sanığın yönelttiği cebir ve şiddetin ayrı bir etkili eylem suçunu oluşturduğunun kabul edilebilmesi için, bu eylem nedeniyle sağlığının bozulması, akli melekelerinde karışıklık oluşması veya cismen eza duyması gerekir (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130)".

(79) Bkz. Çalışmamızın "III-Maddi Unsur" başlıklı yerine.

(80) Bkz. **Levi**, s.431, zkr. **Polatcan**, s.178; **Majno**, s.206; **Erem**, Tehdit ve Cebir Kullanma, s.874; **Erem/Toroslu**, s.87; **Erman/Özek**, s.295; **Gözübtütük**, s.483-484, 1101-1102; **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, s.557; **Polatcan**, s.178; **Tezcan/Erdem**, s.46-48.

(81) Bkz. **Bayraktar**, s.31; **Jescheck**, s.68-69; **Özgenç/Şahin**, s.267-271; Ayrıca bkz. 41'de belirtilen yerlere); (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130)(Yayınlanmıştır).

Mağduru tutmak, hareketine engel olmak, ellerini bağlamak buna örnek gösterilebilir. Görüldüğü gibi "*şiddet (maddi cebir)*", *sanıldığıının aksine mağdura cismen eza veren, bedeni selamet ve sıhhatini ihlal eden, akli melekelere teşevvüş husulüne sebep olan fiillerden değildir*". Oysa "*müessir* ⁽⁸²⁾ fiil (etkili eylem)" (*ar. cüruh, cerh, darp, ing.physical injury, assault and battery, fr. violence et voies de fait, blessures et coups, al.körpe, verletzung, misshandlung, angriff*), *bir kimseye cismen zarar veren, bedeni selamet ve sıhhatini ihlal eden, akli melekelere teşevvüş husulüne sebep olan fiillerdir* (Bkz. TCK md.456-460) ⁽⁸³⁾. Bu durumda mağdura cismen eza vermeyen, bedeni selamet ve sıhhatini ihlal etmeyen, akli melekelere teşevvüş husulüne sebep olmayan boyuttaki fiziki etkiler (fiiller) "*şiddet (maddi cebir)*"; bunu aşan boyuttaki fiiller ise "*müessir fiil (etkili eylem)*"lardır. Nitekim Kaynak Yasanın 269. maddesinin gerekçesinde cebir (zor, şiddet) kavramı "*memurun bedenine yönelik bulunmayan, ancak daha çok özgürlüğü sınırlayıcı ölçüde kalan eylemler*" olarak tarif edilmiş ve bu sınırı aşan eylemin "*müessir fiil*" nedeniyle ayrıca cezalandırılacağı belirtilmiştir ⁽⁸⁴⁾. Yukarıdaki tanımlardan da anlaşılacağı üzere "*müessir fiil (etkili eylem)*" boyutundaki fiiller "*şiddet(=maddi cebir)*" boyutundaki fiilleri de kapsayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu durumda, memura aktif mukavemet suçunda kullanılan "*şiddet (maddi cebir)*", mukavemet için gerekli olan boyutu aşır "*memura mukavemet suçu*" yanında "*memura müessir fiil*" veya "*adam öldürme suçu*"na

(82) "*Müessir*" kelimesi Arapça'da "*e-s-r*" kökünden türetilen bir ism-i fiil olup, "*iz bırakan şey*" anlamına gelmektedir (Bkz.Dağcı, Şamil, İslam Ceza Hukukunda Şahıslar Karşı Müessir Fiiller, Ankara 1996, s.43).

(83) *Türk Hukuk Lügati*, s.253; *Dağcı*, s.41-46; *Dönmezer*, Kişilere, s.126 vd.; Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir: "Cebir bir şeyi yaptırmak için maddi veya manevi kuvvet kullanmaktır. Başka bir ifadeyle cebir tabii iradeyi, istenilen hareketi yapmaya fizik kuvvetle zorlamadır...dikkate alınması gereken husus, cebir ve şiddetin mağdur üzerinde yarattığı etkidir. Sanığın yönelttiği cebir ve şiddetin ayrı bir etkili eylem suçunu oluşturduğunun kabul edilebilmesi için, bu eylem nedeniyle sağlığının bozulması, akli melekelere karışıklık oluşması veya cismen eza duyması gerekir (CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130).

(84) Bkz. *Selçuk*, s.169; "...TCY' nın 269. maddesinde ağırlatıcı neden olarak öngörülen cebir ve şiddetten maksat, memurun hastalığını ve alışılmış iş gücünden kalmasını gerektirmeyecek biçimde kendisine yöneltilen ve yapılan hakaret ve taarruzu daha da şiddetlendirmek amacını güden fiillerdir. Şayet cebir ve şiddet hastalığa neden olmak ya da cismen eza vermek boyutuna ulaşmışsa . hakaret ve taarruz suçunda verilecek ceza, 269. madde ile artırılmayacak, oluşan bağımsız etkili eylem suçundan gerçek içtima kurallarına göre TCY' nın 456 ve 271. maddeleri ile uygulama yapılacaktır...(CGK, 19.6.2001, 2001/4-128/130).

dönüştüğünde faile gerçek içtima kurallarına göre ceza verilmelidir ⁽⁸⁵⁾. Zira, "**şiddet**" boyutunu aşan müessir fiil, memura aktif mukavemet suçunun; memura mukavemet suçu ise müessir fiil veya adam öldürme suçunun "**ne un-suru, nede ağırlatıcı nedeni**"dir. ⁽⁸⁶⁾ Bunun yanında tek fiille iki suçun ortaya çıkması (fikri içtima) durumu da söz konusu değildir. Bu nedenle kullanılan şiddet, mukavemet için gerekli olan boyutu aşmış ve bunun sonucunda "**memura müessir fiil**" veya "**adam öldürme suçu**" da oluşmuşsa; suçların kaynaşmasını gerektiren bir durum da söz konusu olmadığı için gerçek içtima kurallarına göre iki ayrı suçtan ceza verilmelidir ⁽⁸⁷⁾. Ancak bazı yazarlar mukavemet sırasında işlenen hakaret, dövme, yaralama gibi suçların bir bütün halinde sadece mukavemet suçunu oluşturacağını savunmakta; ⁽⁸⁸⁾ **Yar-gıtay**, ⁽⁸⁹⁾ ⁽⁹⁰⁾ ise bazen fikri (biçimsel) içtimain varlığını kabul ederek "**en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasına hükmederken**", bazen de tüm bu suçların bir bütün halinde sadece mukavemet suçunu oluşturacağını kabul etmektedir ⁽⁹¹⁾. Bununla birlikte, "**direnmeden önce veya**

(85) Aynı düşüncede: **Bkz. Erman/Özek**, s.336; **Artuk/ Gökcen/ Yenidünya**, s.560; Tezcan/Erdem, s. 216.

(86) Aynı düşüncede: **Bkz. Erman/Özek**, s.336; **Artuk/ Gökcen/ Yenidünya**, s.560; Tezcan/Erdem, s. 216.

(87) **Bkz. Erman/Özek**, s.336-337.

(88) **Bkz. Majno**, s.207 ; **Gözübüyük**, s.1018.

(89) "Görevliye etkin direnme suçu, memur veya ona yardım edenlere,görevini yaptığı sırada cebir, şiddet veya tehdit ile karşı koyarak, kamu görevinin yapılmasına engel olunmasıdır. Failin amacı, yerine getirilmekte olan kamu görevine mani olmaktır...Memura mukavemet suçu sırasında işlenen hakaret, dövme yaralama gibi başka suçlar bütün halinde mukavemet suçu olur...Başka bir ifadeyle tahkir, cebir, şiddet ve tehdit küll halinde mukavemet suçunun unsurlarını oluşturur..." (CGK, 21.9.1992, 4-205/228); Sanığın görevli polisler direnmesi sırasında yakınan polis memuru Özcan Göktaş'ı 15 gün alınlmış uğraşından kalacak şekilde yaraladığının anlaşılması karşısında, TCY' nın 79. madde hükmü gözetilmeden ayrıca 258/2,3. maddesiyle ceza verilmesi...yasaya aykırıdır (4.CD, 15.4.1993, 1326/3118; Aynı içerikte: 4.CD, 17.5.1983, 2373/2756).

(90) "A-Sanığın izinsiz silah taşımak suçunun ve firarisi olduğu suçun cezalarından kurtulmak için kendisini karakola götürmek isteyen mağdur bekçiye müteaddit kez ateş etmesi, elinin tutularak önlenmek istenmesine rağmen ateşe devam etmesi ve sonunda onu yaralaması öldürme kastını açıkça belirtmiş olmasına rağmen, sanık hakkında TCK'nın 450/9, 62. maddeleri yerine 258/2-3. maddesiyle ceza tayini, B-Sanığın memura mukavemette bulunduğu kabulü halinde dahi silahla mukavemet esnasında Mağdur Raşit'i tabanca ile femur bölgesinden kasten yaralamasından dolayı TCK'nın 456/2, 457, 271 . maddelerince tayin edilecek ceza TCK'nın 258/2-3. maddesince verilecek cezadan daha fazla verilecek cezadan daha fazla bulunması karşısında işlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden sanık hakkında daha ağır cezayı müstelzim olan TCK'nın 456/2, 457, 271. maddelerine göre ceza verilmesi TCK'nın 79. maddesinin açık hükmü icabından olduğu halde TCK'nın 258/2-3. maddesine istinaden daha az ceza tayinibozmayı gerektirmiştir (1.CD, 26.10.1978, 3789/3736).

(91) **Bkz.CGK**, 30.4.1956, 4-96/ 85; "Sanığın görevli polise direnmesi sırasında, mağduru 15 gün iş ve gücünden kalacak derecede yaralamış bulunduğu anlaşılması karşısında , TCK'nın 79. maddesi hükmü gözetilerek 456/1, 271. maddeleriyle ceza belirlenmesi gerekirken, ayrıca aynı yasanın 258/3. maddesi uyarınca ceza verilmesi yolsuzdur (4.CD, 4.10.1983,-4134/4589)"; Ayrıca **bkz.** bir önceki dipnota.

direnme sona erdikten sonra gerçekleşen fiillerin ayrı bir suç oluşturduğunu" Yargıtay da kabul etmektedir (92).

Bu konuda konumuzla ilgili olan TCK' nın 450 ve 457. maddelerindeki **"arttırım nedenleri"** üzerinde de durulması gerekir. TCK' nın 450/9. maddesine göre öldürmek fiili **"...kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle vukua getirilirse..."** fail idam cezasına çarptırılacaktır. Buna göre sanık, örneğin işlemiş olduğu hırsızlık suçu nedeniyle kaçtığı sırada kendisini yakalamak amacıyla takip eden polis memurunu, bu suç nedeniyle muhatap olacağı takibattan veya cezadan kurtulmak için öldürürse, kanımca sadece bu madde hükmü gereğince cezalandırılmalıdır (93). Zira burada her ne kadar adam öldürme suçu zikredilen sonuçları elde etmek için kullanılan bir **"araç suç"** ise de,(94) sanık tek bir (öldürme) fiille hem amaçladığı **"memura mukavemet suçunu (amaç suçu)"**, hem de **"araç suç"** olan **"kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle görevli memuru öldürmek suçunu"** suçunu işlemiştir ki, burada devreye TCK'nın 79. maddesi girer (95). Belirttiğimiz bu hususların teşebbüs aşamasında kalan fiiller açısından da geçerli olacağını düşünüyoruz (96).

İkinci olarak aynı maddenin 11. bendindeki **"Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında..."** biçimindeki normdur. Yukarıdaki örnekte fail **"kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle"** olmayıp da, örneğin kızgınlık nedeniyle polis memurunu öldürürse keza sadece bu madde ile cezalandırılır. Zira buradaki kasıt **"görevli memura"**

(92) "...mukavemet suçu, sanığın karakola götürülüp teslim edilmesiyle bitmiş olacağına göre, karakol komutanına ve muayene edecek hükümet tabibine ayrı ayrı hakaret etmesi ve komutana müessir fiilde bulunması ayrı ayrı fiiller iken, bunları mukavemetin unsurlarından sayarak beraat kararı verilmesi yolsuzdur (4.CD, 17.1.1953,155/116)".

(93) Bkz. **Dönmezer**, Kişilere, s.70 ve dn 135.

(94) Belirtmek gerekir ki, doktrindeki **"araç suçtan"** sonra **"amaç suçu"** da işlenmesi durumunda gerçek içtima (TCK'nın 78) kuraları gereğince her iki suçtan ceza tayin edilmesi gerektiğini ileri sürenler olduğu gibi (bkz. **Dönmezer**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.52-54; **Özgenç/Şahin**, s.391-392) aksi düşünceyi savunanlarda vardır (bkz. **Önder, Ayhan**, Genel Hükümler, II, s.523, zkr. **Özgenç/Şahin**, s.392)

(95) "1-Sanığın, izinsiz silah taşımak ve kaçtığı olduğu suçun cezalarından kurtulmak için kendisini karakola götürmek isteyen kıvgına (mağduruna) bir çok kez ateş etmesi ve tutularak ölenmek istenmesine karşın ateşe devam ederek onu yaralaması eylemi; nitelikli adam öldürmeye tam kalkışma (teşebbüs) suçunu oluşturur. 2-Eylem memura görevi sırasında silahla karşı durma (mukavemet) biçiminde nitelendirildiğinde suçların düşünel toplanması (fikri/biçimsel içtması) kuralı uygulanmalıdır (1.CD, 27.12.1978, 4119/4714).

(96) "Sanığın yakalanmamak ve cezadan kurtulmayı sağlamak için polis memurlarına birkaç kez ateş etmesi onun öldürmek kastı içinde olduğunu gösterir." (1.CD, 4.6.1985, 1660/2522).

mukavemet" değil *"görevli memuru görevinden dolayı* ⁽⁹⁷⁾ *görevi esnasında öldürmek*"dir. Sanığın kastının *"kendisini yahut başkasını cezadan kurtarmak amacıyla"* mukavemet ve adam öldürme olması halinde ise, bu fıkra değil, 9. fıkra uygulama alanı bulur.

Burada üzerinde dikkatle durulması gereken bir diğer husus da TCK' nın 457/2. maddesidir. Buna göre *"Eğer fiilde 450 nci maddenin 5 inci bendinde yazılı hal müstesna olmak üzere diğer bentlerindeki hallerden biri birleşirse birleşen bu fiil hakkında 78 inci madde hükmü cari olmak şartıyla ceza yarı nispetinde çoğaltılır."* Bu maddenin atıf yaptığı TCK' nın 450. maddesinin burada uygulanması olanaklı olan düzenlemesi kanımca yukarıda değindiğimiz ve 9 ve 11. bentlerinde bulunan *"...kendisinin yahut başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadiyle vukua getirilirse..."* (b.9) ile *"Devlet memurlarından biri aleyhine görevi esnasında..."* (b.11) biçimindeki ibareleridir. Yukarıda verilen örneklerde, ölüm meydana gelmemiş ancak müessir fiil oluşmuşsa *"görevli memura mukavemet"* suçu yanında, müessir fiil nedeniyle verilen ceza yarı oranında arttırılmalıdır.

4-Memura Hakaret Suçuyla İltimarı Sorunu

a-Genel Olarak

Soruna ve çözümüne ilişkin görüş ileri sürebilmek için öncelikle *"memura aktif mukavemet suçu"* nun bazı yönleriyle *"memura hakaret"* suçuyla mukayese edilmesi gerekir.

b-Korunan Hukuki Menfaat Açısından Mukayese

Yukarıda da değinildiği üzere memura aktif mukavemet suçuyla korunan hukuki menfaat *"kamu idaresi organlarının görevlerini sükunetle yerine getirmelerini ve bu idarenin herhangi bir engelle karşılaşmadan fonksiyonunu yapmasını sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği güvence altına almaktır"*. Bunun yanında memurun görevinin yerine getirilmesine *"şiddet"* veya *"tehditle"* engel olan kimse, *"kamu idaresine ait bir menfaati"* ihlal etmiş olmakla birlikte; kendisine karşı şiddet kullanılan veya tehdide maruz kalan memurun *"beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hak-*

(97) "...görevinden dolayı devlet memuru aleyhine öldürme suçu işlenirse TCK'nın 450/11. maddesi uygulanabilir. Oysa sanık ...kişisel nedenlerle mağdur hemşire karısına karşı yüklenen öldürme suçunu işlediğinden TCK'nın 450/11. maddesi uygulanmaz" (CGK, 19.10.1992, 255/282).

kı"nın ihlali de söz konusu olduğundan; suç, aynı zamanda memurun "**beden tamlığı ve/veya şahsi hürriyet hakkı**"nı da himaye eden, yani birden çok hukuki menfaati koruyan/çok konulu bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza memura hakaret suçunda korunan hukuki menfaat de yukarıda zikredilen kamu idaresi organlarının görevlerini sükunetle yerine getirmelerini ve bu idarenin herhangi bir engelle karşılaşmadan fonksiyonunu yapmasını sağlamak suretiyle, kamu idaresinde sürekliliği güvence altına alma fonksiyonu yanında "**kamu idaresinin itibarını ve tecavüze muhatap olanın şeref ve haysiyetini ve vücut bütünlüğünü korumak**"tır. (98) Bu durumda memura hakaret suçu da memura aktif mukavemet suçunda olduğu gibi "**birden fazla hukuki menfaati ihlal eden fiiller**"den sayılır (99) O halde, mağdura şiddet veya tehditle mukavemet ederken onu ayrıca tahkir eden faile, memura hakaret suçundan ayrıca ceza vermemek, memurun şeref ve haysiyetini koruma dışında bırakmak anlamına gelir ki, bu durum her iki suçun koruduğu hukuki menfaatle çelişki oluşturur.

c-Maddi Unsur Açısından Mukayese

Memura mukavemet suçunun unsurları ile, bu unsurları oluşturan "**cebir, şiddet, tehdit ve mukavemet**" kavramlarını yukarıda açıklamıştık. Orada da zikredildiği üzere, cebir, şiddet ve tehdit kelimelerinin her üçündeki ortak belirgin husus, "**icbar, zor-zorlama**" unsurudur. Bu nedenle geniş anlamda "**cebir**", "**şiddet (zor, maddi cebir) ve tehdit (manevi cebir)**" kavramlarını içine alan ve zorlama unsurunu içeren genel bir deyim (100) olduğu hal-

(98) Bu vesileyle belirlemek gerekir ki genel "**hakaret**" ve "**sövme**" suçlarının koruduğu hukuki yarar "**şeref**" ve "**haysiyettir**". Toplumda yaşayan kişilerin itibar sahibi olmaya hakkı olduğu kabul edilmekte (Bkz. **İçel, Kayıhan/ Bayraktar, Köksal**. Türk Ceza Hukukuna Giriş, in: Jescheck, Hans-Heinrich, Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 1989, s.172) ve bir insan-birey olarak sahip olduğu şeref ve haysiyet saldırılardan korunarak insan onurunun yüksek bir amaç olarak değeri teslim edilmektedir. Hakarettten anlaşılması gereken şey "**üçüncü bir kişi ile ilgili olarak, o kişiye saygı duyulmadığının veya küçük görüldüğünün açıklanmasıdır**". Bu açıklama tahkir edilen kişiye "kırıcı" bir değer yargısının, belli bir eylemin veya şerefi ihlal edici bir fiil gerçekleştirmiş olma iddiasının isnat edilmesi şeklinde gerçekleşebilir. "Sövme" ise küçük düşürücü bir yargının karşı tarafa bildirilmesidir (Bkz. Jescheck, s.72).

(99) Bkz. **Erman/Özek**, s.380-381; **Selçuk**, s.164, 167-168; Karş. **Senkeri, Tank**, Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul 1996, s.186; Senkeri (s.186), "...TCK' nın...266, 268 ve 483. maddelerinde korunan menfaatin kamu görevi gören memur ve heyetleri, görevleri esnasında veya görevlerinden dolayı hakaret fiillerine karşı korumak olduğu anlaşılmaktadır..." şeklindeki ifadesiyle korunan hukuki menfaatin memurun şeref ve haysiyeti olduğunu belirtmektedir.

(100) Bkz. **Dönmezer**, s.471; **Cihan, Erol**, Cebir Kullanma Cürmü(TCK. m. 188), İstanbul 1978, s.8, 58, 63-65; **Bayraktar**, s.31; **Polatcan**, s.178; Ayrıca bkz. Çalışmamızın "I" numaralı yeri ile ilişkin olduğu dipnotlara.

de, "**hakaret (tahkir)**" ("*ing.insult, affront, it. offesa, fr. mépris, insulte*") kavramı, cebir, şiddet ve tehdit kavramlarıyla, gerek etimolojik, gerekse anlamsal olarak hiçbir ilgisi olmaksızın "**aşağılatma, onur kırma, onuruna dokunma, küçültücü söz veya davranış, hor görme, horlama, kötü davranma, kötü davranarak izzeti nefisini kırma, şeref ve haysiyetini küçük düşürme (saldırı)**"⁽¹⁰¹⁾ anlamına gelmektedir. Bu durumda burada önemle belirtilmesi gereken husus, "**hakaret-tahkir**" kavramının cebir, şiddet ve tehdit kavramında olduğu gibi, "**mukavemet**" kavramıyla da gerek etimolojik, gerekse anlamsal olarak hiçbir irtibatının olmadığı gerçeğidir. "**Hakaret**" kavramı TCK'da da çoğu zaman aynı fakat kısmen farklı sözcük veya sözcüklerle (**ör. tahkir, tezyif, kınama, takbih, haysiyet kırıcı muamele, kavlen veya fiilen taarruz, şeref ve haysiyete veya vakara taarruz, haysiyete dokunacak fiil isnadı**), ancak aynı anlamı ifade etmek için, bazen suçun unsuru⁽¹⁰²⁾ bazen de suçu etkileyen (ağırlaştırıcı) neden⁽¹⁰³⁾ olarak düzenlendiğini ancak bu düzenlemelerin hiçbirinde "**cebir, şiddet, tehdit ve mukavemet**" kavramları ile hiçbir açıdan ortak bir yönünün olmadığını görmekteyiz.

d-Manevi Unsur Açısından Mukayese

Bilindiği üzere memura aktif mukavemet suçu "**genel kastın yanında özel kastın**" da bulunmasıyla işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. Oysa memura hakaret suçunda özel kast söz konusu olmayıp, genel kast yani bilerek ve isteyerek memuru tahkir etmek yeterlidir⁽¹⁰⁴⁾.

e- Soruna Doktrin ile Yargıtay'ın Yaklaşımı ve Görüşüm

Doktrinde bu konuda farklı görüşler vardır. Bunlardan birincisine göre, memura mukavemet sırasında işlenen hakaret ve sövme filleri şiddet ve tehdit ile birlikte bir bütün (kül) oluşturur ve müstakil hüviyetini kaybeder. Bu ne-

(101) **Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük**, s.927, 2140; **Doğan**, s.431,1049; **Özün**, s.978; **Dayınlarlı**, s.300; **Saraç**, s.767, 890; **Tuğlacı**, s.315; **Senkeri**, s.9, 180; **Odyakmaz, Zehra**, Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu, in: **Av. Dr. Faruk Erem** Armağanı, Ankara 1999, s. 519 vd.; **Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English**, s.705; **Redhouse, İngilizce-Türkçe Sözlük**, s.730; Polatean, s.77.

(102) TCK md.158/1, 159/1,160/1, 165, 166/2, 175/3 176/1, 178/1, 241,242/1, 243, 266, 267, 268, 480-490.

(103) TCK.md.175/2; Ayrıca bkz. 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun md.2/1.

(105) Bkz.Erman/Özek, s.402; Tezcan/Erdem, s.227; Daha geniş bilgi için bkz.ve karş. Polatean, s.114-118

denle TCK'nın 258. maddesi gereğince cezalandırılan failin ayrıca memura hakaret ve sövme suçundan cezalandırılması mümkün değildir⁽¹⁰⁵⁾ Zira burada ayrı bir tahkir kastından da söz etmek mümkün değildir.⁽¹⁰⁶⁾ Bu görüşe yakın olan bir diğer görüşe göre ise tahkiri ifade eden sözlerin her somut olayda mukavemet teşkil eden hareketlerle bir bütünlük taşıyıp taşımadığına bakılmalı, eğer tahkir mukavemetin etkisini kuvvetlendirmek amacına yönelik ise tahkiri mukavemetin unsuru kabul ederek ayrıca tahkirden ceza tayini yoluna gidilmemelidir. Aksi halde ise, hem memura mukavemetten hem de memura hakareten ceza verilmelidir.⁽¹⁰⁷⁾ Bu konuda üçüncü görüş ise bizim de katıldığımız görüş olup buna göre, memura mukavemet ve memura hakaret/sövme suçları maddi ve manevi unsurları açısından farklı suçlar olup, şiddet veya tehdit ile memura mukavemet suçunun içinde "**şiddet veya tehdit**" unsurunun dışında hakaret veya sövmeye yer verilmemiştir. Bu itibarla memura mukavemet sırasında işlenen hakaret ve sövme filleri nedeniyle memura mukavemet ve tahkir suçlarından ayrı ayrı ceza tayin edilmesi gerekir⁽¹⁰⁸⁾.

Yargıtay son kararlarında ikinci görüşü kabul etmekte,⁽¹⁰⁹⁾ ancak direnmeden önce veya direnme sona erdikten sonra gerçekleşen tahkir eyleminin

(105) Bkz. **Majno**, s. 207; **Kıyak/Çağlayan/Şenel**, s.165, s.167; **Akdağ**, s.374; **Özütürk**, s.984; **Savaş/Mollamahmutoglu**, s.2342-2343; **Gözübüyük**, s.1018; **Polatcan**, s.126-128; Ancak **Özütürk** (s.984) ve onun görüşünden esinlendikleri anlaşılan **Savaş/Mollamahmutoglu** (s.2343) direnme sırasında cebir ve şiddet boyutunu aşan (ör. 20 gün mutad iştigale engel olacak şekilde yaralama veya uzuv tatiline neden olma hali) cebir ve şiddetin ayrı bir suç olması gerektiğini belirterek fikirdaşlarının görüşünün olumsuz/zayıf noktasını ortaya koyarak isabetli davranmışlar, ancak çözüme yönelik görüşlerini ise sağlam bir temele oturtamamışlardır.

(106) Bkz. **Polatcan**, s.128.

(107) Bkz. **Erman/Özek**, s.336, 335; **Artuk/ Gökçen/ Yenidünya**, s.560-562; **Tezcan/Erdem**, s.215-216; **Malkoç, İsmail**, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 201,s.532; **Evlilyaoğlu, Erkal**, Memurlarla İlgili Suçlar, Ankara 2001, s.777-779.

(108) Bkz. **Manzini**, V, Trattato di diritto penale, Vol.V, Torino 1962, s.504; Vannini, Quid Juris?, Vol.VII, problemi relativi all'oltraggio, Milano 1951, s.60; **Santoro, A.** Diritto penale, parte spciale, delitti contro la stato, Torino 1962, s.354, zikr. **Polatcan**, s.127; **Selçuk**, s.160-166; **Yaşar, Osman**, Uygulamada ve Öğretide Asliye Ceza Davaları, Ankara 1996, s.274.

(109) "Görevliye etkin direnme suçu, memur veya ona yardım edenlere,görevini yaptığı sırada cebir, şiddet veya tehdit ile karşı koyarak, kamu görevinin yapılmasına engel olunmasıdır. Failin amacı, yerine getirilmekte olan kamu görevine mani olmaktır...Memura mukavemet suçu sırasında işlenen hakaret, dövme yaralama gibi başka suçlar bütün halinde mukavemet suçu olur...Başka bir ifadeyle tahkir, cebir, şiddet ve tehdit küll halinde mukavemet suçunun unsurlarını oluşturur..." (CGK, 21.9.1992, 4-205/228); "...Ayrıca sanık görevli memuru etkilemek, direnmenin ciddi olduğunu göstermek ve elverişliliği sağlamak için hakarete bulunmuştur. Şikayetçilere görevlerini yaptırma-kastı ile hareket etmiş, bu amaca ulaşmak için küfretmiştir. Bu nedenle sanığın eylemi küll halinde görevliye etkin direnme suçunu oluşturur..." (CGK, 21.9.1992, 4-205/228) (Aynı içerikte: CGK, 16.11.1999,4-221/279; 10, CD, 17.9.1996, 9248/9438).

ayrı bir suç olduğunu belirtmektedir. ⁽¹¹⁰⁾ Erman/Özek, bu konuda uygulama ve doktrindeki birliğin aksine memurun önce tahkir edilip ardından görevini yaparken mukavemet edilmesi durumunda ortada müterakki bir suç bulunduğundan sadece mukavemet suçundan ceza verilmesi gerektiğini savunmaktadır ⁽¹¹¹⁾ Belirtmek gerekir ki, bu durumda "**müterakki (geçitli)**" suçun söz konusu olamayacağını düşünüyoruz. Zira "**müterakki (geçitli)**" suçtan ⁽¹¹²⁾ bahsedebilmek için ortada birden fazla suç bulunmalı, bu suçların fail ve mağduru aynı olmalı, failin hareketleri hafiften ağıra doğru bir süreç izlemeli, birden fazla olan suçlar aynı hukuki yararı zedelemeli, failin kastı hafiften ağıra doğru giden neticelere yönelik olmalı ve nihayet failin hareketi ile neticeler arasında tek bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Örneğin adam öldürme suçunu (TCK md.448 vd.) işleyen fail müessir fiil suçundan (TCK md.456 vd.), ırza geçmek suçunu işlemek isteyen fail ırza tasaddi suçundan geçmek durumundadır. Görüldüğü üzere memuru tahkir ve memura mukavemet suçlarını oluşturan fiiller bir çok noktadan müterakki suçta bulunması gereken unsurlara yabancıdır. Bu nedenle Erman/Özek'in düşüncesine katılmak olanaksızdır.

İtalyan Yargıtay'ı failin mukavemet ettiği memuru tehdit ederken veya

(110) "Sanığın kendisini takip eden ve ruhsat isteyen görevli polis memurlarına 'benden ruhsat ve ehliyet isteyemezsiniz, siz kim oluyorsunuz' diyerek dükkanına girdiği, bu davranışı üzerine karakola davet edildiği, bu kez de 'siz kim oluyorsunuz, beni karakola götüremezsiniz', dediği, ekip arabasına bindirilmek istendiği anda ise görevlileri eliyle ittiği, ayrıca karakolda üzerini aramak isteyen görevlilere engel olduğu, bu aşamaya kadar devam eden tüm eylemlerinin memura etkin direnme suçunu oluşturduğu, sanığın polis memurları Yüksel ve Derviş tarafından rapor alınmak üzere sağlık ocağına götürüldüğünde, her iki şikayetçiye hitaben, 'sizin tahsiliniz ne cahil insanlarsınız. köyde çifti sabanı bırakıp gelip burada polis olmuşsunuz, aşağılık köylüsünüz, ben sizin maaşınız kadar devlete vergi ödüyorum' sözleri ile resmi sığa haiz, görevli memurlara huzurlarında ve görevlerinden dolayı hakaret ettiği ve ayrıca şikayetçi Derviş'e yönelik olarak 'sen kimsin, benimle yarışyorsun', sözleriyle hakaretlerini sürdürdüğü her iki şikayetçiye yönelik sözlerin tahkir edici nitelikte olduğu, sanığın görevlileri, aşağılamak amacıyla belirtilen sözleri sarf ettiği, bu hareketlerin etkin direnme eylemi sona erdikten sonra ayrı bir kasıtlı gerçekleştirildiği, bu nedenle bu suçun etkin direnme suçu içinde değerlendirilmesinin mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim öğreti ve yargısal kararlarda da direnme sona erdikten sonra ya da başlamadan gerçekleşen tahkir eylemlerinin ayrı bir suç olarak kabul edildiği, bu somut olayda da tahkir edici davranışlarının direnme sona erdikten sonra gerçekleştirildiği, mağdur adedince TCY' nin 266/1. maddesindeki suçun oluştuğu, ayrıca mağdur Derviş'e yönelik eylem nedeniyle TCY' nin 80. maddesinin uygulanması gerektiği yerel mahkemece de oluş ve nitelendirilmenin bu şekilde yapılarak sanığın TCY' nin 258/1. 266/1 ve 80. maddeleriyle cezalandırılmasına karar verildiği saptanmıştır. Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının değişik gerekçeyle kabulüne, Özel Daire kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme kararının onanmasına karar verildi" (CGK, 16.11.1999,4-221/279; Aynı içerikte: 4.CD, 15.9.1997, 6733/6994; 4.CD, 8.6.2000, 2682/4846).

(111) Bkz. Erman/Özek, s.33.

(112) Bkz. Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki. Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 1. 9. Basi, İstanbul 1985, s.393-396; Öztürk / Erdem/ Özbek, s.41-42.

cebri ve şiddeti ifade eden hareketleri yaparken, şeref ve haysiyet kırıcı sözler sarf etmesi halinde birden fazla netice bulunduğu için birden fazla suç oluşacağından gerçek içtima kurallarının uygulanıp iki ayrı ceza verileceğini içtihat etmiştir. (113) Keza Yargıtay CGK eski tarihli bir kararında çok isabetli bir şekilde **"...memura mukavemet suçunun unsurları cebir, şiddet veya tehdittir. Memura vazifesi sırasında hakaret edilmiş ise 266 ve 267.madde-deki suç, memura vazifesini yaptırmamak için cebir, şiddet veya tehdit kullanmak mukavemet suçunu oluşturur. Bu itibarla hakaret, mukavemet suçunun unsuru sayılmaz..."** (114) demiştir.

Yargıtay CGK, **"görevliye etkin direnme suçu, memur veya ona yardım edenlere, görevini yaptığı sırada cebir, şiddet veya tehdit ile karşı koyarak, kamu görevinin yapılmasına engel olunmasıdır. Failin amacı yerine getirilmekte olan bir kamu görevine mani olmaktır. Bu nedenle fiil memurun şahsına değil, doğrudan doğruya kamu idaresine yöneliktir. Sövme suçu ise kişi onurunu ihlal eden bir cürümdür. Görevliye etkin direnme suçu kamu idaresi aleyhine işlendiğinden ve failde ayrıca memurun onurunu zedeleme kastı bulunmadığı takdirde, memura mukavemet suçuyla birlikte, memura hakaret suçunun da oluştuğu ileri sürülemez....Memura mukavemet sırasında işlenen sövme hakaret, dövme, yaralama gibi başka suçlar bütün halinde sadece mukavemet suçu olur...Başka bir ifadeyle, tahkir-cebir-şiddet ve tehdit kül halinde mukavemet suçunun unsurlarını oluştururlar. Ayrıca tahkirden ceza verilmesi mümkün değildir..."** (115) biçimindeki görüşüyle "tahkir" fiilini memura "mukavemet suçunun unsuru" olarak değerlendirirken; Yargıtay Kanunu'nun 14. maddesi gereğince söz konusu her iki suçla ilgili temyiz incelemesi yapan 4. Ceza Dairesi çoğunluğu, CGK kararları ile kökleşmiş kararlarına paralel son bir bozma kararında **"...oluşa ve kabule göre başka bir suçtan aranan ve yakalanan sanığın kendisini karakola götürmek isteyen jandarma görevlilerine engel olmak amacıyla söverek, sarılıp tehdit ederek oluşan**

(113) İt.Ygt.20 Kasım 1987-Geus. Pen, 1989, II, 39, zkr. **Erman /Özek**, s.336 ve dn2.

(114) Yargıtay CGK, 12.05.1958,4-65/65.

(115) CGK, 21.9.1992, 4-205/228; Aynı içerikte: CGK, 16.11.1999,4-221/279; CGK zikredilen kararlarda, her ne kadar memura yönelik hakaret veya sövme fiilinin "tahkir kastıyla" söylenmesi halinde ayrıca bu suçun da olacağı izlenimini vermekte ise de, hemen ardından mukavemet sırasında söylenen tahkir niteliğindeki sözlerin cebir, şiddetle veya tehditle birlikte kül halinde mukavemet suçunun unsuru olacağını ve böyle bir durumda ayrı bir tahkir kastından söz edilemeyeceğini belirterek hem kendi içinde çelişkiye düşmüş, hem de **"tahkir"** fiilini memura **"mukavemet suçunun unsuru"** olduğuna hükmetmiştir.; Aynı çelişki için bkz. **Polatcan**, s.128.

direnme eyleminin bütünüyle TCY'nın 258/1-3. maddesine uyduğu gözetilmeden, ayrıca TCY'nın 266/1. maddesiyle cezalandırılması..." (116) şeklindeki ifadesiyle iki ayrı eylemden tahkir eylemini, memura şiddet veya tehdit ile mukavemet eyleminin içine sokarak kül halinde mukavemet suçunun unsuru (öğesi) olarak kabul etmiş ve bu şekilde sanığın fiillerinin sadece memura mukavemet suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir.

Bu kabul birçok noktadan hukuka aykırıdır. Zira bir suçun diğer bir suçun kanuni unsuru ya da ağırlaştırıcı sebebinin teşkil etmesi "**mürekkep (bileşik) suçu**" (TCK md.78) (117) ,(118) failin aynı suç işleme kararı çerçevesinde aynı suçu birden fazla işlemesi "**müteselsil suçu**", aynı hukuki menfaatin, hafiften ağıra doğru giden birden fazla suç tarafından ihlali "**müterakki (geçitli) suçu**", bir kanuni tarifte yer alan fiilin zorunlu olarak daha hafif bir suçu da içine alması (suçun içinde zorunlu olarak başka bir suçun erimesi) "**muhtelit (karma) suçu**" oluşturmakta; "**fikri içtimada**" (TCK md.79) (119) ise tek bir fiil ile kanunun birden fazla hükmü ihlal edilmekte ve ağır müeyyideyi içinde barındıran hüküm fail hakkında uygulanmaktadır (120) .

(116) 4.CD, 3.10.2001, 7930/11465(Yayınlanmamıştır); Yargıtay 4. Ceza Dairesinin çoğunluğu, mukavemet sırasında işlenen tahkir fiilinin mukavemet suçunun unsuru olduğunu kabul etmekle beraber üye K. Yalçın Bal bu düşünceye muhalif kalmaktadır: "Yüce CGK' nın 21.9.1992 tarih ve 205/228 ve Yüksek 4.CD' nin 13.10.1992 tarih ve 5784/7004 sayılı kararına yazılan karşıoydaki gerekçe doğrultusunda hüküm kurulması gerektiği görüşündeyim. Zira failin(sanığın), maddi ve/veya manevi zor(tehdit) kullanarak görevliye direndiği sırada sövmesi ve hakarete bulunmasıyla aynı bir davranış ve bu yüzden aynı bir hukuki sonuç bulunmakta; iki ayrı eylem ve iki ayrı suç da gerçek yarışma (içtima) kurallarına göre birleşmektedir...." (Bkz.7.11.2001, 12912/13784; Aynı içerikte: 12.11.2001, 13469/13999) (Yayınlanmamıştır).

(117) "(Değişik: 3038 - 11.6.1936) Bir kimse bir suçu işlemek veya vuku bulmuş bir suçu gizlemek için diğer bir suç işlediği veyahut o suç vesilesile kanunda suç teşkil eden diğer bir fiil daha irtikâb eylediği takdirde mezkur fiiller kanunen o suçu tertib eden anasırdan veya suçun esbabı müşeddidesinden sayılmazsa o kimse hakkına evvelki maddelerin müstemil olduğu hükümlere göre ceza tertib olunur."

(118) "Uygulama ve öğretide, bileşik (mürekkep) suç diye adlandırılan suç tipi iki şekilde arz edebilir. Birincisinde , biri diğerinin unsurunu oluşturan iki suç vardır. Bu durumda her iki suçun niteliği değişmekte ve yasa koyucu bu iki suçu ayrı bir suç olarak tavsif etmektedir. İkinci halde ise bir suç diğerinin ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu takdirde kendisinin ağırlaştırıcı neden bulunan suçun niteliği değişmemekte ve kanuni adı aynı kalmaktadır. Bileşik suçun birinci haline yağma, ikinci haline ise, bina içinde hırsızlık suçu örnek gösterilebilir.Bileşik suçun ikinci haline başka bir örnek de TCK'nın 266, 267 ve 268. maddelerinde yazılı suçların cebir, şiddet ve tehditle işlenmesi halidir. Çünkü 269. madde bu suçların ortak ağırlaştırıcı nedeni olup anılan maddelerde belirtilen suçların, cebir, şiddet veya tehditle işlenmesi durumunda, aşında birer basit suç olan bu suçlar, bünyesinde ağırlaştırıcı neden bulunan, bileşik suç haline dönüşecektir. " (CGK, 19.6.2001, 4-128/130).

(119) "İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlâl eden kimse o ahkâmdan en şedit cezayı tazammum eden maddeye göre cezalandırılır."

(120) Bkz.Dönmezer/Erman, s.354-403; İçel / Bayraktar, s.157; Öztürk/ Erdem/ Özbek, s.39-43.

TCK'nın 258. maddesinde suçun maddi unsuru olarak **"şiddet veya tehdit ile mukavemet fiili"** öngörülmüş, bu şekilde seçimlik (seçenekli) hareketli bir suç vazedilmiş ancak, gerek unsurları, gerekse ağırlaştırıcı sebepler arasında hakaret veya sövmeden bahsedilmemiştir. Fail **"şiddet veya tehdit"** niteliğinde olan herhangi bir fiili ika ettiği anda suç oluşacaktır. Failin bu fiilleri yaptığı sırada sövmesi veya hakarete bulunması ise ayrı bir netice meydana getirdiğinden iki ayrı suç oluşacaktır. Yasa koyucunun şiddet veya tehdidin yanında hakaret ve sövme (tahkir) fiillerini de suçun unsuru veya ağırlaştırıcı sebebi olarak öngörmek isteseydi tıpkı TCK'nın 175/2. (121) maddesinde olduğu gibi bu hususu açıkça düzenlerdi. O halde burada ne **"mürekkep (bileşik) suçtan, ne müteselsil suçtan, ne müterakki (geçitli) suçtan, ne muhtelit (karma) suçtan, ne de fikri içtimadan"** bahsetmek mümkün değildir. Bunun yanında bu iki norm arasında, **"genel (geniş)- özel (speciem) norm"** (specialite) ve **"temel –yardımcı norm"** (sussidiarita) ilişkisi de mevcut olmadığı gibi bir normun (md.258) diğerini "tüketmesi, yutması (consunzione)" da söz konusu değildir (122).

Özetle, burada fikri içtima söz konusu olmadığı gibi; mukavemet suçunun içinde hakaret suçunun zorunlu olarak erimesi söz konusu olmadığından muhtelit suçun, aynı hukuki menfaatin hafiften ağıra doğru giden birden fazla fiil (suç) tarafından ihlali söz konusu olmadığından müterakki suçun olduğundan bahsedemeyiz. Bu nedenle ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan **"her neticenin ayrı bir suç oluşturacağı"** kuralını göz önüne alarak **"hareket sayısınca neticenin/suçun meydana geldiğini"** kabul etmeliyiz. Belirtelim ki fail memura şiddet veya tehditle mukavemet ederken, onu tahkir ederek hem görevini yapmasını engellemekte, hem kamu idaresinin itibarını zedelemekte, hem de memurun şeref ve haysiyetine saldırarak küçük düşürmektedir. Bu argümanın yukarıda **"Müessir Fiil veya Adam Öldürme Suç-**

(121) "(Değişik:3369 - 20.5.1987) Dinlerden birine ait dini işleri veya ibadet ve ayinin yapılmasını meva ihlal eden kimseye altı aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin liradan yirmibeş bin liraya kadar ağır para cezası verilir.

Fiilin işlenmesi sırasında cebir, şiddet, tehdit veya HAKARET vaki olmuş ise, faile bir yıldan iki yıla kadar hapis ve on bin liradan elli bin liraya kadar ağır para cezası verilir."

(122) Bkz.Selçuk, s.163-166; "Görevliye hakaret fiili, TCY' nın 266. maddesine uyan ayrı bir suç olup bu fiilin TCK' nın 258. maddesindeki direnme suçunun unsuru bulunmadığı" (4.CD; 21.4.1993 tarih ve 2692/3305 sayılı karardaki Muharrem Dinç'in muhalefet şerhi); "... failin (sanığın), maddi ve/veya manevi zor(tehdit) kullanarak görevliye direndiği sırada sövmesi ve hakarete bulunmasıyla aynı bir davranış ve bu yüzden de aynı hukuki sonuç doğmakta; iki ayrı eylem ve iki ayrı suç da gerçek yarışma (içtima) kurallarına göre birleşmektedir..." (Bkz.4.CD, 8.6.2000, 1677/5018 tarih ve sayılı karardaki muhalefet şerhi); Aynı içerikteki üye

larının İltiması Sorunu" kısmında değindiğimiz memura yönelik olarak ika edilen müessir fiil ve hakaret fiillerinin iki ayrı sonuç ve bu nedenle de iki ayrı suç oluşturacağı yönündeki düşüncemize de dayanak oluşturacağını düşünürüz.

Bunun yanında Yargıtay'ın da kabul ettiği ikinci görüş sahiplerinin **"tahkiri ifade eden sözlerin her somut olayda mukavemet teşkil eden hareketlerle bir bütünlük taşıyıp taşımadığına bakılmalı, eğer tahkir mukavemetin etkisini kuvvetlendirmek amacına yönelik ise tahkiri mukavemetin unsuru kabul ederek ayrıca tahkirden ceza tayini yoluna gidilmemelidir..."** şeklinde ifade ettikleri **"hakaretin (tahkirin)"**, **"mukavemeti"** daha etkili kılması, onu güçlendirmesi koşulu ise **"eşyanın tabiatına"** aykırıdır. Zira insan psikolojisi gereği tahkire maruz kaian kişi korku değil olsa olsa kızgınlık duyar. Kızgınlık sonucu görevin gereklerini yapmamak ise hukuken korunmaya değil cezalandırmaya müstahak bir davranıştır. Oysa mukavemet ancak aktif (faal, etken, etkili, hareketli) nitelikte bir eylemle gerçekleşir. Aksi takdirde yani failin eyleminin aktif (faal, etken, etkili, hareketli) nitelikte bir eylem olmaması halinde zaten bu suç değil, TCK' nın 260. maddesinde düzenlenen **"memura pasif mukavemet suçu"** oluşur. Burada dahi söz konusu olan hareket, şiddet veya tehdit boyutuna varmayan **"nüfuz ve müessir kuvvet sarf etmek"** olup, **"memura aktif mukavemet suçu"**nda olduğu gibi unsur veya ağırlatıcı neden olarak "hakaret (tahkir)"den söz edilmemektedir.

- devam edecek -

ÜLKEMİZDE UYUŞTURUCU MADDELER SORUNU

Dr. İlhan AKBULUT ()*

Anlatım Düzeni: *Giriş, I- Uyuşturucu Madde Kavramı, 1- Genel Anlamda uyuşturucu Madde Kavramı, 2- Mevzuatımızda Uyuşturucu Madde Kavramı, II- Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı ve Türkiye, 1- Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı Sorunu, 2- Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı ve Türkiye'nin Coğrafi Konumu, III- Uyuşturucu Maddelerden Korunma, Sonuç.*

Giriş

Sadece ülkemiz değil, dünyamız uzun süreden beri büyük bir felaket ile karşı karşıyadır. Bu, uyuşturucu madde tehlikesidir. Uyuşturucu madde tutkunluğu, bulaşıcı bir hastalık gibi tüm dünyayı sarmaktadır. Bu korkunç illete yakalananlar, bir günlük dozu bedavaya getirebilmek için birçok gençleri uyuşturucu maddeye alıştırmaktadırlar. Yeni alışanlar, diğer gençleri, en sevdikleri uyuşturucuya alıştırmakta, böylece bu felaket zinciri genişleyerek tüm dünyayı sarmaktadır.

Uyuşturucu madde sorunuyla karşılaşmayan hemen hemen hiç bir ülke yoktur. Kendilerini bu tehlikeden uzak sayan bir çok ülke, kısa bir süre sonra illetin ülkelerini sardığını, gençlerinin bu korkunç afetin pençesinde kıvrandığını hayret ve dehşetle görmüşlerdir.

Bugün uyuşturucu maddelere bağımlılık dünyada tüm ülkelerin üzerinde önemle durması gereken sorunların başında gelmektedir. Günümüzde hemen hemen her toplumda çok sayıda insan gerçeklerden kaçmak, sıkıntılardan kurtulmak için uyuşturucu maddeleri kullanmakta ve bu maddelerin zararlı etkilerine sığınarak, ne pahasına olursa olsun bunları almak istemektedirler. Uyuşturucu maddelerin kullanılması çok eskiden beri süregelen, insanların umutsuz, üzgün, pişman, zaaf, elem, acı yada neşe gibi ruh hallerinde bu maddeleri kullandıkları görülmüştür. Son senelere kadar, bunların he-

(*) Hakim Albay (E) Yeditepe Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

men hepsi çeşitli bitkilerden elde edilmişken, zamanla bunları sentetik maddelerde eklenmiştir.

Yaşadığımız dünyada yaşanmış ve yaşanacak olan sorunlara yeni çözümler aramada toplumların ortaklaşa hareket etmeleri bir zorunluluk halini almıştır. Bütün uğraşılara rağmen birçok sorun henüz çözüme kavuşturulamamış bulunmaktadır. Çözümü güç olan sorunlar karşısında bazı kişiler gerçekleri kabul edemeyip çözümü uyuşturucu kullanmakta aramaktadırlar.

Bilhassa son yıllarda sentetik olarak yapılan uyuşturucu maddelerin sayılarının çoğalması, etkilerinin ise doğal olanlara nisbeten çok daha tehlikeli olması sebebiyle küçük miktarlarda, çok etkili olan bu maddelerin kaçakçılığının çok kolay olacağı ve mücadelenin de bu nisbette zorlaşacağı gözardi edilmemelidir.

Uyuşturucu madde kaçakçılığının ulaştığı uluslararası boyut ve diğer organize suçlara iç içe girmesi sebebiyle de, sadece bir ülkenin alacağı polisiye tedbirlerle baş edilemeyecek derecede büyük bir küresel suç kimliğine bürünmüştür. Polisiye tedbirlerin sosyal, kültürel, ekonomik ve siyasal tedbirlerle desteklenmesi başarıyı etkileyecektir.

Terör örgütlerinin, terörist faaliyetlerinin finansmanı için uyuşturucu madde kaçakçılığı yapmaya başladıkları ve terörist eylemleri ile uyuşturucu madde kaçakçılığı faaliyetlerini bütünleştirdikleri, böylece konunun bütün insanlığı tehdit eden bir boyut kazandığının değerlendirilmesi doğru bir teşhis olacaktır.

Uyuşturucu madde kaçakçılığı ile ilgili bir mücadelenin temini için, öncelikle mevcut durumun profilinin çizilmesi ve buna bağlı olarak bir mücadele politikası ve planı hazırlanması gereklidir.

I- UYUŞTURUCU MADDE KAVRAMI

1- Genel Anlamda Uyuşturucu Madde Kavramı: İngilizce karşılığı ile "Narcotics" kelimesi ile ifade edilen ve Yunanca "Narke" (Uyku) kelimesinden türemiş olan uyuşturucu madde, uyuşturucu etkisi bulunan ve kişide alışkanlık yaratan maddeleri içermektedir ⁽¹⁾. Genellikle tıp dalında kullanılan bir kavram olmakla birlikte hukuki bir kavram niteliği de taşımaktadır. Yasa ve yönetmeliklerde uyuşturucu maddenin bir tanımı yapılmamış, sadece nelerin

(1) DÖNMEZLER, Sulhi Kriminoloji, 6. Bası, İstanbul 1981, s.383.; Uyuşturucu madde kullanma Adli Tıp Yönünden nasıl tespit edilir? Bk. EREM, Faruk, Adalet Psikolojisi, 8. Bası, Ankara 1988, s.192

uyuşturucu madde olduğu sayılmakla yetinilmiştir. Dünya Sağlık Teşkilatına göre uyuşturucu maddeler; önüne geçilemez gereksinme yahut arzu, kullanıldığı miktarı artırma eğilimi, ruhsal, fiziksel bağıllık hali yaratan maddeler olup, yaşayan organizmaya girdiğinde onun bir veya daha fazla fonksiyonlarında değişiklik yapmakta, beden ve ruh hareketsizliğine neden olan sinir merkezlerinde durgunluk meydana getirmektedirler.

Uyuşturucu madde kavramının, maddenin etkisiyle ters olarak kullanıldığı da söylenebilir. Uyuşturmaktan ziyade; "Keyif veren", "tahrik eden" "uyanıklık veren" etkileri olan maddeler de uyuşturucu madde kavramı içinde incelenmektedir.

Tıp alanında uyuşturucu madde; fizyolojik ve ruhsal rahatsızlıkların tedavisinde kullanılan madde olarak tanımlanabilir. Ancak tedavi amacıyla kullanılan bu tür maddelerin tedaviyi gerektirecek dozda kullanılması zorunlu olup, aksi halde tıbbi fayda yerine kişi ve toplum bakımından zararlı sonuçları ortaya çıkmaktadır. Kişi uyuşturucu maddeyi tedavi zorunluluk dışında keyif verici veya tahrik edici olarak kullandığı takdirde, konu tıbbi anlamını aşarak artık hukuksal bir nitelik kazanmakta toplumu ilgilendiren bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Madde bağımlılığı merkezi sinir sistemini etkileyen ve davranış değişikliği yapan maddelerin tedavi amacı dışında kullanılması sonucu ortaya çıkan bedensel, ruhsal, toplumsal sorunların yarattığı durumdur (2).

Bilimsel açıdan bakılacak olursa, uyuşturucu madde besin kapsamı dışında kalan ve kimyasal yapısı ve fonksiyonları nedeniyle yaşayan canlı organizmaya zararlı etki eden bir madde olarak nitelendirilebilir. Her ne kadar tıp uyuşturucu maddeyi fizyolojik veya ruhsal bir rahatsızlığın tedavisinde kullanılan her hangi bir madde olarak görüyorsa da, tedavide belirlenen dozun dışında gelişi güzel zararlı bir biçimde kullanılıyor ve keyif verici olarak yararlanıyorsa o zaman hukuksal alanda uyuşturucu madde sorunundan bahsetmek gerekecektir.

Alkol, uyuşturucu ve uyarıcı maddelere bağımlılığın nedenleri değişik zamanlarda farklı görüşlerin etkisi altında yorumlanmıştır. Günümüzde, bağımlılık bir davranış biçimi olarak kabul edilmiştir. Bilindiği gibi davranış, belirli çevre koşulları altında canlının uyanıklara verdiği cevaptır. Bu tanımlamanın ışığı altında, madde bağımlılığının nedenleri bireyin kişilik yapısında, içinde yaşadığı çevre koşullarında, içten ve dıştan gelen uyanıkların niceliğinde ve

(2) KÖKNEL, Özcan, Genel ve Klinik Psikiyatri, İstanbul 1989, s. 192.

niteliğinde aramak gereklidir. Başka bir deyişle bağımlılığın birçok nedeni vardır (3).

Uyuşturucu madde deyiminin karakteristik özellikleri, tedavi edici anlamda, uyuşturucu maddenin kullanıma nedenine, dozuna, her kullanımdaki zaman aralığına ve tıbbi faydalarına göre belirlenirken, hukuksal anlamda ise, genellikle uyuşturucu maddenin toksit özellikleri, kişinin kullanılan maddeye olan tutkusu, muhtemel soya çekim etkileri, psikoz halleri, yüksek dozda kullanmanın doğurduğu sonuçlara göre değerlendirilmektedir.

Kriminolojik anlamda uyuşturucu maddelere olan ilgi, kişi üzerinde meydana getirdiği zararların yanında kullanma ve tutkunluğun sosyal sonuçlarından kaynaklanmaktadır.

Ceza Hukukumuzda, uyuşturucu madde kullanma ve temininin suç haline getirilmesinin sebebi ise, kişiye zararlı olmasının yanında, toplumun geleceğine ortak değerlerine, ahlaka ve genel sağlığa büyük zararlar vereceği endişesidir.

Uyuşturucu maddelerin doğal veya sentetik olması uyuşturucu madde kapsamına alınmasında etkili olmayıp, gerek ulusal gerekse uluslararası arenada nelerin uyuşturucu madde sayıldığı listeler halinde yayınlanmak suretiyle açıklanmakta, yeni bulunan tabii ve sentetik uyuşturucular bu listelere eklenerek ulusal ve uluslararası alanda birlik sağlanmaktadır.

Bir maddenin uyuşturucu madde sayılabilmesi için;

- a. Zehirleyici etkisi olması,
 - b. Müsekkin ve uyuşturucu etkisi olması,
 - c. Keyif verici niteliği olması,
 - d. Gittikçe artan miktarda kullanılmaya ihtiyaç duyulması,
 - e. Kullanılması halinde alışkanlık ve iptila doğurması yanında, kesilmesi sonucu kriz vermesi,
 - f. Milletlerarası sözleşmelerde belirtilmesi,
- Gerekir (4).

Uyuşturucu madde bağımlılığının ise, üç özelliği olduğunu görmekteyiz.

- a. Uyuşturucu maddenin sağlanması ve kullanılması için önüne geçilmez ve Dayanılmaz bir istek,
- b. Uyuşturucu maddeyi kullandıkça devamlı olarak kullanımı artırma eğilimi,

(3) KÖKNEL, Özcan, age. s. 192

(4) YÜCEL, Mustafa, Tübitak İlaç Alışkanlıkları Sempozyumu, 11-12 Mayıs 1973 Ankara s. 85

c. Uyuşturucu maddeye karşı fiziki ve ruhi tutkunluk.

Uyuşturucu maddelerin en önemli özelliği olan bağımlılığı bugün bazı uyarıcı maddelerin (amfetamine) ve teskin edici maddelerin (barbiturat) yarattığı da tesbit edilebilmektedir (5). Aslında son zamanlarda uyuşturucu madde alanının hayli genişlemesi, ne gibi maddelerin uyuşturucu madde sayılacağı sorusunu akla getirebilir. Bu konuda Türk Ceza Kanunumuz değişikliğe uğramadan önce 403. maddesinde uyuşturucu maddeleri teker teker saymakta idi. Ancak bilahare yapılan son değişikliklerle uluşturucu maddelerin sayma yönteminden vazgeçilmiş bu maddeleri göstermek için sadece "Uyuşturucu maddeler" denilmekle yetinilmiştir (6).

Bazı yazarlar, "Uyuşturucu Maddeleri", keyif vericiler, hayal uyandıranlar, sarhoşluk verenler, uyku verenler, uyarıcılar şeklinde bir tasnife tabi tutarlar (7). Bazı yazarlar da tabii uyuşturucular ve sentetik uyuşturucular şeklinde bir tasnif yapmaktadırlar (8). Afyon, morfin, eroin, esrar ve kokain başlıca tabii uyuşturucuları oluştururken, depresantlar, trankilizanlar, stimulantlar ve halusinojenler de çeşitli kimyevi terkipleri ile psikotropikleri oluşturmaktadırlar.

Uyuşturucu madde alışkanlığı birçok ülkelerde korkunç bir felaket halindedir (9). Dünyada en çok kullanılan uyuşturucu maddeler, esrar, afyon, morfin, eroin, kokain ve psikotrop maddelerdir (10). Uyuşturucu madde müptelası olanlar düzenli çalışma gücünden yoksun oldukları için, her türlü yasa dışı yollara başvurabilirler. Uyuşturuculara bağımlı hale gelmiş olan kişiler bu maddeleri bulabilmek için veya bu hususta parayı bulabilmek için muhtelif suçlar işlemektedirler (11).

(5) BAYRAKTAR, Köksal, Uyuşturucu Maddeler ve Suç Siyaseti, İHFM.C.II, s:1-4, İstanbul 1985, s.47

(6) Bu konuda geniş bilgi için Bk. Nevzat GÜRELLİ, Hukuk Açısından İlaç Alışkanlıkları, İHFM. C.XLI, Sayı: 1-2, İSTANBUL 1975, s.3 vd.; DÖNMEZER, Sulhi, Uyuşturucu Maddeler, İHFM. C.XXXXVI, Sayı: 1-4, İstanbul 1971, s. 2. BAYRAKTAR, Köksal, agm. s. 47.; EREM, F. - TOROSLU, N., Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 3. Bast, Ankara 1978, s.306.

(7) KÖKNEL, Özcan, İnsanlık Tarihi Boyunca uyuşturucu Madde Sorunları, İstanbul 1976, s. 208

(8) GÜNAL, Yılmaz, Uyuşturucu Madde Suçları, Ankara 1976, s.8; DÖNMEZER, Sulhi, Uyuşturucu ve Tutku Yapan Maddeler Konusunda Avrupa Mukayeseli Mevzuatında Yeni Gelişmeler, Kubalı'ya Armağın, İstanbul 1974, s.189 vd. Yabancı Ülke mevzuatlarında uyuşturucu maddelere karşı mücadele için Bk. DÖNMEZER, Sulhi, Zaruretler ve Mahzurlar, Sonhavadis Gazetesi, 17.9.1986, Sayı: 9144.

(9) "Drugs Terror", U.S.News and World Report, 4.5.1987.s.32 vd.; "The Poppy For Good and Evil", National Geographic, Vol. 167, No: 2, February 1985, s.143-189.; IŞIK, Hüseyin, Evrensel Boyutlarıyla Uyuşturucu Madde ve Kaçakçılık Sorunu, Bunların Ulusal Ekonomi ve Ulusal Güvenliğe Etkileri, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Güncel Konular Serisi, No:3, Ankara 1982, s.39-55

(10) IŞIK, Hüseyin, agm. s.41.: ERKAL, Mustafa, Sosyal Meselelerimiz ve Sosyal Değişme, Ankara 1984, s.170 vd.

(11) DÖNMEZER, Sulhi, Kriminoloji, 6. Bast, İstanbul 1981, s.398

Günümüzde yıkıcı ve bölücü örgütlerin organize olmaları ve ihtiyaç duydukları silahları temin edebilmeleri, büyük ve devamlı bir mali kaynağı gerektirmektedir. Bugün yeryüzünde uyuşturucu madde ticareti kadar büyük mali kaynak temin eden başka kaçakçılık konusu düşünülemez (12). Bu konuda DÖNMEZER, aynen şöyle demektedir: "Uyuşturucu maddeler Türkiye sahnesi bakımından dikkati çekici olay, söz konusu maddelerin ve özellikle eroinin Türkiye'de yıkıcı, diktatoryacı, ihtilalci komünist sol tarafından yürütülen savaşta bir silah olarak kullanıldığına ilişkin bazı işaretlerdir. Hiç değilse kânun dışı yer altı örgütlerinde Dev-sol'un bir kısım yöneticileri silah temini maksadıyla Avrupa'ya eroin kaçırdıklarını ve bundan elde ettikleri bedel ile silah satın aldıklarını itiraf etmişlerdir. ...1972 yılından itibaren Almanya'ya Doğu Berlin merkez olarak eroin ihraç edilmiş olması, bu bakımdan dikkati çekicidir. Ayrıca dikkati çekici husus, Türkiye'de komünist tedhişin yoğunlaştığı 1977'den bu yana geçen yıllarda, bu olayın meydana gelmesi ve Türkiye'nin bu eroin yolu olarak kullanılmaya başlanmasıdır. Türkiye'de tedhiş ile bazı Türk vatandaşlarının Avrupa'ya Eroin götürmeleri olayının yaygınlaşmalarındaki zaman birliği çok dikkati çekicidir. Türkiye'ye girmiş bulunduğunu hepimizin dehşetle müşahade ettiğimiz bu kadar çok silahın hiç olmazsa bir kısmının bedelinin uyuşturucu madde kaçakçılığı yoluyla sağlandığı anlaşılmaktadır (13).

Ülkemizde uyuşturucu madde kaçakçılığı merkezini; Van, Diyarbakır, Gaziantep, Konya, İstanbul illeri teşkil etmiştir. Yurt dışından adeta serbest ve kontrolsüz bir şekilde, ülkemize uyuşturucu madde sevk edilmiş veya ülkemiz bir köprü gibi kullanılmıştır (14).

Görülmektedir ki, uyuşturucu madde kaçakçılığının yegane gayesi büyük kar elde etmek ve bunun neticesinde de silahlanmaktır. Bir kısım yerlerde, çeşitli grup ve kişilerce sevk ve idare edilen silah ve uyuşturucu kaçakçılığı yardımı ile ülkemizden elde edilen gelirin bir kısmı, ülkedeki örgütlerin ihtiyacına harcanarak kendi paramızla ülkeyi içten çökertme amaçlanmıştır. Ezcümle, Güneydoğu ve Doğu Anadolu yolu ile dış ülkelere sevk edilen uyuşturuculardan yurt dışında bilhassa bu iş için bazı ülkelere oluşturulan şirket-

(12) IŞIK, Hüseyin, agm. s.49.

(13) DÖNMEZER, Sulhi, Tutku Yaratıcı Maddeler Konusunda Sosyo - Politik Yaklaşım, İHFM. Atatürk'e Armağan, C.XL VII, Sayı: 1-4, İstanbul 1982, s. 1019.

(14) Terör ve Terörle Mücadele Durum Değerlendirmesi, Ankara Nisan 1983, s.62.

ler önemli ölçüde kar sağlamakta ve bu elde edilen kazançlarla mutemelen tehdit merkezine transfer etmektedirler (15).

2. Mevzuatımızda Uyuşturucu Madde Kavramı: Mevzuatımızda uyuşturucu maddenin tanımı yapılmayıp, sayma metodu benimsenerek, genişletici bir değerlendirme imkanı getirilmiştir. Uyuşturucu maddelerin sürekli yenilerinin bulunması sebebiyle 2313 ve 3298 sayılı Yasalarda yeni bulunan uyuşturucu maddelerin yasa kapsamına alınması için Bakanlar Kuruluna yetki verilmiştir. 812 sayılı Yasayla onaylanan "Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi"nde de yeni bulunan uyuşturucu maddelerin listeye ilave edilebileceği belirtilmiş olup, bu sözleşme onaylanmakla iç hukuk hükmünü kazanmıştır.

Uyuşturucu madde kavramından ne anlaşılacak gerektiği hususunda mevzuatımızda bir açıklık yoktur. Türk Ceza Kanununda uyuşturucu madde tabiri kullanılmaktaysa da bir tanım verilmemektedir. Ancak bazı uyuşturucu madde türleri sayılmaktadır. Dünya Sağlık Teşkilatı Uyuşturucu Maddeler Ekspertiz Komitesi alışkanlığı şu şekilde tanımlanmıştır: "Önüme geçilmez gereksinme yahut arzu, kullanıldığı miktarı artırma eğilimi, ruhsal fiziksel bağımlılık hali yaratan maddeler uyuşturucu maddedir" (16).

Uyuşturucu maddelerle ilgili suçlar bütün dünya hukuk sistemlerinde bulunmakla birlikte Türk Hukuk sistemi bu suçları genelde daha ağır cezalarla müeyyidelendirmiş olup, Ceza Kanunumuzda uyuşturucu madde temin ve kullanma suçları 403 ve 404. maddelerde düzenlenmiştir. Eroin, Kokain, Bazmorfin ve morfin cinsinden olan uyuşturucular için tertip edilen cezalar ise, temin suçları yönünden ağırlaştırılmıştır.

Uygulamada, suç eşyası olarak değerlendirilen bir maddenin Ceza Kanununun kastettiği anlamda uyuşturucu madde olup olmadığı konusunda yargı organları Adli Tıp Kurumu'nun görüşünü alarak karar vermektedirler. Adli Tıp Kurumu raporlarında uluslararası sözleşmeler de dikkate alınmak su-

(15) Türkiye'de Anarşi ve Terörün Sebepleri ve Hedefleri , Ankara 1985, s.46; "Drugs Terror", U.S. News and Word Report, 4.5.1987, s.30 vd.; Ayrıca Bk. "Terörü Uyuşturucu Besliyor", Bulvar Gazetesi, 4.5.1987.; PKK'nın Uyuşturucu Hattı Dizi Yazı, 23.11.1992 tarihli Hürriyet Gazetesi.

(16) GÜNAL, Yılmaz, age. s.8.; Uyuşturucu Maddelerin terkihi, tarihçe ve kullanılmış şekilleri, fizyolojik etkileri hakkında Bk. Sâbri SÖZER, Uyuşturucu Maddeler ve Problemleri, Ankara 1956.; Sulhi DÖNMEZER, Uyuşturucu ve Tutku Yarattıcı Meddeler, Alkol ve Suç, Kriminoloji, 6. Bası, İstanbul 1981, s.383 - 404.; Sulhi DÖNMEZER Uyuşturucu Maddelerin Hukuk ve Kriminoloji ile ilgili bazı yönleri, İHFM., C.XXXVI, İstanbul 1971, sayı:1-4, s. 1-14.; Şükrü KAYMAKÇALAN, Uyuşturucu Madde Sorunu ve Bir Aşama, Milliyet, 20.4.1981.; Ahmet Arif KIZILYALIN, Uyuşturucu Zehirler ve Cinsel Çılgınlıklar, İstanbul 1983.; Necmettin EMRE, Uyuşturucu Madde Suistimali ve Kaçakçılığının Önlenmesinde Polis Teşkilatının Sorumluluğu, Ankara 1986.

retiyile, söz konusu maddenin uyuşturucu madde olup olmadığı ve kanunun hangi maddesi kapsamına girdiği ve net miktarı ile ilgili olarak tereddüde yer vermeyecek şekilde mütalaâ serdetmektedir.

Mevzuatımızda ham afyon, hazırlanmış afyon, tabii afyon ve bunların müstahzarları TCK'nun tatbikatında uyuşturucu madde olarak kabul edilmiştir.

Afyon şu şekilde elde edilmektedir: Haşhaş bitkisinin ucundaki kelleler bıçaklarla çizilir. Bu kesik yerlerden çıkan süt hava ile temas edince koyulaşır ve sertleşir. Belirli bir süre sonra toplanan bu maddeye ham afyon denir. Ham afyonu eriterek veya kaynatarak elde edilen maddeye "müstahzar afyon" denir. Topta kullanılacak şekle gelmesi için gerekli işlem yapılmış, toz veya granüle halinde veya kodeksin gösterdiği lüzuma göre etkisiz maddelerle karışmış olan şekline "tıbbi afyon" denir. Afyonun içindeki etkili madde olan morfin ameliyatlarda ağrı dindirici olarak kullanılır. Afyon genellikle hap halinde yutulur. Çaya veya şaraba karıştırılarak duman halinde alınmaktadır. Fakirler, zenginlerin çubuklarında veya pipolarında kullandıkları afyonun külünü kullanarak ihtiyaçlarını giderirler. İran'da bu küllere "şirek" denilmektedir (17).

Halen yürürlükte bulunan Ceza Kanunumuzda uyuşturucu maddelerin ne olduğunu, nelerden ibaret bulunduğunu gösteren bir liste veya tarif yoktur. Gerçi 3491 sayılı Toprak Mahsülleri Ofisi Kanunu'nun 7368 sayılı Kanunla değişik 6. maddesinde maddelerin nelerden ibaret bulunduğuna ilişkin bir tarif verilmiş ve maddeler teker teker gösterilmekle beraber ayrıca Sağlık Bakanlığınca tayin olunacak müstahzarlar yönünden tahditler konulduğu gibi Bakanlar Kurulunca diğer tabii ve sentetik maddelerin de kanunun tesis ettiği Tekel konusu altına alınabileceği belirtilmiştir.

Toprak Mahsülleri Ofisi Kanunu'nun 1. maddesinde şöyle bir tanım verilmektedir: "Kullanılmasında mazarrad hasıl olduğu ve toksikonami yaptığı fenni suretle tesbit edilen tıbbi ve sentetik maddeler". Böylece hem bitkilerden elde edilen uyuşturucular hem de kimyevi maddelerden elde edilen uyuşturucular bu kapsam içerisine girmekte ve buna dayanan Türk Hukuk uygulaması, Esrar, Bazmorfin ve Afyon gibi maddeleri uyuşturucu madde saydığı gibi sentetik bir takım maddeler de pekala uyuşturucu olarak sayılabilmektedir. Türk Ceza Kanunu uygulamasında uyuşturucu maddeler sayılmamıştır. Ancak bu konuda uyuşturucu maddeleri geniş kapsamlı olarak sayan millet-

(17) IŞIK, Hüseyin, Evrensel Boyutlarıyla Uyuşturucu Madde Kaçakçılık Sorunu, Bunların Ulusal Ekonomi ve Ulusal Güvenliğe Etkileri, Genel Kurmay Askeri Tarih ve Strateji Etüt Başkanlığı Yayınları, Güncel Konular, Ankara 1982, s.45

lerarası anlaşmalar Türk Hukuk mevzuatında kaynak olarak kabul edilmiştir. Bunun en önemli kaynağı Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen TEK Sözleşmesidir. TEK Sözleşmesinde uyuşturucu etki yapabilen bütün tıbbi ve kimyevi maddeler ya da sentetik maddeler uyuşturucu madde olarak sayılmış ve Türk Hukuk uygulamasında da bunlar uyuşturucu madde olarak kabul edilmiştir.

Hemen açıklayalım ki, 3491 sayılı Kanunun ihtiva ettiği tanım ancak Tekel yönündendir. TCK'nun uyuşturucu maddelere ilişkin suçları ihdas eden 403-410. maddelerin uygulanmasında, hakim bu tanımla bağlı değildir. Ceza Kanununun ilk şeklinde uyuşturucu maddeler birer birer sayılmak suretiyle gösterilmişti. Sonra Kanun 2275 sayılı bir Kanunla değiştirildi ve 403. maddede bir tanım muhafaza edilmekle beraber "... bu maddeler mahiyetinde olduğu Bakanlar Kurulunca tayin ve ilan olunacak maddeler ve müstahzarlar'ın da uyuşturucu madde telakki edileceği belirtildi. Sonra Kanun 4055, 6123 ve 3756 sayılı Kanunlarla değiştirildi. Kanundan da her türlü tanım çıkarılarak bir maddenin uyuşturucu madde niteliğinde olup olmadığı hususunun tesbiti münhasıran hakim takdirine bırakıldı. Bu elbette, hakim keyfi bir takdir kullanacağı manasına gelmemelidir. Hakim bu konuda mütahassıslardan, kimyagerlerden ve hekimlerden faydalanacak, onların aydınlatıcı bilgilerine müracaat edecek, fakat gene esas takdir kendisinde kalacaktır. Bununla beraber Türkiye'nin katılmış bulunduğu 1961 Milletlerarası Tek Sözleşmesinde mevcut olan tanım bu konuda esas direktifi teşkil ettiği neticesine varılabilir. Uygulamada artık bu konuda Adli Tıp Kurumu'nun görüşüne uyulmakta ve alınan raporlara göre karar verilmektedir.

II- UYUŞTURUCU MADDE KAÇAKÇILIĞI VE TÜRKİYE

1. Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı Sorunu.

Binlerce yıldan beri ülkemizde kenevir ve haşhaş üretilmesine rağmen, halkımızın sağduyusu bu maddelerin keyif verici olarak yaygın biçimde kullanılmasına izin vermiştir. Afyon ve esrar Türk halkı arasında hiçbir zaman ABD'de ve Avrupa ülkelerinde olduğu gibi yaygın biçimde kullanılmamıştır.

Bununla beraber son yıllarda uyuşturucu maddelerin özellikle gençlerimiz arasında yayılmaya başladığı görülmektedir.

Ülkeler arasındaki ikili veya çok taraflı anlaşmaların öngördüğü koşulla-

ra uymayarak gayri meşru büyük kazançlar peşinde olan kaçakçılar dünyanın her tarafında büyük çeteler halinde faaliyettedirler.

Kaçakçılık; sosyal, siyasal, coğrafi ve ekonomik yapılandan kaynaklanan, arz ve talep kuralına bağımlı, her devirde sınırlardan mutlaka giriş ve çıkış imkanı bulan, bireysel ve örgütsel maddi bir olgudur (18).

Kaçakçılığın esas amacı kardır. Kaçakçılığın yasalarımızda açık ve seçik olarak tanımı yapılmamış ise de 1918 Sayılı Kaçakçılık Kanunu'nun 1. maddesinde altı bent halinde sayılan ve aşağıda gösterilen fiiller kaçakçılık olarak kabul edilip bu durumlarda aynı yasada öngörülen cezai müeyyideler uygulanmaktadır.

Kaçakçılık olarak kabul edilen eylemler şunlardır:

a. Herhangi bir maddeyi ve eşyayı gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın Türkiye'ye ithal veya ithale teşebbüs etmek.

b. Yurdumuza ithali veya ihracı yasaklanan herhangi bir madde veya eşyayı ithal veya ihraç veya bunlara teşebbüs etmek, Devletçe ihraç şartı ile müşterisine satılan eşya ve maddeleri yurdumuzda satmak veya mücbir bir sebep olmaksızın muayyen bir süre içinde ihraç etmemek.

c. Yukarıda iki fıkrada yazılı kaçak eşyayı memleket dahilinde bir yerden bir yere bilerek nakletmek, satın almak, satmak, saklamak veya satılığa arz etmek, yahut alınıp satılmasına aracılık etmek.

d. Devlet tekelinde bulunan maddelerin yetkili veya müsadeli olmaksızın, Türkiye'ye ithal, memleket içinde bir yerden diğer bir yere sevk ve nakletmek, saklamak, satılığa çıkarmak veya satmak, bilerek kabul etmek, satın almak, kullanmak veya sarfetmek ile Türkiye dahilinde imal etmek veya imal için dışarıdan araç veya gereç ithal etmek veya bunları dahilinde yapmak veya nakletmek veya kullanmak ve muhafaza etmek yahut failin ne maksatla kullandığını bilerek sağlamak.

e. Hususi kanunlarına göre muayyen işler için devletin alacağı resimden hariç olarak veya az resimle ithal olunan veya hükümetçe verilen resme ve tekele tabi maddeleri tahsis edildikleri yerden başka yerlerde kullanmak veya satmak, bilerek satın almak ile kanuni hakkı olmaksızın fazla şekilde almak veya bu hususta beyanname doldurmak yahut teşvik ettirmek ve hususi kanunlara veya müsadelere istisnaen herhangi bir iş için geçici kabul suretiyle ithal olunan veya geçici ihraç yoluyla ihraç edilen eşya ve maddelerin ihraç halinde kanun ve müsaadelerindeki şartlara uymamak.

(18) ERMAN, Sahir, Kaçakçılık Kanunu Şerhi, İstanbul 1973, s.5.; 1918 Sayılı Kanununun 1. maddesi 6 bent halinde tarif ettiği fiillerin "kaçakçılık" olduğunu belirtmektedir.

Ayrıca bu kanunda yukarıda gösterilen fiillerin icrasında gerek kişi, gerekse husule gelmesi bakımından kaçakçılık:

a. Bireysel Kaçakçılık

b. Toplu Kaçakçılık,

c. Teşekkül Halinde Kaçakçılık, olmak üzere tasnif edilmiş olup, bu tarzda işlenmesinde faillerine uygulanacak cezai müeyyideler de değişik ve artırılmış halde bulunmaktadır (19).

Silah kaçakçılığı yukarıda 6 bentte ifade edilen ve kaçakçılık olarak tasnif edilen fiiller içerisinde (b), (c), (d) fıkralarında belirtilen hususlardan olup, bu tarz hareket etmek doğrudan doğruya silah kaçakçılığını yaratır.

Silah kaçakçılığı bir ülkenin ekonomisinde ve sosyal yapısında önemli yaralar açar. Birçok devletler kaçakçılığı bilhassa silah kaçakçılığını etkin bir hale getirmeyi amaçlayan tedbirler almaktadırlar. Bu ülkeler bu yoldan en iyi geliri elde etmek için zaman zaman şirketler kurmaktadır (20).

Bölücüler için hayati önem taşıyan konulardan birincisi silahlanmak, ikincisi örgütün genel masraflarını karşılayacak geliri temin etmektir (21). Gerçi, örgüt, soygun, gasp vesair yollarla zaman zaman gelir elde edebilmekteyse de, bazen bu yollarla toplanan paralar yetersiz kalmakta, veyahutta örgütün geleceği açısından kötü sonuçlar doğurabilmektedir. Bu itibarla çok karlı bir soyguna nazaran daha az tehlikesi olan uyuşturucu madde kaçakçılığının, örgütlerce benimsenmesi ve bu yolla elde edilen gelirin silaha dönüştürülmesi benimsenmektedir.

Uyuşturucu madde kaçakçılığı faaliyetlerinde rol alan kişilerin özellikleri ile elemanı oldukları organizasyonların teşkilatlanması ve çalışma şekilleri incelendiğinde; uyuşturucu madde kaçakçılığının organize bir suç olarak kabul

(19) Ayrıntılı bilgi için Bk. Sahir ERMAN, Kaçakçılık Kanunu Şerhi, İstanbul 1973.; 1918 Sayılı Kaçakçılık Kanunu: Men ve Takibi Hakkındaki Kanunun 35. maddesinde, ceza ehliyetini haiz olmayanları kaçakçılık suçlarında kullananlar kaçakçılık fiiline ait olan cezanın bir misli artırılması suretiyle cezalandırılır. Yine aynı kanunun 27. maddesine göre kaçakçılığın, bu maksatla meydana getirilen bir teşekküle mensup olanlar tarafından işlenmesi, cezanın ehemmiyetle derecede artırılması gerektirmektedir. Zikredenler: DÖNMEZER - ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 7. Bastı, İstanbul 1981, s. 625; ERMAN, Sahir, Kaçakçılık Kanunu Şerhi, s.220

(20) ABD'de yayınlanan U.S. News and World Report dergisini, "Narcotics: Terror's New Ally" başlıklı makalesinde şu iddialar yer almaktadır: "Batu haber alma örgütleri bir devlet kuruluşu olan Bulgar İthalat İhracat örgütü Kintex'in uzun süredir uyuşturucu madde ve silah ticaretiyle uğraştığını ayrıntılarıyla belgelediler. Eroin ve Haşhaş, Batı Avrupa'ya yasal kargoların içinde sokuldu. Bk. U.S. News and World Report, 4.5.1987, s.32-33

(21) SOMER, TARIK Ermeni Terörü ve Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı, Uluslar arası Terörizm (sempozyum), Ankara Üniversitesi Rektörlüğü Yayını, s.21.

edilmesi gerçeği ile karşılaşılmaktadır. Gerçekte ülkemizde faaliyet gösteren uyuşturucu madde kaçakçılığı organizasyonlarının pek çoğunu uyuşturucu maddeyi temin etmeden, Avrupa ülkelerine sevkine hatta buralarda pazarlanmasına kadar her safhayı yerine getirecek teşkilatlanmayı tamamlamış oldukları görülmektedir. Dahası bu organizasyonlar uyuşturucu ticaretinde temin ettikleri kara parayı aklamakta da oldukça başarılı olmaktadırlar (22).

Herkesçe bilinmektedir ki, uyuşturucu madde kaçakçılığı çok karlı bir iş-tir. Herhangi bir ülkeden ham afyon veya morfin alarak bunu eroine çevirip satan şebeke bire bin kazanır. Kaçakçıların kullandığı yolları şu şekilde belirtebiliriz:

- Altın üçgen bölgesinde üretilen ve mahalli ihtiyaçtan artan afyon veya morfin Hong Kong'daki laboratuvarlarda eroine çevrildikten sonra deniz yoluyla veya uçakla Güney Amerika ülkelerine, Meksika'ya veya ABD ve Kanada'ya gönderilir. Bu uyuşturucular önce Japonya'ya gönderilip oradan ABD veya Kanada'ya sokulabilir.

- Pakistan, Afganistan, İran ve Hindistan'da üretilen Afyon veya Morfin, Hindistan'daki gizli laboratuvarlarda eroine çevrildikten sonra deniz veya havayoluyla ABD'ye, Kanada'ya gönderilip veya önce Güney Amerika ülkelerinden birine gönderilerek oradan ABD'ye sokulur.

- Ortadoğu'da üretilen afyon ve türevleri İran sınırı - Van - Diyarbakır - Malatya - Ankara - İstanbul üzerinden Avrupa'ya gönderilir.

- İran sınırından İran sınırından Türkiye'ye giren uyuşturucu madde Van-Diyarbakır-Malatya-Ankara-Afyon-Izmir üzerinden Avrupaya gönderilir giren uyuşturucu madde Malatya-Gaziantep-Halep-Beyrut yoluyla İtalya'ya gönderilir.

- İran sınırından giren uyuşturucu madde Malatya - Gaziantep Halep - Beyrut yoluyla Hollanda'ya gönderilir.

Son yıllarda alınan sıkı önlemler sonucu ülkemizdeki kaçakçılık çok azalmıştır. Sıkı araştırmalar ve operasyonlar sonucunda kaçakçılık şebekelerine büyük darbeler vurulduğundan transit taşımacılığı başka ülkelere kaymıştır. Kaçakçılığın özellikle İran - Irak - Suriye - Lübnan - Kıbrıs Rum Kesimi yoluyla İtalya'ya, Hollanda'ya oralardan da ABD'ye yapıldığı hususunda bilgiler gelmektedir (23).

(22) Uyuşturucu Madde Olayları Genel Değerlendirmesi, Emniyet Genel Müdürlüğü, Kaçakçılık İstihbarat Harekat Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 1994, s.33

(23) IŞIK, Hüseyin, Dünyada ve Ülkemizde Uyuşturucu Madde Sorunu, Güncel Konular, Genelkurmay Askeri Tarih ve Stratejik Etüt Başkanlığı Yayınları, Güncel Konular Serisi No:7, Ankara 1986, s.183

Bazı Avrupa ülkelerinin etnik farklılıkları politik olarak değerlendirilmeleri neticesinde bu yöre kaçakçı gruplarının Avrupa'da kolayca organize olmalarını sağlamıştır.

Kaçakçılık, görevlilere rüşvet vererek veya çeşitli hileler kullanarak, akla hayale gelmez yöntemlerle uyuşturucu maddeleri istedikleri ülkeye sokmaktadır. Burada genel olarak iki yöntem vardır. Bir defada çok miktarda uyuşturucu getirmek veya pekçok aracı ile küçük miktarda uyuşturucu getirmek. Buna "karınca yöntemi" denir. Öğrenciler, turistler ufak bir para mukabilinde az miktarda uyuşturucu kolaylıkla bulabilmektedirler. Az miktardaki uyuşturucunun ufak naylon paketler içine koyup vücutta veya eşya arasında gizlenmesi çok kolay olmaktadır. Kendilerinden kuşulanılmadığı için, her turistin veya yolcunun tepeden tırnağa aranması da mümkün olmadığından, bu uyuşturucu maddeler kolayca bir ülkeden diğerine getirilebilmektedir (24).

2. Uyuşturucu Madde Kaçakçılığı ve Türkiye'nin Coğrafi Konumu.

Ülkemizin dünya üzerindeki konumu ele alındığında;

- Türkiye, eski dünya kıtaları olarak adlandırılan Asya, Avrupa ve Afrika kıtalarının geometrik olarak merkezine oldukça yakın bir yerde bulunmaktadır.

- Türkiye, tarihe geçmiş en önemli geleneksel ticari yollardan biri olan "İpek Yolu" üzerinde bulunmaktadır.

- Ülkemiz gelişmiş ve sanayileşmiş Batı Devletleri ile petrol zengini Arap Ülkeleri ve üçüncü dünya ülkelerinin arasındaki ticaret, ulaşım ve kültürel birleşimini sağlayan bir noktada bulunmaktadır.

- Ülkemiz coğrafi konumu itibarıyla Asya'yı Avrupa'ya bağlayan kara ve deniz yollarının kavşak noktasında yer almaktadır.

- Ülkemiz gerek ekonomik gerekse siyasi yönden sürdürdüğü dostluk Politikasıyla, hem Asya hem de Avrupa ülkeleri ile yakın ilişki içindedir.

- Ülkemiz bölgesinde, insanlık için birlikte ve dostça yaşama politikası izleyen, akdi sorumluluklarına, saygılı, istikrarlı tek demokratik devlettir.

(24) 22.1.1991 tarihinde, Fransa'nın Nice şehrinde 2 Kilo 560 gram eroinle yakalanan H.Aydoğan Aygör, Fransız polisine itiraflarda bulundu. Fransız polisi tarafından H.Aydoğan Aygör'ün Türkiye'ye 29.3.1991 tarihinde gönderilen ifadesinde şu açıklamalar yer aldı: "Uzun yıllardan beri PKK. hesabına uyuşturucu madde kaçakçılığı yapıyorum. Uyuşturucuyu, özellikle TIR veya turist araçlarıyla İtalya'ya getiriyorduk. Daha sonra küçük araçlara yükleyerek dağıtımını yapıyorduk. Son üç yılda, PKK hesabına 300 kilo eroin sattım". Bk.PKK.'nin Uyuşturucu Hattı", 23.11.1992 tarihli Hürriyet Gazetesi

Hülasa, Türkiye global ve bölgesel coğrafi konumu, uluslar arası bağlantıları ve ilgileri bakımından dünyada çok özel ve kendine özgü bir konuma sahiptir. Türkiye bir yandan Avrupa, diğer yönlerden Asya, Balkan, Orta Doğu, Akdeniz, Batı Avrupa devletidir. Ayrıca Türkiye NATO ve gerektireceği reaksiyonlar bakımından bir atlantik, uluslararası arenada sürdürdüğü jeopolitik güç merkezi özelliği ve kilit tampon bölge olması nedeniyle bir dünya devletidir. Bu nedenlerden dolayıdır ki, ülkemizin kaçakçılıkla mücadeledeki konumu oldukça önemlidir.

Dış ülkelerden yönlendirilen; kaçakçılık, uluslar arası terörizm, bir kısım ülkelerin emelleri, Ermeni terörizmi, iç ve dış yıkıcı unsurların müşterek ve münferit çabaları casusluk eylemleri ile dost ve müttefik ülkelerdeki Türk yıkıcı unsurları iç içe ve elele olarak Türkiye için dış tehdit çemberini oluşturmaktadır. Nitekim son yıllarda Türkiye'nin yoğun bir psikolojik savaşa itildiğini ve önemli dış politika sorunları ile karşı karşıya geldiğini görüyoruz.

Uluslar arası terörü yönlendirenlerin muhtelif yollardan karşılıklı silah desteği sağladıkları ve bir örgüt tarafından temin edilen silahların diğer ülke örgütleri tarafından da kullanıldığı bilinmektedir. Ezcümle 13 Eylül 1974'de Bir ABD kampından, Baader - Meinhoff çetesinin çaldığı silah ve el bombalarının Japon Kızıl Ordusu tarafından çeşitli eylemlerde kullanıldığı saptanmıştır. Türkiye'de, sağ ya da sol örgütlerden ele geçen silahların balistik kontrollerinde aksi görüş sahiplerince yapılan eylemlerde de kullanıldığı tespit edilmiştir. Bu husus silah kaçakçılarının terörizmi teşvik için bir silahı birkaç defa satarak fazla kazanç sağladığını göstermektedir.

Görülmektedir ki, uyuşturucu madde kaçakçılığının yegane gayesi büyük kar elde etmek ve bunun neticesinde de silahlanmaktır. Ülkemiz uyuşturucu madde kaçakçılığında bir köprü gibi kullanılmaktadır. Bir kısım yerlerde, çeşitli grup ve kişilerce sevk ve idare edilen silah ve uyuşturucu kaçakçılığı yardımı ile ülkemizden elde edilen gelirin bir kısmı, ülkedeki örgütlerin ihtiyacına harcanarak kendi paramızla ülkeyi içten çökertme amaçlanmıştır. Güneydoğu ve Doğu Anadolu yolu ile dış ülkelere sevk edilen uyuşturuculardan yurt dışında bilhassa bu iş için bazı ülkelere oluşturulan şirketler önemli ölçüde kar sağlamak ve bu elde edilen kazançları muhtemelen tehdit merkezine transfer etmektedirler (25).

Uluslararası Narkotik Kontrol Komisyonu 1985 yılı raporunda ülkemiz-

(25) Türkiye'de Anarşi ve Terörün Sebepleri ve Hedefleri, Ankara, 1985, s. 46.; "Drugs Terror". U.S.News and World Report, 4.5.1987, s.30 vd.

den şöyle sözetmiştir: "Coğrafi konumundan dolayı bu ülkeden transit ticarete yararlanılmaktadır. Ülke yetkilileri uyuşturucu maddeler ile bunların ticareti de dahil, bu ticarete karşı konulan sert tedbirleri uygulamaya devam etmişler ve çok miktarda uyuşturucu madde, afyon ve çok yakın zamanlarda da kokain ele geçirmişlerdir. Hükümet uyuşturucu madde kontrolünü sıkı bir şekilde uygulamakta, kaçak uyuşturucu madde üretimini önlemeye devam etmektedir. Münhasıran çizilmemiş Haşhaş kapsülü ve tohum üretilmesi şartıyla Haşhaş tarımına izin vermekdeki başarısı devam etmektedir. Yasal olmayan Haşhaş Tarımına teşebbüs önlenmiştir. Kontroller, havadan denetleme ve özel tahkikat timleri vasıtası ile yapılmaktadır" (26).

Geleneksel olarak yüzyıllardan beri Haşhaş ekimi yapan ülkemiz insanları bu bitkiden elde ettikleri yağı, küspeyi, yapraklarını ve tohumlarını günlük yaşamlarında kullanmaktadırlar. Türkiye zaman zaman Avrupa ve ABD'de kullanılan Eroinin kaynağı ve kaçakçılığın başlıca organizatörlerinden biri diye gösterilerek haksız yere suçlanmıştır. Cumhuriyet döneminde çıkarılan bir kanunla Haşhaş, Türkiye'nin belirli yerlerinde hükümetten izin alarak ekilir ve üretilen Afyon TMO (Toprak Mahsülleri Ofisi) tarafından satın alınırdı. Ekilen alan, üretilen Afyon çok sıkı bir şekilde kontrol edilirdi. Buna rağmen ufak tefek kaçakçılık olayları meydana gelirdi.

1971'de, Türkiye'nin meşru olmayan uyuşturucu madde ticaretinin yapıldığı kaynaklardan biri olarak gösterilen tüm dünyada şiddetli bir kampanya açılması üzerine, Türk Hükümeti bu suçlamanın haksız olduğunu kanıtlamak için tüm ülkede Haşhaş ekimini yasakladı.

Buna rağmen Avrupa ve ABD'ye kaçak uyuşturucu madde akışının hiçbir azalma olmadan devam ettiğinin anlaşılması üzerine Türkiye'de Haşhaş ekimi yeniden başladı. Türkiye'nin yasal üretim alanından çekilmesi üzerine, uluslar arası piyasaya yeni üretici ülkeler çıktı.

Afyon ekiminin yasaklanması ile Türkiye'de 1,5 milyonluk bir çiftçi kitlesi yüzyıllardan beri süregelen geçim kaynaklarını kaybetmiştir. Daha önceleri Türk köylüsü Afyon sakızını TMO'ya satıyor, haşhaş tohumlarını yağ olarak kullanıyor, küspesini hayvanlarına yediyor, Afyonun kurumuş saplarını da yakacak olarak kullanıyordu.

Demokratik bir ülkede haksız bir suçlama nedeniyle böyle büyük bir çiftçi kitlesinin en önemli gelir kaynaklarından daha uzun süre yoksun bırakıla-

(26) Narcotic Control In Turkey; January 1986, TMO, s.19.

rak mağdur edilmesi hakkaniyet kurallarına uymazdı. Bu nedenle Türk Hükümeti 1974 yılında gerekli kontrol sisteminin kurulmasından sonra lisanslı olarak Bakanlar Kurulunca belirlenecek bölgelerde, kapsüllerin çizimi yapılmadan ekimine izin vermiştir. Böylece kontrollü olarak çizimsiz haşhaş ekimi uygulamasına geçilmiştir. Çizim yapılmadan hasat edilen haşhaş kapsüllerinden uyuşturucu madde elde edebilmek ancak gelişmiş modern bir fabrikada gerçekleştirilebilmektedir. Bu nedenle 1981 yılında Afyon ili Bolvadin ilçesinde tıbbi amaçla kullanılmak üzere çeşitli uyuşturucu madde üretimi yapmak ve bunları yurtdışına ihraç etmek amacıyla Afyon Alkoloid Fabrikası (ALKASAN) kurulmuştur. Halen ülkemizin 9 il ve 1 ilimizin 11 ilçesinde kontrollü haşhaş ekimine müsaade edilmiştir.

Bununla birlikte TMO'ca kurulan kontrol ekiplerinin ve güvenlik güçlerinin çalışmaları sayısında, haşhaş ekiminde suistimale rastlanılmamıştır. Gerek Avrupa'da gerek ülkemizde yapılan uyuşturucu madde yakalamalarında Türk afyonundan üretilmiş herhangi bir uyuşturucu madde ele geçmemiştir.

Ülkemizde yasal, kontrollü ve çizimsiz olarak yapılan haşhaş ekiminde kontrol sistemi şu şekilde işlemektedir.;

- Her yıl Bakanlar Kurulu'nun belirlediği ekim yapılacak bölgeler Resmi Gazetede yayımlanarak duyurulur.

- Haşhaş ekimi ve ürünün işlenmesi gibi konular Toprak Mahsülleri Ofisinde düzenlenir. Dilekçeler 1 Temmuz - 30 Eylül arası verilir.

- Ekim izin belgeleri Temmuz ayından itibaren TMO'ce muhtarlıklara gönderilir, bu belgeler kışık ekin için Ekim ayı sonu, yazlık ekim için 15 Mart tarihine kadar dilekçelerle birlikte TMO'ya verilir.

- Mart ayı sonunda Ofis ekipleri haşhaş tarlalarının ekim alanlarını ölçer ve tarlanın durumunu kontrol eder. Ekim yapılan alan izin belgesinde belirtilenden fazla olamaz.

- Güzlük haşhaş Ekim ayında, yazlık haşhaş ise Şubat - Mart aylarında olgunlaşır. Bu dönemde Ofis ekipleri tarlaları dolaşarak çizim kontrolü yaparlar, uygun gördükleri takdirde köy bazında "Kırım Belgesi" verirler.

- Haşhaşlar koza başlarından kırılır ve tohumları alınarak Ofis'e teslim edilir (27).

Ülkemiz açısından uyuşturucu madde kaçakçılığının önlenmesi için kanaatimizce, aktif ve pasif mücadele yapılması gerekmektedir. Aktif

(27) Uyuşturucu Olayları Genel Değerlendirmesi, Emniyet Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 1995, s.29

mücadele, emniyet kuvvetleri marifetiyle yapılan mücadeledir. Sık sık denetimlerle kaçakçılık faaliyetleri önlenir. Pasif mücadele ise, vatandaşlara uyuşturucu maddelerin zararları kitle iletişim araçları marifetiyle iletilmeli, özellikle genç neslin kullandığı bu maddelerin eğitim kurumlarında zararları öğretilmeli ve genç kuşakların bu maddelere alışkanlıktan uzaklaşması sağlanmalıdır. Ülkemiz uyuşturucu madde kaçakçılığını bir insanlık suçu olarak görmektedir.

III. UYUŞTURUCU MADDELERDEN KORUNMA

Özellikle ikinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden beri ülkeleri endişe içinde bırakan, gençliği mahfeden uyuşturucu tehlikesi yurdumuzu da etkilemiş, korkunç bir boyuta ulaşmıştır. Bu tehlikenin daha fazla büyümeden önlenmesi ve denetim altına alınması, uyuşturucu tutkunu haline gelen gençlerin tedavisi için halk ve hükümet el ele vererek sıkı bir işbirliği içine girmiştir.

Uyuşturucu madde üretimi ve kaçakçılığını önlemek için uluslar arası düzeydeki çalışmalar, günümüzde daha da yoğunluk kazanarak devam etmektedir. Söz konusu uluslar arası çalışmalar sonucunda imzalanan en önemli sözleşmeler, "1961 tarihinde Birleşmiş Milletler TEK Sözleşmesi", "1971 tarihli Psicotrop Maddeler Hakkındaki Sözleşme" ile "1988 tarihli BM. Uyuşturucu ve Psicotrop Maddeler Sözleşmesi"dir.

Bir çok hastalıklar için söylendiği gibi, uyuşturucu maddelerden korunmak, tedavi etmekten daha kolay ve ucuzdur. Bu bakımdan ilaç bağımlılığının önlenmesinde en önemli rol eğiticilere düşmektedir. Bu tür eğilimlerin, değerlendirilmeden akıp giden boş zamanlarda daha kolay ortaya çıktığı düşünülse; korunmada temel ilkenin boş zamanları değerlendirmek olduğu ortaya çıkar. Ayrıca, bütün yayım araçlarından yararlanılarak gençliği uyarmak ve bu tür maddelerin kullanımlarının kötü neticeleri yapılacak çeşitli programlarla gözler önüne serilmelidir.

Bir çok ülkelerde uyuşturucu maddelerin zararlarını topluma anlatan seri radyo konuşmaları, TV. programları, paneller yapılmaktadır. Ülkemizde de TRT. kurumu zaman zaman bilim adamlarını davet ederek açık oturumlar düzenlemektedir. Bu programların toplum üzerinde çok olumlu etkilerinin olduğu muhakkaktır. Ancak bütün bunlara rağmen, bağımlılar gün geçtikçe artmaktadır. Kanımızca bu bağımlılığın artması kişilerin aile yapısından kaynaklanmaktadır. Öyleyse çare; sağlam aile yapıları içinde, sağlam kişiliği olan çocuk ve gençleri yetiştirmek sorunlarına ailece ortak olabilmek, hal çareleri

aramak, yakın takip ve ilgiyi esirgememek, aile içinde kendisinin de bir değer ifade ettiğine daima hissettirmek olabilir.

Son senelerde, yasalarımızda yapılan düzenlemelerle uyuşturucu madde bağımlılarının haklarında herhangi bir adli tahkikata başlanılmadan önce tedavi için bir sağlık kuruluşuna başvurmaları halinde konu ile ilgili hiçbir adi işlem yapılmayacağı hususu öngörülerek müptelaların tedavi olmaları teşvik edilmiştir.

Nitekim, 14.6.1991 tarih ve 20901 sayılı resmi gazetede yayımlanan 765 sayılı Türk Ceza Kanununa getirilen ek madde ile: "Uyuşturucu madde kullanan kimse hakkında herhangi bir tahkikata girilmeden resmi makamlara başvurarak tedavi ettirilmesini isteyecek olursa, kullanma fiilinden dolayı hakkında kovuşturma yaptırılamaz" hükmü getirilmiştir.

Ancak artan refah düzeyi ile birlikte kitlesel iletişim teknolojisindeki gelişmeler ve toplumlar arasındaki yakınlaşmanın etkisi ile önümüzdeki yıllarda uyuşturucu madde bağımlılığında artışlar olabileceğinden endişe duyulmaktadır. Zaten uyuşturucu madde kullanımının ve kaçakçılığının bir ülke toplumuna verdiği zarardan ziyade insanlık suçu olduğunu kabul eden ülkemiz, uyuşturucu madde sorunlarının önüne geçebilmek için gerekli her türlü tedbiri alarak mücadelesini sürdürmektedir.

SONUÇ

Uyuşturucu ticareti giderek büyüyen, insanlara iş yaratan ve ülkelerin sınırlarını aşan bir ekonomik sistem oluşturduğu için konuya hassasiyetle yaklaşılmalıdır.

Uyuşturucu ticaretinden elde edilen kâr, Birleşmiş Milletler Üyesi 207 ülkenin 3/4'ünün Gayri Safi Milli Hasılası'ndan fazladır ve uyuşturucu sektörünün küresel cirosu ilâç sektörünün toplam cirosunu geçmektedir.

Uyuşturucu ticareti, dünya ticaretinden çok daha hızlı yatay ve dikey olarak büyümektedir. Ekonomik durgunluk ve terör, Türkiye'nin içinde bulunduğu bölgeyi uyuşturucu sektörünün en uygun ortamı konumuna getirmiştir.

Ülkemizde de uyuşturucu madde kullanımı salgın bir hastalık gibi hızla yayılmaktadır. Uyuşturucu madde kullananların sayısı, Avrupa ve Amerika'daki gibi endişe verici olmamakla beraber her türlü çaba gösterilerek yayılması önlenmelidir.

TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ VE TCY. MD. 59

Levent ÜNSAL (*)

Anlatım Düzeni: Birinci Bölüm, Kurum Olarak "Takdiri İndirim Nedenleri" ve Tarihi Süreç, I- Genel Olarak, II- Tarihi Süreç, III- Eleştiriler ve Yanıtları, IV- Ceza'yı Azaltıcı Takdiri Nedenlerin Belirlenmesi, V - Uygulama Şekli İtibariyle Ceza'yı Azaltıcı Nedenler, İkinci Bölüm, Türk Ceza Hukukunda "Takdiri İndirim Nedenleri", I- Genel Olarak, II- Türk Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenleri Kurumu, III- Takdiri İndirim Nedenlerine Getirilen Sınırlamalar, IV- Uygulama Şekli, Üçüncü Bölüm, Takdiri İndirim Nedenlerinde Yargıtay Denetimi, I- Genel Olarak, II- Denetim Çeşitleri, Sonuç ve Değerlendirme.

BİRİNCİ BÖLÜM KURUM OLARAK "TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ" VE TARİHİ SÜREÇ

I-GENEL OLARAK :

Hukuk, toplum halinde yaşayan bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve uyulması devlet gücüyle sağlanan kuralların tümüdür. Hukukun içinde birbirini tamamlayan iki kavram ise "suç" ve "ceza"dır. Bireyin hukuka aykırı eylemini oluşturan suç nedeni ile birey yargılama sonunda suçlu adını alacak ve onun yasadışı eylemi cezalandırılacaktır. Ceza yasamız suçluyu tanımaksızın tamamen objektif şekilde cezalar öngörmektedir (1).

(*) Gelendost Cı suriyet Savcısı

(1) GÜNER, Şeûk. "Yargıcın Takdir Hakkı", "Adalet Dergisi-1974/65", s.444

AKMANLAR, A.Bülent. "Ceza Hakiminin Takdir Selahiyeti", "Adalet Dergisi-1960/17", s.12,13

Ceza hukukunun en temel ve önemli kuralı "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesidir. Bu ilke cezada adaleti sağlamak içindir. Yasa koyucu tarafından suç olarak nitelendirilip cezai yaptırıma bağlanan eylem nedeni ile yargılanan ve mahkum olan her suçluya aynı cezanın verilmesi "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine ters düşmesine de bu ilkenin nihai amacı olan cezada adaletin sağlanması esasına aykırı düşmektedir. Aynı çeşit suç işleyen faillerden her birinin kişilik ve karakter bakımından özel bir durumu olması aynı nitelikte olan suçlara daima aynı cezanın uygulanması cezada adaletin sağlanması imkanını yok etmektedir (2).

İnsanlar kendi iradeleriyle, fakat belli etkilere karşı aynı refleksi gösterecek şekilde, tek tip hareket eden birer robot ve cezadan amaçlanan hep aynı olsaydı, kuşkusuz maddi şekilleriyle belirlenmesi kolay olan suçları, öncelikle çeşitlerine göre sınıflandırmak sonra da her sınıf için aynı cezayı öngörmek suretiyle cezada eşitlik ve adaleti sağlamak mümkün olurdu. Fakat ne suç dolayısıyla faile uygulanmak istenen cezanın niteliği, ne de cezanın muhatabı olan insan, bu sistemin daima sabit kalan birer unsuru değildirler. Ayrıca ceza ile amaçlanan her devirde farklılık göstermektedir. İlk başlarda ceza şahsi intikam hissini tatmin aracı olarak kullanılıyor, infazdan ise toplumsal ibret hedefleniyordu. Modern hukukta ise, ceza ve infazdan beklenen, suçlunun yeniden topluma kazandırılması ve ıslahıdır.

İnsanlar her bakımdan birbirlerine mutlak bir şekilde benzeyen, belli etkiler altında aynı refleksi gösteren, fizik, ruh ve akıl bakımından yeknesak bir durum sergileyen varlıklar değildirler. Biyolojik yapıdan, sosyal-kültürel kazanıma, yaşadığı coğrafyadan, fizyolojik bünyesine kadar çeşitli faktörlerin insan karakterinde oluşturduğu etki, yalnız suçlarda değil onların işlenmesinde de farklılık yaratmaktadır. Gerçekten de insanlar hareketlerinin sonucu bilemeyecek kadar küçük ve yaşlı bir durumda bulunabildikleri gibi bazen aklen ve ruhen hasta bir durumda da bulunabilirler.

Bütün bunlardan daha önemlisi, insanın kişilik ve karakteri; psikolojik, sosyal, antropolojik birçok faktörün birleşmesinden meydana gelmektedir. Hiç kuşkusuz diğer fiilleri gibi, insanın işlediği suç da bu nedenlerin etkisi kaçınılmazdır.

(2) ÇAĞLAYAN, M.Muhtar. "Türk Ceza Kanunu-Gerekçeli,Notlu,İçtihatlı", Ankara1969, s.579
 SEZGİN, Servet. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerine Bir İnceleme", "Adalet Dergisi-1951/8",s.1313
 CAN, Yavuz. "Ölüm ve Hapis Cezaları Yönünden TCK 59 Maddesinin Uygulanması ve Soruna Yargıtay'ın Müdahalesi" , "Adalet Dergisi" s.453
 KISAGÜN, Adli. "Cezanın Ferdileştirilmesi", "Adalet Dergisi-1961/11-12", s.1097

Aynı çeşit suçu işleyen faillerden her birinin kişilik ve karakter bakımından özel bir durumu olması karşısında aynı kategoride olan suçlara daima aynı cezayı uygulamak ceza da adaletin sağlanması olanağını yoketmektedir. Böylece dış ve iç etkenlere bağlı bulunan insan karakterinin aynı sonucu doğuran eylemi farklı anlayışlarla yaptığı psikolojik gerçeği karşısında, suçlunun kişiliğini, karakterini, sosyo-psikolojik yapısını dikkate almadan yalnız suça ve onun maddi sonucuna bakarak sabit ceza uygulaması yapmak adaletsizliğe neden olacaktır (3).

Bu durumda, cezaya muhatap olan insanın kişilik ve karakterinin değişkenliğinden dolayı, ceza da adaleti sağlamak için, cezayı failin kişisel durumuna uydurmak gerekecektir. Bu takdirde aynı çeşit suçu işleyen her suçluya uygulanacak ceza aynı olmayacak, her suçlunun kişisel haline, suçun bu hal altında işleniş tarzına göre değişecek miktarlarda ceza uygulaması ile ceza da adaletin gerçekleştirilmesi hedefine daha fazla yaklaşmış olacaktır.

İşte ceza hukukunun en önemli konularından biri, Yasa koyucu tarafından suçluyu tanımaksızın belirlenmiş olan cezanın, suçluya uygulanması, başka bir deyimle, suç ve suçlunun özellikleri göz önünde tutularak verilmesi gereken en uygun cezanın belirlenmesi demek olan " cezaların kişiselleştirilmesi" sorunudur (4).

Yazımızda, cezaların kişiselleştirilmesinde önemli bir yeri olan, Fransızca'da "Circonstances Attenuantes", İngilizce'de "Extenuating Circumstances", Almanca'da "Strafmilde Rungsründe", İtalyanca'da "Circostanze Attenuanticomuni" deyimleri ile adlandırılan (5) "Cezayı Azaltan Takdiri İndirim Nedenleri" ni inceleyeceğiz.

(3) KISAGÜN, Adli. "Cezanın Ferdileştirilmesi", "Adalet Dergisi-1961/11-12", s.1097-1099

(4) EREM, Faruk. "Türk Ceza Hukuku", Ankara 1960, s.217

EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.473

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat. "Türk Ceza Kanunu Açıklaması", Ankara 1976, s.252

AKDAĞ, Selami. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1976, s.117

SURLU, Mehmet Handan. "Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler", "Adalet Dergisi", 1970/11, s.678

YALKUT, Necdet. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Bir İnceleme", "Adalet Dergisi-1978/3-4"s.321

SANAL, Adil. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", "Adalet Dergisi-1965/9", s.1015

SEZGİN, Servet. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerine Bir İnceleme", "Adalet Dergisi-1951/8",s.1313

CAN, Yavuz. "Ölüm ve Hapis Cezaları Yönünden TCK 59 Maddesinin Uygulanması ve Soruna Yargıtay'ın Müdahalesi", "Adalet Dergisi" s.45

KISAGÜN, Adli. "Cezanın Ferdileştirilmesi", "Adalet Dergisi-1961/11-12", s.1097-1116

(5) YALKUT, Necdet. a.g.e. , s.321

II-TARİHİ SÜREÇ :

Roma Dönemi :

Manevi sorumluluk kriterini benimsemeyen, eski Roma hukuku, yargıca cezaları azaltma hususunda bir yetki tanımamıştı. Doğu Roma İmparatorluğu ceza hukuku sahasında modern hukuka bir anlamda esas teşkil edecek önemli usuller getirmişti. Cezayı gerektiren fiilleri inceleyen yargıcın, saik, kişi, yer, suçun niteliği gibi etkenlere göre cezayı değiştirme ve azaltma yetkisi tanınmıştı. Ancak yetkinin kötüye kullanılması karşısında Justinyen zamanında cezada kanunilik ilkesi sert bir tarzda yürürlüğe kondu (6).

Orta Çağ Dönemi :

Orta Çağda geçerli bulunan cezaların keyfiliği sistemi, yargıçlara geniş ve mutlak bir takdir yetkisi vermişti. Buna göre yargıç, suça istediği cezayı vermekte ve bunu serbest takdirine göre çoğaltıp azaltabilmekteydi. Bu durumu Bacon "en iyi yasa, yargıcın takdirine en az payı bırakır" diyerek eleştirdi (7).

Kilise Hukuku :

Kilise hukuku, manevi sorumluluğu geliştirirken, yasalar arasında bir fark gözetmeksizin kanunen cezayı azaltıcı genel nedenler kabul etti. Büyük kilise hukukçusu S.Thomas yargıçlara kılavuzluk yapmak üzere bu cezayı azaltıcı nedenleri formülleşirdi (8).

Fransız Hukuku :

Cezayı azaltıcı takdiri nedenler kurumunun kaynağı Fransa'dır. Eski Fransız hukukunda, ilk örf hukuku yazarları ve sonra da 16 ve 18. yüzyıl laik cezacıları bu prensiplere bağlı kaldılar. Buna karşılık, cezaların keyfiliği sistemi etkin olmuş ve yargıçların ceza tayininde bu cezaları dilediği gibi artırma ve eksiltme hususundaki mutlak yetkilerini kötüye kullanmaları cezaların kanuniliği sistemini doğurmuştur. Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin örtülü şekilde yer aldığı Manga Charta'nın 39. maddesinden sonra, 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinin 7. maddesi ve 1791 tarihli Fransız Anayasasının 8. maddesi bunu açık olarak ilan etmiştir. Fransız Anayasasının ışığı altında 1791 tarihli Fransız Ceza Kanunu, cinayetlerde sabit cezalar

(6) SEZGİN, Servet. a.g.e. , s.1314,1315

CAN, Yavuz. a.g.e. , s.452

(7) CAN, Yavuz. a.g.e. , s.452

(8) SEZGİN, Servet. a.g.e. , s.1315

belirledi. Cünha ⁽⁹⁾ ve kabahatlerde de iki hadli cezalar kabul etti. 1791 tarihli Fransız Ceza Yasası cezaların keyfililiğine karşı bir tepki niteliğinde idi. Fakat cinayet suçları için belirlediği sabit cezalar bir çok olayda çok aşırı kabul ediliyor, mahkeme bu kadar ağır cezalara mahkum etmektense, beraat kararı veriyordu. Buna mani olmak için 1824 tarihli bir yasa ile cinayet fiillerinde de cezayı azaltıcı takdiri indirimi nedenleri kabul olundu. Cünha ve kabahat fiillerinde iki dereceli sistem var olduğundan, cezayı azaltıcı takdiri nedenler kabul edilmedi. Bütün bu süreç içerisinde sonunda Fransız Ceza hukukunda cezayı azaltıcı takdiri indirim nedenleri konusunda 1832 tarihli yasa ile büyük bir adım atıldı. Cinayet, cünha ve kabahat suçlarında cezayı azaltıcı takdiri nedenler kabul edildi. Fransız Ceza Hukukundaki gelişim süreci ile bağlantılı olarak diğer modern dünya mevzuatında da cezayı azaltıcı takdiri indirim nedenleri kurumu yerini aldı ⁽¹⁰⁾.

İtalyan Hukuku :

1889 tarihli Zanardelli Yasasının 59. maddesi cezayı azaltıcı takdiri nedenlere ayrıldı. 1889 tarihli Yasanın 59. maddesinde kanunda açıkça belirtilen hafifletici nedenlerden ayrı olarak, mahkemece fail lehine cezayı hafifletecek nedenler kabul edilirse, ömür boyu hapis cezası yerine otuz sene ağır hapis cezası hükmolunur, diğer cezaların altıda biri indirilir denildi. Ölüm cezasını kabul etmemiş olan 1889 tarihli yasa takdiri indirim nedeni ile ömür boyu ağır hapse mahkum olanların cezasını ancak otuz sene ağır hapse indirmekte, diğer cezalarda altıda bir gibi hafif bir indirim kabul etmektedir. 1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası Manzini'nin yaklaşımını kabul ederek 62. maddesinde cezayı azaltıcı takdiri nedenleri sınırlandırmıştır. Bu durum faşist esaslara dayanan 1930 tarihli yasanın doğal bir sonucu olarak kabul edilebilir ⁽¹¹⁾.

III-"CEZAYI AZALTICI TAKDİRİ NEDENLER" KURUMUNA

YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER ve YANITLARI :

"Cezaların Kişiselleştirilmesi"nde önemli bir yere sahip olan "Takdiri İndirim Nedenleri" kurumuna gelen eleştirileri temelde üç noktada toplayabiliriz;

⁽⁹⁾ Kabahatten ağır, cinayetten hafif olan suç. (TDK Sözlüğü, Ankara 1981)

⁽¹⁰⁾ SEZGİN, Servet. a.g.e. , s.1315,1317

CAN, Yavuz. a.g.e. , s.452

YALKUT, Necdet. a.g.e. , s.324

TANER, M.Tahir. "Ceza Hukuku", İstanbul 1953, s.450

⁽¹¹⁾ SEZGİN, Servet. a.g.e. , s.1317,131

YALKUT, Necdet. a.g.e. , s.325

• Ceza Yasasının suç saydığı eylemler için aşağı ve yukarı sınır arasında bir ceza belirlediği ve yargıcında bu iki sınır arasında uygulanacak temel cezayı seçebilme olanağına sahip olduğu düşünülerek, cezayı azaltıcı takdiri nedenler kurumuna gerek olmadığı, ilk etapta inandırıcı ve yeterli bir eleştiri olarak düşünülse bile, sabit cezalı, yani aşağı ve yukarı miktarları gösterilmemiş olan (ölüm, ömür boyu ağır hapis cezaları gibi...) suçların var olduğu düşünüldüğünde bu eleştiri geçerliliğini kaybetmektedir (12).

• Diğer taraftan Kuruma gelen diğer bir itiraz da; "Yargıca yasada yazılı cezaları indirebilmek yetkisini vermek, onu yasayı uygulamaktan ibaret olan asıl görevinin dışına çıkarmak, yasa koyucunun işine müdahale ettirmek olur. Eğer yasada bir hak ve nısfet anlamında bir dengesizlik varsa, suç ile ceza arasında bir oransızlık söz konusu ise, bunu yine yasa koyucu düzeltmelidir" denilmektedir. Bu eleştiriye yanıt ise; suçların işlenme şekli, işleyen sosyal ve psikolojik durumu sınırsız bir değişiklik gösterebileceğinden ve bu sınırsız durumun yasalarda önceden tek tek belirlenmesi imkanı olmadığı düşünülecek olursa, cezayı azaltıcı takdiri nedenler kurumunun önemi daha kolay anlaşılabilir şekilde gelmektedir (13).

• Diğer bir itiraz ; Bu yetkinin pek çok sakıncaları görülen kısa süreli cezaların başlıca neden ve kaynağı olmasına yöneliktir. Kısa süreli özgürlüğü bağlayıcı cezalar suç faillerini korkutmadıktan, onların uslanmalarına yaramadıktan başka- toplu ceza çektirilmesi sisteminde- mahkumların bir arada bulunmaları ve kötü huyların ise daha çabuk sirayet etmekte olması dolayısıyla, üç beş gün için hapishaneye konulan şahıslar üzerinde bu hükümlülüğün kötü etkiler yaparak ahlaklarının bozulmasına sebebiyet verdiği ileri sürülmüştür. Bu itiraza yanıt vermek oldukça güç ve özellikle kısa süreli cezaların bahsedilen sakıncalarını inkar etmek imkansızdır. Fakat kısa süreli cezaların kaynağı yalnızca bu kurum olmayıp, yasanın kendisi zaten pek hafif suçlar için kısa süreli cezalar koymuştur. Ayrıca, bu anlamda takdiri indirim nedeni kurumunu eleştirme yerine, gerektiğinde bunların para cezasına çevrilmesi gibi mahkumun hapishaneye girmesine engel cezalara çevrilmesi yo-

(12) EREM, Faruk. "Türk Ceza Hukuku", Ankara 1960, s.217 vd.

EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.473

EREM, Faruk. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", "A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi-1946/3", s.358

SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.678,679

(13) TANER, M.Tahir. a.g.e. , s. 449-451

CAN, Yavuz. a.g.e. , s.453

lunda tedbirler düşünülerek genel anlamda kısa süreli cezaların sakıncalarını giderme çareleri araştırılmalıdır (14).

IV-"CEZAYI AZALTICI TAKDİRİ NEDENLER"İN BELİRLENMESİ :

Cezayı azaltıcı takdiri nedenleri doğuran etkenler, Ceza Yasamız gibi "Serbest Sistem"i benimseyen sistemlerde, takdir hak ve yetkisinin niteliği, kurumun hedefi gereği bu hususta kesin sınırlar çizmeğe, koşullar oluşturmaya imkan vermemektedir. Fakat genel olarak failin geçmişi, sosyal durumu, suçun işlendiği zamanın ve yörenin özellikleri, günün ekonomik koşulları, failin saiki, ikrar ve itiraf, pişmanlık duygusu, zararın azlığı veya tazmini, toplumun ahlak anlayışının kötü kabul etmediği heyecanlar, olaya neden olmada failin kusuru, duruşmadaki iyi hal ve tavırı gibi haller cezayı azaltıcı nedenler olarak kabul edilebilmektedir.

1930 tarihli İtalyan Ceza Yasası gibi "Tahdit Sistemi"ni benimseyen sistemlerde cezayı azaltıcı takdiri indirim nedenlerinin neler olacağı yasada belirtilmiştir. Manzini ceza yasasında, cezayı azaltıcı takdiri nedenleri tahdidi olarak belirlerken, suçlunun şeref hissi veya diğer yüksek duygular veya ihtirasın etkisiyle fiili işlemlerini, fiilin gürültücü, şamatacı oldukları bilinen kişiler aleyhine işlenmesini, suçlunun geçmiş hayatının lekesiz olmasını veya toplum yararına önemli işler yapmış olmasını, suçtan meydana gelen zararın önemsiz olmasını veya hiçbir zararın meydana gelmemesini, eylemi gerçekleştirdikten sonra meydana gelen zararı önlemeye veya hafifletmeye çalışması ya da meydana gelen zararı tamamen tazmin etmeye çalışmasını, faili meçhul bir suçta ortaya çıkarmasını, inkarda menfaati olduğu halde suçunu kendiliğinden itiraf etmesini, kaçarak kurtulma imkanı varken kaçmayıp, kendiliğinden adli makamlara teslim olmasını cezayı azaltıcı takdiri nedenler olarak göstermiştir.

Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin neler olabileceği meselesi daha ziyade bu kurumun neleri kavraması ve göz önünde tutması lazım geldiğini tayin

(14) EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.473,474

EREM, Faruk. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", "A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi-1946/3", s.358,359

TANER, M.Tahir. a.g.e. , s. 449 vd.

CAN, Yavuz. a.g.e. , s.453,454

bakımından önemlidir. Genel hatları itibariyle bu nedenleri başlıca üç gruba ayırmak mümkündür (15).

Suçun işlenmesine eşlik eden nedenler ;

Bunların bir kısmı suçu işleyen suç esnasındaki haline, durumuna yönelik nedenlerdir. Yoğun ve güçlü bir ihtirasın etkisi, sarhoşluk, gençlik heyecanı, cahillik ve tecrübesizlik gibi, bir kısmı ise suçun saik ve nedenleri ile ilgilidir. Korku ve acıma gibi...

Suçun işlenmesinden önce var olan nedenler ;

Failin suçu işlemezden önce iyi koşullarda yaşaması, suçluyu diğer kişilerden ayıran fark ve değerler, topluma önceden iyi işler yapmış olması gibi...

Suçun işlenmesinden sonra var olan nedenler ;

Saniğin yakalandıktan sonra işlediği suçtan pişmanlık duyması, suçunu ikrar etmesi, suçtan meydana gelen zarı ödemesi, tazmin etmesi, suçtan meydana gelen zararın az olması, saniğin duruşmadaki iyi hal ve tavır gibi nedenlerdir.

V- UYGULAMA ŞEKLİ İTİBARIYLA

"CEZAYI AZALTAN TAKDİRİ NEDENLER" AYRIMI :

Fransız ceza hukukunun etkisi ile diğer çağdaş yasalarda bu hususta büyük adımlar atıldı. Cezayı azaltan takdiri nedenler uygulama şekli bakımından üç ayrı grupta incelemek mümkündür (16).

*** Cezayı azaltıcı takdiri nedenleri sınırlı bir şekilde yasada gösterecek, bu nedenlerin geniş anlamda tayin ve takdirini yargıca bırakmayan sistem ; (17)**

Uygulandığı Yerler ;

1862 tarihli Avusturya Ceza Yasasının 46. paragrafı,

1870 tarihli İspanya Ceza Yasasının 9. maddesi,

1875 tarihli Şili Ceza Yasasının 11. maddesi,

1930 tarihli İtalyan Ceza Yasasının 62. maddesi,

1933 tarihli Danimarka Yasasının 84. maddesi,

(15) SEZGİN, Servet. a.g.e. , s.1320 vd.

(16) SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.679

SEZGİN, Servet. a.g.e. , s.1319,1319

(17) GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat. a.g.e. , s.252

1938 tarihli İsviçre Federal Ceza Yasasının 63. maddesi,
Portekiz Ceza Yasasının 39. maddesi bu sistemi kabul etmişlerdir.

Cezayı azaltan takdiri nedenler konusunda en dar hareket eden yasalar sistemi bu gruptur. Cezaların kişiselleştirilmesi hususunda cezaları azaltıcı takdiri nedenler yalnızca bir araçtır, tek başına bu amacı gerçekleştirebilmeden uzak iken bir de bu nedenleri yasada sınırlı bir şekilde sayıp belirlemekle, yargıca karşı karşıya bulunduğu suç ve suçlu konusunda

cezaları azaltma ve kişiselleştirme imkanından yoksun bırakacağı açıktır. Cezayı azaltıcı takdiri nedenler kurumu bir kez kabul edildikten sonra bunun önceden yasada sayılmak suretiyle sınırlandırılması doğru değildir.

*** Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin belirlenmesi konusunda yargıca serbest bırakan sistem ; (18)**

Uygulandığı Yerler ;

Fransız Ceza Yasasının 463. maddesi,

Macar Ceza Yasasının 89. paragrafı,

1903 tarihli Rus Ceza Yasasının 53. maddesi,

1867 tarihli Belçika Ceza Yasasının 79. maddesi,

1889 tarihli İtalyan Ceza yasasının 59. maddesi,

1932 tarihli Polonya Ceza Yasasının 54. maddesi,

Türk Ceza Yasasının 59. maddesi bu sistemi kabul etmişlerdir.

Ceza Yasamızın da kabul ettiği bu sistem, bizce cezaların kişiselleştirilmesi işleviyle cezada adaleti sağlamada en etkili ve yerinde olan sistemdir. Bu sistemde takdiri indirim nedenlerinin olabileceği kabul edilmiş ve fakat bunlar sınırlandırılmayarak, tayin ve tesbiti tamamen yargılamayı yapan yargıca bırakılmıştır.

*** Cezayı azaltıcı takdiri nedenler kurumunu genel anlamda kabul ile birlikte, yasada belirtmeğe gerek görmeyecek kadar cezayı kişiselleştirmede ileri giden sistem ; (19)**

Uygulandığı Yerler ;

İngiltere,

Hollanda

(18) GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat. a.g.e., s.252

(19) SEZGİN, Servet. a.g.e., s.1319

Ve Amerika bu sistemi kabul etmiş ülkelerdir.

Bu sistemde ceza yasaları içinde takdiri indirim nedenlerinin olabileceğine ilişkin maddi bir hüküm olmamakla birlikte genel anlamıyla cezada adaleti sağlama ve cezaların kişiselleştirilmesi yönünde yargıca geniş yetkiler verilmiştir.

Amerika da yargıç ölüm cezaları hariç diğer cezalarda en aşağı ve yukarı ceza miktarları arasında dilediği bir cezayı tayin edebileceği gibi, cezanın uygulanmasını sonraya da bırakabilir, veya suçluyu probation (deneme süresi) kurumunun gözetimi altına da koyabilir. Cezaların kişiselleştirilmesi konusunda bu kurum geniş rol oynar.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA

"TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ"

I-GENEL OLARAK :

Türk Ceza Yasasında suçlulara verilen cezaları azaltan nedenler "Yasal" ve "**Takdiri**" olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Türk Ceza Yasasının 47. maddesinde, "sınırlı akıl hastalığı", 48. maddesinde "geçici nedenle meydana gelen akıl hastalığı", 51. maddesinde "tahrik" "yasal indirim nedenleri"ne örnek olarak gösterilebilir (20).

Takdiri azaltıcı nedenler de Ceza yasamızın 59. maddesinde ifadesini bulmuştur. Yasa metni ;

" Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı azaltacak takdiri sebepler kabul edilirse idam cezası yerine.müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur.

Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir." şeklindedir.

Ceza Yasamızın 59. maddesinde yerini bulan "takdiri indirim nedenleri", ilk olarak 1926 tarihli Ceza Yasasında yerini almış ve 1936 ile 1953 tarihlerinde yapılan değişikliklerle de bu günkü şeklini almıştır.

(20s) CAN, Yavuz. a.g.e. , s.451

13.03.1926 tarihli ilk metin ;

"Kanuni esbabı muhaffeden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek esbabı takdiriye kabul edilirse idam ve müebbet ağır hapse bedel 24 sene ağır hapis hükmolunur. Müebbet sürgün cezası 5 sene muvakkat sürgüne tebdil edilir. Diğer cezaların altıda birinden üçte birine kadarı indirilir."

23.06.1936 tarih ve 3038 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ;

"Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ölüm cezası yerine 30 ve müebbet ağır hapis yerine 24 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezaların altıda birinden üçte birine kadar indirilir."

15.07.1953 tarihli 6123 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ;

"Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse idam cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükmolunur. Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir."

II -TÜRK CEZA HUKUKUNDA**"TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ" KURUMU :**

Yukarıda da bahsedildiği gibi, yasa koyucu tarafından suçlu tanınmaksızın belirlenmiş olan cezanın, suçluya yudurulması, diğer bir ifadeyle, suç ve suçlunun bütün özellikleri göz önünde tutularak verilmesi gereken en uygun cezayı tayini, kısaca, "Cezanın kişiselleştirilmesi" faaliyeti ancak "Cezayı azaltıcı takdiri nedenler" kurumu ile mümkündür ⁽²¹⁾.

Her suçun cezasının yasada bir aşağı ve bir yukarı had arasında tayin edilmiş olmasına ve bu iki had arasında yargıcın "Genel takdir hakkı"nı kullanarak suçluya verilecek temel cezayı tayin edebileceğine bakarak ayrıca "cezayı azaltıcı takdiri neden" kurumuna ihtiyaç olmadığı sonucuna varmak doğru değildir. Zira yasada ölüm cezası, ömür boyu ağır hapis cezası, nispi para cezası gibi "sabit cezaların" olduğu unutulmamalıdır. Diğer yandan suçların işlenme şekli, suç işleyeninin sosyal ve psikolojik durumu sınırsız bir değişiklik gösterir. Bu nedenle hiçbir suçlu diğerine, hiçbir suç başka suçla benzemez. Olayın bütün özellikleri göz önünde tutularak verilecek cezanın ve

(19) Bkz. (1) numaralı dipnot kaynakları

ancak böyle bir cezanın sosyal ve psikolojik bir değer taşıyabileceği ve bu sınırsız özelliklerin yasada önceden belirlenmesine olanak olmadığı düşünülecek olursa cezayı azaltacak takdiri nedenler kurumunun önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin varlığı "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılık teşkil etmez. Zira takdiri nedenlerle, yasanın verdiği ceza suçlu aleyhine artırılmamakta tam tersine indirilmektedir (22).

Ceza Yasamız, mahkemece "takdiri indirim nedenleri"nin kabulü hakkında cezanın nasıl indirileceğini bildirmekle beraber, nelerin veya ne gibi hallerin takdiri sebep sayılacağını saymamıştır. Doktrinde ise bu alanda bir ölçü verilmemektedir. Çünkü her türlü ölçü, kayıtsız ve şartsız olmadıkça bir anlam ifade etmeyecek olan "takdir" kavramına aykırı düşer (23).

Ceza Yasamız, "cezayı azaltan takdiri nedenler"e 59. maddesinde yer vermiştir. Yasa koyucu bu madde de yapmış olduğu düzenleme ile, cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin bir olayda var olup olmadığını ve nelerin cezayı azaltıcı takdiri nedenler olarak kabul edilebileceği konularını yargıcın mutlak takdirine bırakmış, nelerin bu kavrama gireceğini sayıp göstermeyerek "serbest takdir" sistemini benimsemiştir (24).

Serbest takdir sisteminde, cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin varlığın kabul ve değerlendirme yetkisi, tamamen yargıca ait bir haktır. Nitekim Erem "... herhangi bir hadisede cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin var olup olmadığının belirlenmesi davayı gören yargıca aittir" demek suretiyle bu konuyu açıkça ifade etmektedir (25).

Takdir subjektif bir değerlendirme olduğuna göre, bunu davayı yöneten yargıçtan daha iyi bulup çıkaracak bir kimse olamaz. Zira suç, suçlu ve bununla ilgili her türlü delille, özellikle tanıklarla karşı karşıya olan, duruşmayı yönetmekle bunlarla doğrudan doğruya temas halinde bulunan yargıcın, ilgili davada cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin var olup olmadığının en iyi şekilde değerlendireceğinden kimsenin kuşkusuna gerek yoktur (26).

(22) EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.473

(23) EREM, Faruk. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", "A.Ü.Hukuk Fakültesi Dergisi-1946/3", s.358

(24) SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.679

CAN, Yavuz. a.g.e. , s.454

GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, a.g.e. , s.252

(25) EREM, Faruk. "Türk Ceza Hukuku", Ankara 1960, s.218 vd.

(26) SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.680

Nelerin veya ne gibi hallerin cezayı azaltıcı takdiri neden sayılacağı hususu yasanın gösterilmemiştir. Bunları saymağa imkan yoktur. Takdiri indirim nedenlerine örnek vermek gerekirse; Kendisinin veya başkasının şerefini kurtarmak saiki, geçim zorlukları, temiz geçmiş, suçtan hiçbir zararın meydana gelmemiş olması veya meydana gelen zararın azlığı, suçlunun pişmanlığı, kendi kendini ihbar etmesi, samimi ve tam bir itiraf, kaçmak imkanı varken kaçmamış olmak, suçlunun toplum için büyük hizmet göstermiş bir kimse olması gibi...

III-"TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ" NE GETİRİLEN

SINIRLAMALAR:

Her hangi bir olayı yargıç "Cezayı azaltıcı takdiri neden" olarak kabul edebilir. Fakat burada da bazı sınırlamaların var olduğu muhakkaktır;

• **Yasanın suçun unsuru olarak gördüğü neden, cezayı azaltıcı takdiri neden olarak kabul edilemez.** Örneğin; "kan gütme saiki ile işlenen adam öldürme suçları"nda, kan gütmenin TCY. 59. maddeye konu edilmesi, kan gütmenin TCY. 450/10 maddesinde suçun unsuru olarak belirtilmesinden dolayı mümkün değildir (27).

Nitekim Yargıtay 1. CD. si 26.01.1965 tarih, 1934/136 sayılı ilamında "Suç unsurunu oluşturan kan gütme saikinin, takdiri indirim nedeni sayılması yolsuzdur" demek suretiyle bu konuya dikkat çekmektedir. 1. CD. başka bir kararında da, "Kavgada suçtan zarar gören kişinin ölmemiş olması TCY. nin 464/2 maddesindeki suçun unsurudur. Bundan dolayı ayrıca TCY. nin 59. maddesi ile indirim yapılamaz" (28) demektedir.

• **Cezayı azaltıcı yasal bir neden aynı zamanda takdiri indirim nedeni olarak kabul edilemez.** Örneğin; "Haksız tahrik"in var olduğu bir olayda TCY. 51. madde, "Karşılıklı Hakaret" olayında TCY. 485. madde, suçun işlenmesine mağdur memurun "Keyfi hareket"lerinin sebebiyet vermiş olması

(27) EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.477

MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık-SAVAŞ, Vural. "Türk Ceza Kanunu Yorumu", Ankara 1985, s.1019

SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.681

AKDAÇ, Selami. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1976, s.118

(28) 1. CD. 27.09.1977 , 2729/2740

halinde TCY. 272. madde yerine, TCY. 59. maddede yer alan takdiri indirim nedenlerinin uygulanması doğru değildir⁽²⁹⁾.

Yargıtay 4. CD. si 06.03.1964 tarih, 753/797 sayılı ilamında, "Olay zamanında su sırasının hangi tarafta olduğu araştırılarak, sonucuna göre mağdurun eylem ve hareketi karşısında suçta yasal indirim nedeni bulunup bulunmadığı araştırılmadan, cezadan TCY. nin 59. maddesi ile indirim yapılması bozmayı gerektirmiştir" demektedir.

CGK. bir kararında, " Türk Ceza Yasası "serbest takdir" sistemini kabul etmiştir. Şu kadar ki, indirici neden olarak kabul edilen bir halin, suçun unsurlarından biri veya yasanın özel olarak kaydettiği indirim nedenlerinden biri olmamalıdır" (30) demektedir. Yargıtay 4. CD. si 16.09.1964 tarih, 3289/3679 sayılı ilamında "Mağdur öğretmenin, sanıklara karşı haksız bir harekette bulunmamış olduğu ve mağdurun olaydan önce kızını okula göndermeyen sanıkların akrabalarından Ahmet'i bu nedenle itmiş olmasının, ancak cezanın TCY. nin 59. maddesi uyarınca takdiren indirilmesine yol açabileceği gözetilmeden, cezadan 51. madde ile indirme yapılması bozmayı gerektirmiştir".

IV-UYGULAMA ŞEKLİ :

Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin varlığı halinde, cezanın TCK. 59. maddede gösterilen oranlar dahilinde indirilmesi gerekir. Bu indirme yargıcın suç teşkil eden eyleme vereceği "temel ceza" üzerinden yapılır. İlk önce "temel ceza" bulunur. TCK. 29. maddede sayıldığı sıra ile, cezanın artırılmasına ilişkin nedenler uygulandıktan sonra, cezayı indiren haller uygulanır. En son olarak ta sanığın yaşı, akli hali, cezayı azaltıcı takdiri nedenler ve tekerrür hükümleri uygulanır⁽³¹⁾.

Yasa, takdire bağlı nedenlerin kabulü halinde cezaların indirileceğini beyan etmiştir. TCK. 59.maddesinin hükmü bu anlamda mutlaklıdır. Yani bir suç hakkında yasanın belirlediği cezalardan yalnız birinin değil, hepsinin indirilmesi gerekir. Fakat bu indirme ceza sayılmayacak hususları kapsamamalı-

(29) EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.477

EREM, Faruk. "Türk Ceza Hukuku", Ankara 1960, s.221 vd.

SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.68

(30) CGK. 20.11.1981 , 252/395

(31) ÇAĞLAYAN, M.Muhtar. a.g.e. , s.58

EREM, Faruk. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", "A.Ü.Hukuk Fakültesi Dergisi-1946/3", s.361

dir. Bu nedenle, yasa bir suç hakkında hem "hürriyeti bağlayıcı ceza" hem de "para cezasını" kabul etmiş ise, takdiri nedenlerin varlığı halinde, yalnız hürriyeti bağlayıcı cezanın indirilerek para cezasının indirilmemesi yasaya uygun sayılmaz. (32) Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin kabulü halinde yalnızca cezadan indirim yapılır. Ceza sayılmayan hususlarda takdiri nedenlerle indirim yapılamaz. Örneğin ceza niteliği olmayan emniyet tedbirlerinde böyle bir indirime gidilmesi mümkün değildir. (33)

Yargıtay Özel Dairesi bir kararında, "*Genel güvenlik gözetimi altında bulundurmanın, TCY. nin 11. maddesinde yazılı cezalar arasında olmaması itibariyle ceza değil, tedbir olduğu ve 59. madde ile yapılan indirimin bunu kapsamayacağı gözetilmeyerek, anılan madde ile genel güvenlik gözetimi altında bulundurulma tedbirinden indirme yapılmasındaki isabetsizlik...*" (34) diyerek konuya ilişkin uygulama örneğini vermektedir.

Bir suçta birden fazla takdiri indirim nedeni bulunabilir. Bu durumda her takdiri indirim nedeni ile ayrı ayrı, birden fazla TCY. nin 59.maddesince indirim yapılmaz, yalnızca bir defa uygulanır. Yani her suç için bir kez uygulanabilir. Yargıtay 1. CD. si 27.02.1962 tarih, 425/606 sayılı ilamında, "*Cezayı azaltıcı nedenler bir bütün olarak değerlendirilip, 59. madde bir defa uygulanması gerekirken, ölen çocuğun direğe çarpması olasılığından bahisle 59. madde uygulandıktan sonra ayrıca sanığın iyi huy sahibi olduğunu öne sürerek 59.maddenin ikinci defa uygulanması doğru değildir*" demektedir. Yargıtay CGK. konuya ilişkin bir kararında, "*59. madde, suçun saikleri, ekonomik koşulların etkisi, failin ruhi durumu, geçmişi, zararı tazmin, suçu itiraf gibi yargıcın vicdanında cezayı indirme olarak kabul edilebilecek durumlar varsa söz konusu olur. Fakat, cezayı indirmeye neden olan durumların bir suçta fazla olması bu maddenin sanık hakkında mükerrir uygulanmasını gerektirmez. Bir kere tatbik olunur*" (35) demektedir.

Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin kabulü ile cezaların indirilmesi, cezala-

(32) "TCY nin 59. maddesi ile hürriyeti bağlayıcı cezadan indirim yapıldığı halde temel ağır para cezasından indirim yapılmaması..." (2.CD. 10.05.1999 , 4920/6149)

(33) EREM, Faruk. "Türk Ceza Hukuku", Ankara 1960, s.222
EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.478
ÇAĞLAYAN, M.Muhtar. a.g.e. , s.581
SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.685

(34) 4. CD. 19.11.1963 , 5422/6222

(35) CGK. 21.02.1946 , 294/493

rın içtimandan önce yapılmalıdır. İçtimadan sonra indirim yapılması, cezayı azaltıcı nedenlerin her suça doğrudan doğruya bağlı olması prensibine ters düşmektedir. (36) Yargıtay Özel Dairesinde bir kararında, "TCY. nin 59. maddesinin her bir suç için tayin edilen cezaya ayrı ayrı uygulanması gerekirken cezaların içtimandan sonra uygulanması bozmayı gerektirmiştir" (37) diyerek bu gerçeği vurgulamaktadır.

TCY. nin 59. maddesi uygulanırken, 647 sayılı Yasanın 6. maddesindeki unsurları kapsayan bir ölçü esas alınmışsa, bu ertelemeyi de gerektirir (38).

Yargılama sırasında, takdiri indirim nedenlerinin uygulanması konusunda bir istem var ise mutlaka karada tartışılması gerekir. Yargıç olumlu veya olumsuz görüşünü gerekçeleriyle karara taşımalıdır (39).

Ölüm Cezası: Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin kabulü halinde ölüm cezası yerine ömür boyu ağır hapis cezası verilir.

Ömür boyu Ağır Hapis : Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin kabulü halinde ömür boyu ağır hapis yerine otuz sene ağır hapse hükmolunur.

Diğer Cezalar : Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin kabulü halinde, ölüm ve ömür boyu ağır hapis cezası dışındaki cezalardan altıda bire kadar indirim yapılır. Mevzuat kanun "diğer cezalar" ın altıda birinin indirileceği hükmünü taşımaktadır. Yasamız böyle sabit bir ölçü kabul etmemek suretiyle takdiri nedenlerin olayların özelliklerine daha kolay uydurulabilmesini sağlamıştır. Bu nedenle yasamızın mevzuat yasadaki ayrılması yerinde olmuştur (40).

Altıda bir yapılacak indirimin üst sınırıdır. Bu oranın altında bir miktarda indirim yapmak yargıcın takdirindedir. Örneğin, 1/7, 1/8, 1/9, 1/10

Ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklılık cezasının takdiri nedenlerle azaltılmasına olanak yoktur. Her ne kadar TCK. 59. madde de kullanılan di-

(36) AKDAĞ, Selami. a.g.e. , s.118
MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık-SAVAŞ,Vural. a.g.e. , s.1019
GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat, a.g.e. , s.253
EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.481
SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.686
ÇAĞLAYAN, M.Muhtar. a.g.e. , s.581

(37) 5. CD. 16.02.1993 , 135/605

(38) İBK. 07.06.1976 , 3/4

(39) "Sanık vekilinin TCY nin 59. maddesinin uygulanmasına yönelik istemi hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemesi..." (10. CD. 01.02.1999 ,12828/276). Aynı doğrultuda kararlar için bkz. 10.CD. 10.05.1999 5141/6068 ; 4. CD. 16.02.1999, 12377/83

(40) ÇAĞLAYAN, M.Muhtar. a.g.e. , s.581

ğer cezalar deyimine kamu hizmetlerinden ömür boyu yasaklılık cezası dahil olabilirse de, süresi belli olmayan bu cezanın altıda bire kadar indirilmesi teknik olarak olanaklı değildir. Yasanın ölüm cezası hakkında bile, takdiri nedenlerle indirme yapılmasını kabul etmesine karşın, kamu hizmetlerinden ömür boyu yasaklılık cezasından indirme yapılması olanağını tanımamış olması eleştiri konusu yapılmıştır.

TCK. 59. maddedeki diğer cezalar deyimine nispi para cezaları da dahildir. Cezayı azaltıcı takdiri indirim nedeni var ise, yargıç nispi para cezalarını da altıda birine kadar indirebilir.

Takdiri indirim nedenlerine ilişkin diğer bir konu da, Cumhuriyet Savcısının gerekli görürse, iddianame veya mütalaasında uygulanmasını istediği maddeler arasında takdiri azaltıcı nedenler kurumunun söz konusu 59. maddesini de belirtip belirtemeyeceğidir. Kuşkusuz takdir hakkı yargıcıdır. Fakat adaletin en iyi şekilde gerçekleşmesinde, denetim ve yasal yollara gitme görevi Cumhuriyet Savcısında toplanmaktadır. Bu bir dilektir, uyarıdır, davettir. Aynı nedenlerle Cumhuriyet Savcısı Yüksek Mahkemeye de başvurabilir. Böylece gözden kaçmış bir eksiklik giderilmiş olacaktır ⁽⁴¹⁾.

3.BÖLÜM

"TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİ"NDE YARGITAY DENETİMİ

I-GENEL OLARAK :

Cezayı azaltıcı takdiri indirim nedenleri üzerinde Yargıtay denetiminin olması yada olmaması konusunda uygulama ve doktrinde bir görüş birliğine varılabilmemiş değildir.Yargıcın kabul ettiği takdiri indirim nedenleri üzerinde Yüksek Mahkeme denetiminin olmasının gerekli olduğunu kabul edenler olduğu gibi denetimin "takdir hakkı" ile çelişeceğini belirtenler de vardır.

(41) YALKUT, Necdet. a.g.e. , s.327,328.

"Cumhuriyet Savcısının esas hakkındaki mütalaasında sanığın olay hakkındaki aydınlatıcı beyanları ile duruşmadaki halinin sanığın cezasından takdiri indirmeyi gerektirdiğinin açıklandığı, sanık ve vekili de Cumhuriyet savcısının bu isteklerine katıldıkları belirttikleri halde; mahkemece yasal bir gerekçe gösterilmeden sanığın cezasından 59. madde ile indirim yapılmaması..." (1.CD. 12.10.1976, 2484/3200) Konuya ilişkin Yargıtay Kararları için bkz. 1.CD. 14.06.1969 ,1651/1847 (GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat. a.g.e. ,s.255).

Denetimi Kabul Etmeyen Görüş :

Cezayı azaltıcı takdiri nedenler kurumunun ve Ceza Yasamızın kabul ettiği "serbest takdir sistemi"nin niteliği gereği, bu konuda Yargıtay denetiminden söz edilemeyeceği, zira denetimli bir takdir hakkından bahsetmenin "takdir hakkı" kavramının doğası ile çelişeceğiinden bahsedilebilir (41).

Kural olarak herhangi bir olayda cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin var olup olmadığının belirlenmesi davayı gören yargıca aittir. (42) Yerleşmiş gibi gözükken Yargıtay içtihadına göre, "Yasa hükmü yanlış uygulanmadıkça 59. madde bozma nedeni sayılmaz" (43)

Surlu'ya göre, "Türk Ceza Yasasının kabul ettiği sistem ve konunun "takdir hakkı"na ilişkin olması özellikleri göz önünde tutulacak olursa, Yüksek Mahkemenin bu konuda denetimde bulunmaması daha uygun bir yol olarak görülmektedir". **Surlu**, bu tür denetimin artmasını, yerel mahkemelerin, daha kolay bir şekil olan, sırf takdire dayanılıp gerekçesiz indirmeye götürerek, gerekçe göstermeme alışkanlığına neden olacağını, bu durum da daha sakıncalı bir uygulama tarzı olduğunu belirtmektedir.

Taner'e göre, "Yargıç cezayı hafiflettiği takdirde bunun nedenlerini kararnında göstermelidir. Fakat takdiri indirim nedenlerinin varlığını belirlemek ile bunlara göre cezayı indirme yetkisi, işin hem maddi hem de hukuki yönlerini inceleyen esas mahkemesine ait olmalı, davanın yalnız hukuki yönlerine ve hukuki bir kuralın ihlal edilip edilmediğine bakmakla yetinmesi gereken Temyiz Mahkemesinin bu konuda bir müdahalesi olmamalıdır". (44)

Doktrinde, denetimin gereksizliği şu gerekçeye dayandırılmaktadır; "Neyin makul, neyin makul olmadığı yolunda bir tartışma açılması takdir hakkının ortadan kaldırılmasına neden olur. Yalnız dosyanın incelenmesi ile makul olmayan bir nedenin, davanın bütün aşamaları önünde geçen bir yargıca çok yerinde ve makul gözükmesi mümkündür". (45)

Doktrinin görüşü bu yolda olmasına rağmen Yargıtay'ın bu konuda kesin ve yerleşmiş bir görüşü bulunmamaktadır. Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin var olup olmadığının veya bir hususun böyle bir neden olarak kabul edilip

(41) SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. s. 681,682

(42) EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.474

(43) CGK 31.01.1977, 574/36 – YKD 1978/8, s.1357

(44) TANER, M.Tahir. a.g.e. , s.453,454

(45) EREM, Faruk. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 1946/3, s.358-360

edilmemesinin davayı gören yerel mahkemeye ait olduğunu kabul eden Yüksek Mahkeme kararlarının (46) yanısıra, bu hususları denetime tabi tutan Yargıtay kararlarına da rastlanılmaktadır. (47)

Denetimden Yana Olan Görüş :

Denetimin olması gerektiğini benimseyenlere göre, cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin makul ve mantığa da uygun düşmesi esastır. Tamamen hayali ve işlenen suça ve olaya uygun düşmeyen mantık dışı özelliklerin cezayı azaltıcı neden olarak kabulü uygun değildir (48).

Can, bu konuya Yargıtay'ın doğrudan doğruya müdahale edebileceği görüşüne katılmaktadır. "Zira, gerek ölüm cezalarına ve gerekse müebbet ve muvakkat hapis cezalarına ilişkin takdiri indirim nedenlerinin, yerinde, geçerli ve yasal olup olmadıklarını Yargıtayın denetlemesi gereklidir" demektedir (49).

Konuya ilişkin görüşlerini açıklayan **Yalkut** ise, "*Yargıtay'ın yerel mahkemece takdiri indirim nedeni sayılan bir halin, bu nitelikte sayılmayacağından bahisle hükmü bozmasında hiçbir yanlış yön yoktur. Keza Yargıtay'ın yerel mahkemece takdiri indirim nedeni saymadığı bir hususu, bu nitelikte görerek hükmü bozmasında da olumsuz bir davranışın varlığından bahsedilemez. Yerel mahkemesince makul olmayan veya yerinde kullanılmayan bir hak, takdirde çelişkiler ve hukuki tatminsizlikler yaratacaktır. Oysa sorun adaleti en iyi şekilde gerçekleştirmeğe çalışmaktır. Bu görevi ise, bir güvence, son inceleme yeri olan Yargıtay'ın yapmasından daha doğal bir şey düşünülemez*" (50) demek suretiyle denetimim mutlak ve yerindeliğinden bahsetmektedir.

II-DENETİM ÇEŞİTLERİ :

Yüksek Mahkemenin cezada takdiri indirim nedeni olan TCY. nın 59. maddesinin uygulanmasında esas aldığı kriterlere kısaca değinmek gerekir-

(46) 1.CD. 30.12.1943, 2515/3120 ; CGK 05.01.1942, 1941/1952 ; CGK 17.10.1960, 62/61 ; CGK. 13.03.1961, 6/6

(47) CGK. 26.04.1976 , 204/208 ; CGK. 26.04.1976 , 204/208
2.CD. 13.11.1937, 12785/14080 ; 1.CD. 15.05.1941, 1941/1942 ; 1.CD. 29.08.1960, 3359/1862

(48) SANAL, Adil. a.g.e. , s.1018
GÜLER, Mahmut – MALKOÇ, İsmail. "Türk Ceza Kanunu", Ankara 1996, s.423

(49) CAN, Yavuz. a.g.e. , s.456

(50) YALKUT, Necdet. a.g.e. , s.323,324

se;Yargıtay Ceza Genel Kuralı konuya ilişkin bir kararında, *"Takdir hakkı kullanılırken gösterilen gerekçenin makul olması, hukuk kurallarını zedelemeyecek, yasaların maksat ve amacına aykırı düşmeyecek, vicdanları rahatsız etmeyecek bir nitelik taşıması gerekir. Dört yaşında bir çocuğun ırzına geçtikten sonra, bu suçun kanıt ve izlerini ortadan kaldırmak için onu öldüren sanığa 59. madde uygulanmamalıdır. Türk Ceza Yasasının 59. maddesi bir atıfet maddesi değildir. Denetime tabidir. Bu maddenin uygulanması mahkemenin takdirine ait olmakla beraber, bu takdir hakkı kullanılırken gösterilen sebeplerin makul ve makbul olması gerekir.Bu madde ileride uslanma olanağı bulunan ve suçu tesadüfen işlemiş sanıklar hakkında uygulanabilir"* (51) demektedir.

59. maddenin uygulanmasına ilişkin bu karar bize Yargıtay'ın konuya ilişkin kriterleri noktasında bir fikir vermektedir. Buna göre, 59. maddenin uygulanmasına yönelik takdir hakkı kullanılırken;

- Gösterilen gerekçe "makul" ve "makbul" olmalı,
- Hukuk kuralları zedelenmemeli,
- Yasaların maksat ve amacına aykırı düşülmemeli,
- Vicdanlar rahatsız edilmemelidir.

Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin denetimini üç başlık altında inceleyebiliriz

1. Lehte Denetim
2. Aleyhte Denetim
3. Dolaylı Denetim

LEHTE DENETİM :

Lehte denetimden kastedilmek istenilen, Yargıtay'ın incelediği dosyadan edindiği inançla, olayda cezayı azaltıcı takdiri nedenin bulunduğunu kabul ederek yerel mahkeme kararını bozduğu hallerdir. Bunu Yargıtay Özel Dairesi bir kararında, *"olayda takdiri indirim nedeni var ve yerel mahkemece bu konu tartışılmamış ise, üst mahkeme bu yönde hükmü bozabilir"* (52) demek suretiyle açıkça kabul etmekte ve bu yetkiyi kendinde bulmaktadır.

Surlu'ya göre, Yüksek Mahkeme, esasta yargıcın takdir hakkına karşı-

(51) CGK. 15.12.1980, 335/480 , CGK. 02.04.1991, 81/103 , CGK.25.11.1991, 281/324

(52) 4. CD. 03.04.1964 , 1350/1300.... 1. CD. 07.04.1970 , 2585/1145... 1. CD. 15.05.1991 , 673/1314.

mama kuralını kabulle beraber, kendince zorunlu bulunduğu bazı hallerde, bu görüşünden ayrılarak, yerel mahkeme kararını bu yönde eleştirmektedir (53).

Bir de, bazı suç sayılan eylemlerin, taşıdıkları özelliklerin, yaptırımı tabi tutuldukları yasa maddesinde yumuşatılmamış olmaları, başka bir deyişle, yasal indirimleri belirtilmemiş bulunması hallerinde, yargıcın takdirine müdahale etmekten ziyade, doğan adaletsizliği giderebilmek için, Yargıtay'ın TCK. 59. maddesinin uygulanmasının zorunlu kıldığı durumlara uygulamada rastlanılmaktadır. (54) Yargıtay'ın yerel mahkeme kararlarını bazı özel hususların 59. maddeye mutlaka konu edilmesini belirterek, bozduğu hallere rastlanılmaktadır. Böylece Yüksek Mahkeme belirli suçlarda belirli nedenlerin her zaman cezaı azaltıcı takdiri neden olarak kabulünü istemektedir.

Bu durum "lehte denetim"den farklı bir durum arzetmektedir. Geniş anlamda lehte denetimde Yargıtay, incelediği dosyadaki bir hususu, o dosyaya yönelik olmak üzere 59. maddeye konu olarak düşünüp, kabul edilmesini istemektedir. 59. maddenin uygulanmasını zorunlu kıldığı durumları ise benzer her olayda aramakta, yerel mahkemelerin de aramasını istemektedir.

İncelendiğinde derhal görülecektir ki, bu nedenler, bazı suçlarda, yasa koyucunun yasanın kabulü sırasında düşünemediği ve uygulamanın ortaya çıkardığı, aslında her biri yasal indirim neden olarak dahi düşünülebilecek nitelikte ve derecede, cezanın azaltılmasını gerektiren hususlardır. Bazı suçlarda da, suçun şekli olmasının ve yasal hiçbir azaltmanın uygulanmamış olmasının verdiği katılığın ceza adaletine uygun olarak yumuşatılması şeklinde belirlemektedir. Öyle ki, bu durumlarda, kişiselleştirme yoluyla cezanın asgari haddinin verilmiş olması dahi bu adaletsizliği önleyememektedir.

Bu gibi durumlarda, Yargıtay, yerel mahkeme kararlarını "lehte denetim" de bulunmak amacı ile değil, sadece ortaya çıkan ceza adaletsizliğini bir miktar da olsa gidermek için 59. maddenin mutlaka uygulanmasını isteyerek bozmakta ve bunu bir zorunluluk olarak belirtmektedir. TCY. nın 450. maddesi ile uygulamanın sözkonusu olduğu hallerde, TCY. nın 51/1 maddesi ile 59. maddenin uygulanmasında ömür boyu hapis cezası öngörülmektedir. Yasal indirim nedeniyle, takdiri indirimin uygulanmasında bir farkın bulunmasının hakkaniyete daha uygun olacağı düşüncesi ile, 51/1 maddesinin uygulanmasının zorunlu olduğu hallerde 59. maddenin de birlikte uygulanması suretiyle ada-

(53) SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.682

(54) SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.682,690, 691

letin sağlanması gerçekleşecektir. (55) Yine, TCY. nın 430/2 maddesinde yazılı hallerde TCY. nın 432. maddesinin uygulanması halinde, ceza oranları arasındaki eşitsizliği gidermek için mutlak surette TCY. nın 59. maddesinin uygulanması gerektiği Yüksek Mahkeme içtihatlarınca kabul edilmiştir (56).

Surlu'ya göre de, yasada bu ceza adaletsizliğini hafifletecek bir başka yol olmadığından, Yüksek Mahkemenin bu tutumunu haksız bulmak imkansızdır. (57)

Lehte Denetime İlişkin Yargıtay Kararları :

"Borcun üç bin lirası hariç geri kalan kısmını ödediğin savunan sanığın bu savunmasını alacaklı vekili hazırlık soruşturmasında doğrulamış bulunmasına göre; kısmen ödemeye ilişkin bu durumun takdiri indirime yer verip vermeyeceğinin tartışılması ...". (58)

"Sanığın, mağdure ile evlenmek amacıyla birlikte gittikleri ve sanığın halen de evlenmeye talip bulunduğu anlaşılmasına göre; bu durumun sanık lehine cezayı hafifletici bir neden olduğu düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi...". (59)

"Sanığın, suçun en önemli delilini oluşturan tabancanın yerini söylemesi ve suçunu ikrar etmesi hususları 59. maddenin uygulanmasını gerektiren neden olup olmadığına karar yerinde tartışılması gerekirken, yapılmayarak yazılı şekilde cezayı azaltıcı neden bulunmadığına karar verilmesi ...". (60)

"Sanığın mağdureyi kendi köyüne getirdiği ancak hiçbir şehveti harekette bulunmaksızın kendiliğinden köy muhtarına götürüp teslim ettiği kabul edilmiş bulunmasına rağmen sanık hakkında TCY. nın 432 ve 59. maddelerinin uygulanması gerekeceğinin düşünülmemesi...". (61)

"Altı çocuk annesi olup sabıkası da bulunmayan ve aldığı çorabın değerinin az olan sanığın bu durumuna göre takdiri indirim nedeninin uygulanmaması yerinde değildir". (62)

"Sanığın, pişmanlık duyup işin adliyeye intikalinden önce dolandırdığı

(55) CGK. 23.09.1985 , 177/474 ; 1. CD. 31.05.1991 , 1544/1529 ; 1. CD. 1999, 958/2026

(56) CGK. 05.06.1972 , 41/239 ; 5. CD. 11.01.1990 , 5426/169 ; 5. CD. 13.09.1989 , 2286/3874

(57) SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.690

(58) 4. CD. 03.04.1964 , 1350/1300

(59) 5. CD. 01.02.1963 , 5992/674

(60) 1. CD. 01.12.1963 , 931/1668

(61) 5. CD. 13.09.1989 , 2286/3874

(62) 6. CD. 14.02.1961 , 322/330

parayı borç olarak kabul ettiğini, müştekiye bildirmiş olması durumunun takdiri indirim nedeni kabul edilip edilemeyeceğinin karar yerinde tartışılmaması ...". (63)

"Sanığın tarlasına akmakta olan suyu davacının kendi tarlasına çevirmesi yüzünde olayın çıktığı anlaşılmasına göre sanığın lehine cezayı azaltacak bir neden var olup olmadığının tartışılmadan karar verilmesi ...". (64)

"Çalınan koyunun bedeli duruşma sırasında sanık tarafından ödenmiş olmasına göre bunun takdiri indirim nedeni sayılıp sayılmayacağıın karar yerinde tartışmasız bırakılması ...". (65)

"Mağdurların köy sınırına hayvan sokmalarının olaya yol açmış olmasına göre sanık lehine indirime yer olup olmadığının tartışılmaması ...". (66)

"Sanığın yaptığı suçtan pişman olarak bir miktar para ödemiş olmasının takdiren indirime yol açıp açmayacağıın tartışılmaması ...". (67)

"Mağdurun borcunu vermemesinin olaya neden olduğu anlaşılmasına göre cezayı indirime yer olup olmadığının tartışılmaması ...". (68)

"Cezayı azaltıcı takdiri nedenler, bir yandan cezadan daha fazla adaleti, öte yandan cezanın hem suça ve hem de suçlunun kişiliğine uygunluğunu sağlamak amacı ile kabul edilmiştir. Olayın nedeni, tanıkların anlatımları, suçlunun kişisel durumu göz önünde tutularak ayrıca 59. madde ile cezadan indirim yapılması daha adil iken uygulanmaması yerinde görülmemiştir". (69)

"Esrar miktarının azlığı, takdiri indirim nedeni olup olmadığının tartışılmaması yasaya aykırıdır". (70)

"Suçun sübutu, sanığın ikrarına bağlı olduğundan Ceza Genel Kurulu'nun ve dairesinin yerleşmiş içtihatlarına göre sanık lehine 59. maddenin uygulanmaması ...". (71)

"Taksirle meydana gelen olayda ölenin sanığın yakını olması, tedavisini sağlamak için hastaneye götürmesi şeklinde gösterdiği çabası ve kişiliğinin

(63) 6. CD. 15.01.1960 , 3805/384

(64) 2. CD. 15.02.1946 , 1282/1341

(65) 2. CD. 16.04.1948 , 3913/4107

(66) 4. CD. 18.02.1949 , 1626/1931

(67) 4. CD. 21.05.1949 , 6398/7773

(68) 2. CD. 28.05.1949 , 5863/5803

(69) 1. CD. 07.04.1970 , 2585/1145

(70) CGK. 24.04.1971 , 175/205

(71) 1. CD. 15.05.1991 , 673/1314

olumsuzluğuna ilişkin bir belirleme de bulunmaması karşısında, hakkında 59. maddenin uygulanmasına yer olup olmadığının tartışılmaması ...". (72)

"Olayı açıklığı kavuşturacak hiçbir maddi ve hukuki delilin bulunmaması, suçun sübutu ve vasfının tayininin ikrara bağlı bulunması durumunun sanık lehine 59. maddenin uygulanmasına yol açacağıın gözetilmemesi ..." (73)

"Soruşturma safhasında suçlamayı bütünüyle reddeden sanık aleyhine Hurşit'in isnadından başka delil olmadığı halde, mahkeme aşamasında açıkça ikrar ederek sübutun kabulünde adalete yardımcı olmasına göre 59. maddenin uygulanmaması ...". (74)

"Sanığın rızaen kaçırdığı reşit olmayan mağdureyi hiçbir şehevi hareketle bulunmaksızın iradi olarak jandarma karakoluna teslim ettiği oluşa uygun biçimde kabul edilmesine göre, TCY. nın 432. maddesinin uygulanmasında ceza miktarı yönünden fark bulunmaması nedeni ile doğan adaletsizliğin kısmen de olsa giderilmesi için TCY. nın 59. maddesinin uygulamasının zorunlu olduğunun gözetilmemesi yasaya aykırıdır". (75)

"Borçlu sanık, takip sırasında borcun önemli bir bölümünü ödemesine karşın hakkında TCY. nın 59. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağıın karar yerinde tartışılmaması ...". (76)

"Yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile TCY. nın 59. maddesinin uygulanmamasına karar verilmesi doğru değildir". (77)

"Bir sanığın işlediği suçtan pişmanlık duyduğunu belirtebilmesi için öncelikle suçunu ikrar etmesi gerekir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 10.12.1990 tarih ve 257/1335 sayılı kararında da belirtildiği gibi sorgu bir savunma aracı olup delil sağlamak için kabul edilmiş değildir. Sanığın susması kadar suçunu inkar etmesi de yasal hakkıdır. Bu bağlamda, üzerine yüklenen suçü kabul etmeyen sanık hakkında "işlediği suçtan pişmanlık duyduğu konusunda mahkememize kanaat gelmediğinden" biçimindeki yasal olmayan gerekçe ile TCY. nın 59. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi" (78).

(72) 2. CD. 19.09.1991 , 8597/9585

(73) 1. CD. 02.10.1992 , 1858/2060

(74) 1. CD. 10.11.1992 , 2134/2415

(75) 5. CD. 03.05.1991 , 2138/2359

(76) 8. CD. 25.05.1995 , 6566/7554

(77) 6. CD. 15.06.1999 , 3894/3934

(78) 10.CD. 18.02.1999 ,11352/1406

ALEYHTE DENETİM :

Yargıtayın bazı kararlarında da, yargıcın mutlak takdir yetkisi içinde olması gerektiğini açıkladığımız cezayı azaltıcı takdiri nedenlere "geçerli (makul) olmayan neden" gerekçesiyle aleyhte değinildiğine rastlanılmaktadır. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında "59. maddenin uygulanması için gösterilen nedenlerin, makul olması, hukuk kaidelerini zedelemeyecek, yasaların esas, maksat ve amacına aykırı düşmeyecek ve vicdanları rahatsız etmeyecek nitelik taşıması gerekir" (79) demektedir ; 1. CD. İse bir kararında bunlara "hukuk mantığına uygun olmayı da eklemektedir" (80). Yine Ceza Genel Kurulu 15.12.1980 tarihli kararında "Türk Ceza Yasasının 59. maddesinin uygulanması keyfiyeti mahkemelerin takdirine bağlı ise de, bu takdirin makbul ve makul nedenlere dayanması gerekir" (81) diyerek aynı gerekçeye dayanılıp, mahkemenin takdir hakkı bozma nedeni sayılmıştır.

Doktrinde, bu uygulamanın doğru olmadığı ve bu çeşit kararların yargıçların takdir hakları için ciddi bir tehlike olduğu kabul edilerek bu denetimin gereksizliği şu gerekçeye dayandırılmaktadır ; "Neyin makul, neyin makul olmadığı yolunda bir tartışma açılması takdir hakkının ortadan kaldırılmasına neden olur. Yalnız dosyanın incelenmesi ile makul olmayan bir nedenin, davanın bütün aşamaları önünde geçen bir yargıca çok yerinde ve makul gözükmesi mümkündür" (82).

Karşı görüş sahiplerince de, "Cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin makul olması ve mantığa da uygun düşmesi esastır. Tamamen hayali ve işlenen suç konusuna ve olaya yönelik olmayan mantık dışı özelliklerin cezayı azaltıcı takdiri neden olarak kabulü uygun değildir" denilmektedir (83).

Surlu'ya göre ise, Türk Ceza Yasasının kabul ettiği sistem ve konunun "takdir hakkı"na ilişkin olması özellikleri göz önünde tutulacak olursa, Yüksek Mahkemenin bu konuda denetimde bulunmaması daha uygundur. Bu tür denetimin artması, yerel mahkemeleri, daha kolay bir şekilde olan, sırf takdire da-

(79) CGK. 15.12.1980, 335/480 , CGK. 02.04.1991, 81/103 , CGK.25.11.1991, 281/324 ,

(80) 1.CD. 09.05.1967, 2612/1219

1. CD. 12.04.1967, 808/906

(81) CGK. 15.12.1980, 335/480

(82) EREM, Faruk. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 1946/3, s.358-360
SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.683

(83) SANAL, Adil. a.g.e. , s.1018

yanılıp gerekçesiz indirmeye götürerek, gerekçe göstermeme alışkanlığına neden olacaktır ki, bu durum daha da sakıncalı uygulama tarzıdır ⁽⁸⁴⁾.

Aleyhte Denetime İlişkin Yargıtay Kararları :

"Olay, sanıkların, yaşlı ve kimsesiz olan öldürülen kadının hile ile evine girip sözde isteyip içtikleri suyun bardağını mutfağa götürmekte iken elini kolunu tutmak, ayağını bağlamak, ağzını ve burnunu elle tıkamak ve boynunu kuşakla sıkmak ve etraftan duyulmasını önlemek üzere banyoya götürüp ağzına ve burnuna battaniye tıkamak suretiyle vahşice ve pek adi bir tarzda işkence yaparak ümit ettikleri parasını almak maksadıyla öldürmeleridir.

Sanıklar her türlü kötülükleri manevi benliklerinde edinmiş, her türlü insani, medeni ve ahlaki iyi duygulardan tamamen yoksun ve aksine son derece kötü ahlaklı, kötü ve kirli işleri yapmak ve yürütmeyi alışkanlık edinmiş, toplum için mutlak surette zararlı ve hiçbir neden ve olasılıkla uslanmaları mümkün bulunmayan kimselerdir.

Mahkemece verilen kararda da yukarıda açıklanan durumları kabul ve delillerle teyit olunan sanıklar hakkında, suçlarını ikrar nedeniyle TCY. nın 59. maddesinin uygulanmasında zerre kadar isabet yoktur" ⁽⁸⁵⁾.

"Gerçi, TCY. nın 59. maddesinin uygulanması keyfiyeti mahkemenin takdirine bağlı ise de; bu takdirin, makul ve makbul nedenlere dayanması gerekir. Olayda sanık kocanın, bir başka kadınla gayrimeşru hayat sürmesinin olayın nedenini oluşturduğu, bizzat sanığın hazırlıktaki beyanı ve müştekinin, kendisinden boşanmayı temin kaydıyla dövüldüğü yolundaki iddiası ile, bunu doğrulayan köy muhtarının ifadesinden anlaşılması olmasına ve mahkemece de olayda indirim nedeni bulunmadığı kabul edilmesine rağmen, sanığın mağdur karısını dövmesi herhangi bir nedene dayanacağından söz edilerek, 59. madde ile cezadan indirme yapılması ..." ⁽⁸⁶⁾.

"Sağlık raporuna göre sekiz yaşlarında olup kendisine karşı yapılan eylemi anlayamayacak durumda olan mağdurun, ahlaken mazbut bir çocuk olduğu tanık ifadeleriyle de anlaşılmasına karşın, muayenesine ait raporları inceleyen Adli Tıp Kurumunun mütalaasına göre; "akut livata" nın sonucu oldu-

(84) SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.684

(85) 1. CD. 14.06.1969 , 1651/1847

(86) 2.CD. 04.05.1967, 2160/2806

ğ u bildirilen zarara, yersiz bir şekilde dayanılmak suretiyle 59. madde ile sanığın cezasından indirme yapılması ..." (87).

"59. maddenin uygulanması mahkemenin takdirine bağlı olmakla beraber; bu takdir hakkı kullanılırken gösterilen nedenlerin makul ve makbul olması, hukuk kurallarını zedelemeyecek ve yasaların esas, maksat ve amacına aykırı düşmeyecek ve vicdanları rahatsız etmeyecek bir mahiyet taşıması gerekir" (88).

"İhtiyari sarhoşluğun mazeret nedeni olamayacağı gözetilmeden 59. madde ile indirme yapılması ..." (89).

"Olayı takiben sanıkların ortadan kaybolduklarından üzerlerine şüphe topladıkları ve kaçtıkları İstanbul'da kolluk tarafından yakalanan sanıkların işledikleri suçları ikrar etmeleri halinde, işledikleri suçların vahşeti (ırza geçtikten sonra suçun delil ve emarelerini gizlemek maksadıyla öldürmek) karşısında 59. maddenin uygulanmasını gerektirir takdiri indirim nedeni olarak hak ve nesafete uygun düşmeyeceğinin düşünülmemesi ..." (90).

"Uzaktan akrabası olan bir kadını, iki altın bileziğini almak için öldüren, olayı mütakip kaçan, duruşmada suçu akrabası Zeki adlı şahsa yüklemeye çalışan sanığa verilen cezada 59. maddeden indirim yapılmaması gerektirdi"(91).

DOLAYLI DENETİM:

Yargıtay'ın, cezayı azaltıcı takdiri nedenler kurumunu bir de "takdirde çelişki" den söz ederek dolaylı olarak denetlediği kararlara uygulamada rastlanılmaktadır (92).

Yüksek Mahkeme, " *takdiri azaltıcı neden kabul edilen bir olayda mahkemenin, o suç hakkında yasanın gösterdiği cezanın aşağı haddinden üstün bir cezayı temel ceza olarak kabul etmesini ve artırma-eksiltmelerin bu ceza üzerinden yapılmasını "takdirde çelişki" saymaktadır.*" (93)

(87) 5. CD. 02.02.1963, 5116/769

(88) 1.CD. 09.05.1967, 2612/1219

(89) 4.CD. 29.03.1951, 2242/2242

(90) 1.CD. 01.02.1977, 265/282

(91) CGK. 27.05.1985, 73/307

(92) 2. CD. 13.09.1962, 7212/10397.... CGK. 06.02.1984, 253/50... 4. CD. 27.06.1995, 3249/42

(93) EREM, Faruk. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, 1946/3, s.359

EREM, Faruk. "Türk Ceza kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.475

SURLU, Mehmet Handan. a.g.e., s.684

Bir ceza uygulaması sırasında, o eylem için konulan cezanın asgari haddinden, bireyselleştirme yapılarak genel takdir hakkıyla uzaklaştırılıp, asgari hadden fazla bir cezanın temel ceza olarak alınması halinde ayrıca olayda cezayı azaltıcı takdiri nedenin bulunduğu kabulü ile, TCY.nin 59. maddesiyle indirme yapılmasını Yargıtay'ın "takdirde çelişki" olarak değerlendirilmesini Surlu haklı görmemektedir. **Surlu'ya** göre ; *yargıcın, bir suç için yasanın öngördüğü asgari ve azami sınırı bulunan cezadan bu iki had arasında olmak şartıyla suçluya uyan en uygun temel cezayı belirlemesiyle o olayda cezayı azaltıcı takdiri nedeni kabul edip uygulamayı istemesi, birbirinden tamamen ayrı ve farklı konulardır. Aynı olayda yargıcı, takdiri azaltıcı neden kabulüne sevk edecek bulgularla birlikte cezanın tesirli bir ceza olmasını gerektirecek nedenlerde bulunabilir* (94).

Nitekim Ceza Yasamızın 29. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça, üzerindeki artırma ve eksiltmenin yapılacağı "temel ceza"nın tayininden söz edilmektedir. Bunun yanı sıra, bu görüşe dayanılması halinde, aynı gerekçe geçerli ve sözkonusu olacağından diğer yasal indirme nedenlerinin (örneğin kışkırtmanın) varlığı halinde de asgari haddin uzaklaşmamak gerekecektir. Bu da suçluya uyan en uygun cezanın tayini demek olan temel cezayı belirlemede, yargıcın takdirinin fiilen son bulması ve asgari hadde eylemlerle bağlanması demektir ki, yasanın hem özüne hem de sözün tamamen ters düşer. Bir olayda cezayı azaltıcı takdiri nedenin kabulü, takdire dayanan bütün hükümlerin suçlunun lehinde sonuç verecek tarzda uygulanması zorunluluğunu doğuramaz. Bu nedenle İtalyan Yargıtayı cezayı azaltıcı takdiri neden kabul ettiği halde suçlunun tecil istemini reddeden hükmü çelişkili saymamıştır (95).

TCY. nin 59. maddesi, yani takdiri indirim nedenleri her suç için ayrı ayrı uygulanır. Takdiri indirim nedeni olarak kabul edilen bir gerekçenin sanığın diğer suçunda indirim nedeni olarak görülmemesi de "takdirde çelişki" olarak nitelendirilebilir. Bu doğrultuda Yüksek Mahkemenin konuya ilişkin kararları (96) bulunduğu gibi bunun aksine kararlara (97) da rastlamak mümkündür. Örneğin, Yargıtay 5. CD. 11.03.1993 tarih, 754/1128 sayılı ilamında, *"Sanığın duruşmadaki hal ve davranışlarının lehine takdiri indirim nedeni olarak kabul edilip ırz ve namusa tasaddi suçundan tayin olunan cezadan TCY. nin 59.*

(94) SURLU, Mehmet Handan. a.g.e. , s.684

(95) EREM, Faruk. "Türk Ceza kanunu Şerhi", Ankara 1993, s.475

(96) 5. CD. 12.09.1952 , 1989/2178

(97) CGK. 02.04.1956 , 31/28 ; CGK. 23.01.1956 , 21/19

maddesi uyarınca indirim yapıldığı halde, saldırgan sarhoşluktan yapılan uygulamada dikkate alınmaması bozmayı gerektirmiştir" demektedir.

Dolaylı Denetime İlişkin Yargıtay Kararları :

"Kabule göre, hakaret suçunda haksız hareket tahrik olarak nitelendirilen halin, etkili eylem suçunda takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmek suretiyle takdirde tezada düşülmesi ...". (98)

"lik karar ile, sanık lehine varlığı kabul edilen indirim nedeninin, sonraki kararda gerekçe göstermeksizin yok kabul edilmesi usul ve yasaya aykırıdır"(99).

"Kişilikle ilgili gerekçeye dayanılarak TCY. nın 59. maddesi diğer suçlarda uygulandığı halde, Yaşar'ı yaralamaya kalkışma suçunda uygulanmaması ..." (100).

"TCY. nın 59. maddesi, müşteki Hasan'a karşı olan eylemi nedeniyle sanık hakkında uygulanırken, olayların gelişimi ile çelişen gerekçelerle diğer eylemlerinden dolayı uygulanmaması ..." (101).

"Sanık hakkında TCY. nın 59. maddesi uygulanırken, geçmişte hükümlülüğü olmaması, mahkemedeki tutum ve davranışları olumlu bulunarak cezasından indirim yapılmış olmasına göre, aynı yasanın 276/2 maddesiyle hüküm kurulurken aynı hususların olumsuz olarak nitelendirilmesi sonucu alt sınırın üstünde ceza belirlenmesi suretiyle birbirini çürüten nedenler ileri sürerek gerekçesizliğe yol açılması..." (102)

"Mağdurun sanıklardan, Fahri ile bir müddet nişanlı kaldıktan sonra nişanını bozmuş olması, kaçırma fiilinde takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmiş olmasına göre, konut dokunulmazlığını ihlal fiilinin kaçırmağı teminen aynı etki altında işlenmiş olması bakımından takdiri indirim nedeninin konut dokunulmazlığını ihlal suçu hakkında da dikkate alınması gerekip gerekmediğinin tartışılmaması..." 5. CD.sinin bu yöndeki bozması yerel mahkemece direnilmesi sonucu CGK. na gelmiş olup ; "Eve girmek ve kız kaçırmak eylemleri ayrı ayrı bağımsız birere suçurlar. Bir suç hakkında kabul edilen takdiri indirim nedeninin diğer suça da uygulanması gerekmez. Takdir hakkı yar-

(99) 2. CD. 13.09.1962 , 7212/10397

(99) CGK. 06.02.1984 , 253/50

(100) 4. CD. 01.07.1992 , 4093/4958

(101) 6. CD. 26.10.1992 , 5584/7041

(102) 4. CD. 27.06.1995 , 3249/4287

gıca aittir. Kızın kaçırılması için girilen ev mağdureye ait olmayıp, babasına aittir ve her türlü saldırıdan masundur" (103).

"Aynı olay sırasında cereyan eden sövme fiilinden verilen cezadan TCY. nın 59. maddesine göre indirim yapılmışken, bu maddenin yaralama suçunda uygulanmaması yasaya aykırıdır" (104).

"Yaralamak suçundan dolayı takdiri indirim nedeni kabul edildiği halde, aynı saik ve neden altında işlenmiş bulunan eve girme suçundan dolayı verilen cezadan indirimin dikkate alınmamasının karar yerinde tartışılmaması..." 4. CD. sinin bu yöndeki bozmasının CGK. da görüşülmesinde ; "Başkasına ait olan ve her türlü tecavüz ve saldırıdan korunması yasaca sağlanan eve dışarıda birbirleri ile kavga eden şahısların girme hakkı yoktur. Sanık bu eve mağduru yaralamak kastı ile girmiş olup, yaralamakta kendisi için kabul edilen takdiri indirim nedeni eve girmekte söz konusu olamaz" (105).

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Takdiri indirim nedeni cezaların kişiselleştirilmesinin en önemli ve etkin bir aracıdır. Aynı çeşit suç işleyen faillerden her birinin kişilik ve karakter bakımından özel bir durumu olması karşısında aynı kategoride olan suçlara daima aynı cezayı uygulamak ceza da adaletin sağlanması olanağını yocketmektedir. Yasa koyucu tarafından suçluyu tanımaksızın belirlenmiş olan cezanın, suçluya uygulanması, başka bir deyimle, suç ve suçlunun özellikleri göz önünde tutularak verilmesi gereken en uygun cezanın belirlenmesi "cezaların kişiselleştirilmesi"dir. Cezada takdiri indirim nedenleri kurumu bu işlevi yerine getirmede önemli bir yere sahiptir. Modern hukukun uygulandığı bütün ülkeler tarafında da benimsenmiştir.

Takdiri indirim nedenleri kurumunun kaynağı Fransadır. Uygulamada "Tahdidi" ve "Serbest" olmak üzere iki sistem bulunmaktadır. "Tahdidi" sistem de, takdiri indirim nedeni olabilecek haller yasada sayılmış ve yargıcın takdir hakkı bu anlamda bir kısıtlamaya tabi tutulmuştur. "Serbest" sistem de ise, yargıca takdiri indirim nedenlerinin belirlenmesi konusunda geniş bir yetki verilmiş ve sınırlandırılmamıştır. Yargıç vicdani kanaati doğrultusunda takdiri indirim nedenlerini her olayda belirleme yetkisine sahiptir. Bu anlamda serbest sistem kurumun özünü teşkil eden "takdir" kavramına daha çok uygun düşmektedir. TCY "serbest" sistemi benimsemiştir.

(103) CGK. 02.04.1956 , 31/28

(104) 2. CD. 25.03.1976 , 1505/2708

(105) CGK. 23.01.1956 , 21/19

TCY. nın 59. maddesinin uygulaması Yargıtay denetimine tabidir. Türk Ceza Yasasının kabul ettiği sistem ve konunun "takdir hakkı"na ilişkin olması özellikleri göz önünde tutulacak olursa, Yüksek Mahkemenin bu konuda denetimde bulunmamasının daha uygun olduğunu kabul eden görüş bulunduğu gibi, cezayı azaltıcı takdiri nedenlerin makul ve mantığa da uygun düşmesinin esas olduğunu, işlenen suça ve olaya uygun düşmeyen mantık dışı özelliklerin cezayı azaltıcı neden olarak kabul edilmesinin uygun olmayacağını dolayısıyla "denetimin zorunluluğu"nu kabul eden görüş de bulunmaktadır.

Kanımızca bu konuya denetimin olması ya da olmaması gibi mutlak ve kesin hatlarla çizilmiş bir yönden bakmamak gerekir. Yargıtay'ın, yargıcın konuya ilişkin takdir hakkına doğrudan müdahalesine, takdirin yerindeliliğine ilişkin bir denetimin yerine, kararda konunun tartışılıp tartışılmadığı, gerekçe gösterilip gösterilmediği ve yasa metninden kaynaklanan uygulamaya yönelik hakkaniyete aykırı durumların ortadan kaldırılması anlamında* "yumuşak denetim" yapmasının uygulamaya daha uygun düşeceği, böylece hem kurumun hukuki niteliğinin zarar görmeyeceği hem de uygulamadan doğacak çelişkilerin aza indirileceği görüşündeyiz.

KAYNAKÇA

- AKDAĞ, Selami . "Türk Ceza Kanunu Şerhi" , Ankara 1976
 AKMANLAR, A.Bülent. "Ceza Hakiminin Takdir Selahiyeti" , "Adalet Dergisi 1960/17"
 AYDINÖZ, Selçuk - SANAL, Şemsettin. "Türk Ceza Kanunu" , İstanbul 1979
 CAN, Yavuz. "Ölüm ve Hapis Cezaları Yönünden TCK 59 Maddesinin Uygulanması ve Soruna Yargıtay'ın Müdahalesi" , "Adalet Dergisi"
 ÇAĞLAYAN, M.Muhtar. "Türk Ceza Kanunu-Gerekçeli,Notlu,İçtihatlı", Ankara1969
 ERDURAK, Yılmaz Güngör. "Türk Ceza Kanunu", Ankara 1994
 EREM, Faruk. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", "A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi-1946/3"
 EREM, Faruk. "Türk Ceza Hukuku", Ankara 1960
 EREM, Faruk. "Türk Ceza Kanunu Şerhi", Ankara 1993
 EROL, Haydar. "Türk Ceza Kanunu", Ankara 1999

- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat. "Türk Ceza Kanunu Açıklaması", Ankara 1976
- GÜLER, Mahmut – MALKOÇ, İsmail. "Türk Ceza Kanunu", Ankara 1996
- GÜNER, Şefik. "Yargıcın Takdir Hakkı", "Adalet Dergisi-1974/65"
- İÇEL, Kayıhan – YENİSEY, Feridun. "Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları"
İstanbul 1994
- KISAGÜN, Adli. "Cezanın Ferdileştirilmesi", "Adalet Dergisi-1961/11-12"
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık-SAVAŞ,Vural."Türk Ceza Kanunu Yorumu",Ankara 1985
- SANAL, Adil. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler", "Adalet Dergisi-1965/9"
- SEZGİN, Servet. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerine Bir İnceleme", "Adalet Dergisi-1951/8"
- SURLU, Mehmet Handan. "Cezada Takdiri Hafifletici Nedenler", "Adalet Dergisi 1970/11"
- TANER, M.Tahir. "Ceza Hukuku", İstanbul 1953
- YALKUT, Necdet. "Cezayı Azaltıcı Takdiri Sebepler Üzerinde Bir İnceleme" ,"Adalet Dergisi-1978/3-4"

NOTER SENETLERİNDE SAHTELİK HALİNDE NOTERLERİN HUKUKİ SORUMLULUKLARI

Mustafa ÖZBEK (*)

Anlatım Düzeni: A) Giriş, B) Sahtelik Halinde Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Şartları, I-Fiil, II- Hukuka Aykırılık, III-Zarar, IV-Uygun İliyet Bağı, Sonuç.

A) Giriş

"Resmi senetleri ⁽¹⁾ düzenleyen noterlerin, tamamen sahte bir resmi senet düzenlemiş (veya onaylamış) olması veya resmi senet düzenlenmesi sırasında (veya sonradan) senede gerçeğe aykırı kayıtlar eklemesi" olarak tanımlanan noter senetlerinin sahteliği⁽²⁾, aynı zamanda noterlerin haksız fiil işlemiş olması (BK m. 41) demek olduğundan, noterlerin hukuki sorumluluğuna⁽³⁾ yol açmaktadır⁽⁴⁾.

(*) A. Ü. Hukuk Fakültesi Özel Hukuk (Medeni Usul Hukuku, İcra ve İflâs Hukuku) Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Resmi senetler, ispat gücü yönünden kesin delil teşkil ettiklerinden (HUMK m. 295,I), ancak sahteliklerinin kanıtlanması suretiyle etkisiz kılınabilirler (HUMK m. 314) (Kuru, Baki : Hukuk Muhakemeleri Usulü , C. II, İstanbul 2001, s. 2158 ;Kuru,Baki/Arslan,Ramazan/Yılmaz,Ejder: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001,s. 457; Postacıoğlu, İlhan: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 615; Bilge, Necip/Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 575; Deliduman,Seyit-han: Medeni Usul ve İcra İflâs Hukukunda Noter Senetleri, Ankara 2001, s. 100.

(2) Kuru s. 2158; Kuru/Arslan/Yılmaz s.457; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2001, s. 405.

(3) "...HUMK'un 295,I ve NK'nın 82,III. maddeleri hükümlerine göre noterlikçe onaylanan imza, sahteliği sabit oluncaya kadar geçerlidir. Böyle bir imzanın sahteliği iddiası ise sözleşmenin diğer tarafına olduğu kadar sözleşmedeki imzayı onaylayan notere karşı da ileri sürülmüş bir iddia olup, (iddianın) hükmen sabit görülmesi halinde (verilecek hüküm) noterin NK'nın 162. maddesi uyarınca hukuki sorumluluğuna da yol açabileceği gibi noterin savunması bu davanın sonucunu da etkileyebilir. Şu halde onaylı imzanın sahteliği iddiasının bu imzayı onaylayan noterin taraf olmadığı bir davada incelenip hükme bağlanması usul hukuku ilkelerine uygun düşmemektedir. Bu durumda, mahkemece davacı tarafa ilgili noter aleyhine dava açmak üzere mehil verilerek, açtığı davanın işbu davayla birleştirilmesi halinde noterin de savunmaları ve delilleri incelenmek suretiyle hasıl olacak sonuç dairesinde bir hüküm kurulmalı, notere karşı açılan davanın birleştirilmemesi halinde ise mezkur davanın sonucuna göre bir karar verilmelidir"(11. HD 17.11.1988, 4471/4846 : YKD 1989/5, s. 684-686; Yasa 1990/3, s. 435-437).

(4) Kuru s. 2159; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 457; Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2000, s. 292.

Noterlerin hukuki sorumluluklarını düzenleyen Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinin I. fıkrasına göre: "Stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar". Doktrinde hâkim olan görüşe ve Yargıtayın müstekar içtihatlarına göre, bu fıkra hükmüyle noterler hakkında ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu öngörülmüştür. Kanunun bu maddesinde kusurdan söz edilmemiş olması sebebiyle, noterlerin gerek bizzat işledikleri gerek emirlerinde çalışan kişilerce işlenen fiillerden doğan zararlardan sorumlu tutulmaları halinde, kusursuz sorumluluğa tâbi oldukları kabul edilmektedir. Noterlerin katip, katip adayı ve stajyerlerin fiillerinden doğan sorumluluğu, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde düzenlenen istihdam edenlerin sorumluluğuna benzese de, Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde istihdam edene tanınmış olan kurtuluş beyinnesi ileri sürebilme imkânının noterlere tanınmamış olması hasebiyle burada ağırlaştırılmış bir sorumluluk olduğu belirtilmektedir (5).

Noterlerin bu derece ağır bir sorumluluk altında tutulması, noterlere bırakılan işlerin yanlış yapılmasından dolayı telafisi güç ve ağır zararların doğması tehlikesinin bulunması ve noterlerin, işlemlerinin doğruluğu ve gerçeğe uygunluğu hususunda iş sahiplerine teminat vermesinin gerekmesi (6) mülâhazalarıyla desteklense de, bazı yazarlarca bu durum adalet ve hakkaniyete aykırı görülerek eleştirilmektedir (7). Gerçekten de çoğu zaman gayri adil sonuçların doğmasına yol açarak noterlerin mağdur olmasına neden olan sahtelik fiillerinde, noterlerin hukuki sorumluluklarının sınırını çizirken dikkatli olmak gerekir. Zira, kusursuz sorumluluğun varlığından hareketle, noterlerin yapmış oldukları işlemlerden doğan her türlü zarardan sorumlu olacaklarını

(5) Doğu, Engin: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence (TNBHD 1979/24, s. 18-37 ; YD 1979/3, s. 579-610), s. 22-23; Ulukapı, Ömer/Atalı, Murat: Noterlik Hukuku, Konya 1994, s. 160; Ulukapı, Ömer: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu (Noterlik Hukuku Sempozyumu: 1-2, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları, Ankara 1997, s. 65-85, Notev-Noterlik Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No:1), s. 70-71; Kartal, Bilâl: Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk (YD 1998/3 ş. 343-355), s. 347.

(6) Tandoğan, Halûk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 132; Tandoğan, Halûk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 84.

(7) Ulukapı-Sempozyum s.72; Doğu s.36; Meriç, Nihat: 1512 Sayılı Noterlik Yasasınının 162.Maddesi ile İlgili Düşünceler (TNBHD 194/83, s.39-42), s.42; Bilgin, İsmet: Noterlerin Hukuki Sorumlulukları (TNBHD 1992/74, s.41-44), s. 44; İstanbul Noter Odası Hukuk Komisyonu: Noterlik Kanunu'nun 162. Maddesi Hakkında İstanbul Noter Odası Hukuk Komisyonu Raporu (TNBHD 1993/80, s. 35-37), s. 36.

söylemek mümkün değildir. Noterlerin hukuki sorumluluklarının doğabilmesi için, fiil, hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağı unsurlarının bulunması gerekir⁽⁸⁾. Noterlerin hukuki sorumlulukları sebep sorumluluğuna girdiğinden, noterlere karşı açılan tazminat davalarının kabul edilebilmesi için sadece kusur⁽⁹⁾ unsurunun varlığı aranmayacaktır. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinin özel hükmü gereğince, noterler, kusurları olmasa da yapmış oldukları işlemlerden doğan zararlardan sorumlu olduklarından ve noterlerin bir kurtuluş beyyinesi ileri sürerek bu sorumluluktan kurtulma olanağı da bulunmadığından, bu davalarda ne kusurun ispatına gerek vardır, ne de kusursuzluğun ispatı işe yarar⁽¹⁰⁾. Nitekim uygulamada, nihayetlenen bazı davalarda verilen ve Yargıtayca onaylanan hükümlerde de bu doğrultuda karar verildiği görülmektedir.

B) Sahtelik Halinde Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Şartları

Noterlerin hukuki sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için varlığı gereken unsurlar, somut olaylar da göz önüne alınarak şu şekilde incelenebilir:

I- Fiil

Noterlerin hukuki sorumluluklarının doğabilmesi için öncelikle, kendilerinin veya davranışlarından sorumlu tutuldukları kişilerin görevleriyle ilgili bir fiili bulunmalıdır. Noterlerce yapılan hatalı fiiller kadar, yapılması gerekli olan bir işlemin zamanında yapılmasından kaçınılması da noterlerin sorumluluğuna yol açabilir⁽¹¹⁾. Örneğin: "Noterde, bir iş için vekâlet veren şahsın kimliği araştırılırken, kimliğe tanıklık edenlerin sözlerinden başka, notere gösterilen kimlik belgesinin de doğruluğu araştırılmalıdır. Notere gösterilen kimlik belgesi yalnızca muhtarlık tarafından onanmış bir belgenin işlemi yapan aynı noter tarafından tasdikli suretinden ibaret olup, bu belge kimliğin ispatı için yeterli sayılamaz. Noterin böyle bir belgeyi kimliğin ispatında yeterli görmesi görevi

(8) Ulukapı-Sempozyum s. 72 ; Kartal s. 347.

(9) Kusur, hukuka aykırılıktan farklıdır. Kusur sübjektif bir unsurdur. Hukuka aykırı bir fiili işleyen kimse, bu fiili bilerek işlemişse (veya fiilin hukuka aykırılığını bilebilecek durumda yani ihmali varsa) kınanacak bir davranış sergilemiş olacağından, bu halde hukuka aykırılıkla kusur unsuru bir arada bulunur. Buna karşılık, kusur olmasa da hukuka aykırılık unsuru mevcut bulunabilir. Örneğin, temyiz kudreti olmayan birinin fiili, kusurlu olmasa da hukuka aykırı olabilir. Bu nedenle, kusur ve hukuka aykırılık unsurları birbirlerinden tefrik edilmelidir (İmre. Zahit : Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949, s.14-15; Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 132-133).

(10) Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder: İsbat Yüklü, Büyükçekmece 1980, s. 263.

(11) Ulukapı-Sempozyum s. 73; Doğu s. 23; Kartal s. 347.

savsayıcı bir durum olup TCK 230. maddeye giren bir suç niteliğindedir. Noter hakkında savcılıkça takipsizlik kararı verilmesi ilgilisi tarafından noter aleyhine tazminat davası açılmasına engel değildir. Nüfus kayıtlarının araştırılmasında ve niteliğinin tespitinde beliren bir tür savsamalar, noterin (ortaya çıkan) zarardan sorumluluğunu gerektirir" (12).

Sorumluluğun ilk şartı olan fiil unsuru, uygulamada hukuka aykırılık unsuruyla sıkı bir bağlılık içinde bulunduğundan, bu unsur incelenirken daha ayrıntılı olarak görülebilir.

II- Hukuka Aykırılık

Noterin yapma ya da yapmama şeklinde ortaya çıkan fiilinin hukuka aykırı olması gerekir (13). Başka bir ifade ile noterin fiili, yapılan işlemlerle ilgili olan ve tarafları koruyan hukuk kurallarını ihlâl etmiş bulunmalıdır (14). Örnek olabilecek çeşitli olaylar incelendiğinde bu unsurun önemi daha iyi anlaşılabilir.

Konuyla ilgili bir olayda, notere sahte nüfus cüzdanı ibraz etmek suretiyle adına sahte vekâletname tanzim ettiren bir kişi, bu vekâletnameyi kullanarak, müvekkili olduğunu iddia ettiği kişinin banka hesabından para çekmiştir. Ardından asıl hesap sahibinin, parasını çekmek için bankaya müracaatı üzerine, paranın çekildiği anlaşılmış, hesap sahibince banka aleyhine açılan dava kazanılmış ve sonuçta banka da, sorumlu noter aleyhine bir rüçû davası açmıştır.

Somut olayda değerlendirilmesi gereken konu, davalı noterin kusursuz sorumluluğunun doğabilmesi için varlığı gerekli olan fiil, hukuka aykırılık, zarar ve illiyet bağı unsurlarının mevcut olup olmadığıdır. Nitekim, bu hususların tespiti amacıyla hareket eden mahkeme, atadığı bilirkişi kurulundan davalı noterin kusurlu olup olmadığı; kusurluysa, kusur oranının ne olduğunun ve zararın artmasında davacı bankanın ortak kusurunun bulunup bulunmadığının belirlenmesini talep etmiştir.

Burada öncelikle belirtilmesi gereken nokta, noterlerin kusursuz sorum-

(12) 4. HD 19. 11. 1975, 1724/11763 (İKİD 1976/184, s. 4521-4522); "Noterler iş yaptıran kimselerin, hüviyet ve ehliyetlerini ve hakiki arzularını etraflıca öğrenmekle mükelleftirler. Noterlerin, işlerin yapılmamasından veya hatalı ve eksik yapılmasından dolayı zarar gören ilgililere karşı mali sorumlulukları vardır" (4. HD 18. 11. 1975, 10679/11711 :İKİD 1976/184, s. 4523- 4524).

(13) Tandoğan-Sözleşme Dışı Sorumluluk s. 85.

(14) Doğu s. 24; Kartal s. 348.

luluğa tâbi olmaları nedeniyle (NK m. 162) mahkemece, kusurun varlığından ziyade, kusursuz sorumluluğun unsurlarının bulunup bulunmadığının araştırılmasının gerekli olduğudur. Bu husus ise mahiyeti gereği ⁽¹⁵⁾ hukukun uygulanması anlamına geleceğinden ⁽¹⁶⁾ (HUMK m. 76), çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren bir hal değildir ⁽¹⁷⁾ (HUMK m. 275). Noterlik Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun konuyla ilgili hükümlerini re'sen bulmak ve uygulamak zorunda olan hâkimin, bu uyuşmazlıkla ilgili olarak mevcut hukuki bilgisinin yeterli olmadığını fark etmesi durumunda, o konu üzerine yazılmış ilmi eserleri incelemesi, verilmiş Yargıtay içtihatlarını öğrenmesi ve bunun sonucunda edineceği kanaate göre karar vermesi daha doğru olacaktır ⁽¹⁸⁾ (MK m. 1). Ancak uygulamada, aşırı iş yükü ve hâkimin hukuki bilgisinin eksikliği ⁽¹⁹⁾ nedenleriyle hukuki konularda da bilirkişiye gidilmesinin alışkanlık haline gelmesi yüzünden, somut olayda da bilirkişiye başvurulmuş ve bilirkişi kurulu da, aşağıdaki örneklerde görüleceği gibi, adeta hâkimin yerine geçerek, noterin hukuki sorumluluğu hakkında karar vermiştir. Doktrinde de haklı olarak eleştirildiği gibi ⁽²⁰⁾, çözümü özel ve teknik bilgi gerektiren hallerde bilirkişiye gidilmeli, hukuki sorunlar için bilirkişiye başvurulmamalıdır (HUMK m. 275). Zira, hâkim hukuki konuların bilirkişisidir. Hâkim açısından özel bilgi, "hukuk bilimi dışındaki belli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi" olduğuna göre ⁽²¹⁾, noterin hukuki sorumluluğunun (yani kusursuz sorumlulu-

(15) Kusur, bizatihi hukuki bir kavram olduğundan ve hukuki konularda da kesinlikle bilirkişiye gidilemeyeceğinden, somut olayda, davalı noterin sorumluluğunun tespiti için bilirkişi raporuna ihtiyaç duyulmaması gerekir (Bu konudaki tartışmalar için Bkz. Arslan, Ramazan: Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 25 Mart-26 Mart 1998, s. 131).

(16) Noterin fiilinde kusurunun veya ihmalinin bulunup bulunmadığını belirlemek hâkimin işidir. Hâkim, yaşam deneyi kurallarından yararlanarak, somut olayda kusurun varlığını ve derecesini belirlemeli, bu konuda bilirkişiye başvurmamalıdır. (Aşçıoğlu, Çetin: Kusurun Belirlenmesinde ve Derecelendirilmesinde Hâkimin ve Bilirkişinin Rolü- Sempozyum s. 105-120, s. 117).

(17) Aşçıoğlu, Çetin : Yargılama Çalışmalarında (Hukuk Davalarında) Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi (Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Ankara, tarihsiz, s. 77-95), s. 81.

(18) Arslan, Ramazan : Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi (YD 1989/1-4, s. 156-183), s. 167.

(19) Karayalçın, Yaşar-Sempozyum s. 133.

(20) Arslan s. 167; Arslan, Ramazan: Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri (İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir 2000, s. 190-211), s. 193; Yılmaz, Ejder: Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Alman, İsviçre ve Avusturya Hukuklarında Bilirkişilik (II. Bilirkişilik Eğitim Semineri, TÜRMOB, Ankara 2000, s. 3-27), s. 25 ; Kuru-Usul III s. 2633.

(21) Arslan s. 163.

ğunun) şartlarının oluşup oluşmadığını belirlemek ve Noterlik Kanunu ile Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinin unsur vakıalarının somut olayda bulunup bulunmadığını belirlemek, hiç şüphesiz ki hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi gereken hususlardır. Somut olayda bilirkişiye gidilmesi gereken konu, notere ibraz edilen nüfus cüzdanının sahte olup olmadığı ve iğfal. kabiliyetinin bulunup bulunmadığı vakıası olmalı ve bu vakıa, "noterin hukuki sorumluluğunun belirlenmesi" şeklindeki hukuki konudan ayrılmalıdır ⁽²²⁾.

Uygulamanın aksaklığını bu şekilde belirttikten sonra, bilirkişi kurullarının verdikleri raporların incelenmesi gerekir.

Davada alınan ilk bilirkişi raporu, davalı noteri kusurlu görmüştür. Davalı (noter) vekilinin rapora itirazı üzerine ikinci bilirkişi raporu alınmış, bu raporda davalı noterin herhangi bir kusur ve ihmalinin bulunmadığı belirtilmiştir. Bunun üzerine raporlar arasında çelişki bulunduğundan üçüncü defa bilirkişi incelemesi yapılmış ve bilirkişi kurulu şu sonuca varmıştır: "..... Notere ibraz edilen ve sahteliği iddia edilen nüfus hüviyet cüzdanının sahte olup olmadığını, noterin bakarak tespit etmesi mümkün değildir. Zira, noterin yaptığı işlemin, Noterlik Kanunu ve genelgelere (uygun olması), sahte nüfus cüzdanlarının ele geçirilememiş olması, mevcut nüfus cüzdanlarını noterlerin işlemlerde esas alması, noterlerde sahte para tespiti yapan makineler gibi sahteliği tespit için kullanılan bir makinanın bulunmaması, sadece fotoğrafa bakılarak vekâletname verilmesi, gözle inceleme yapılmak suretiyle işlem görülmesi, notere izafe edilecek bir kusur değildir. – Noter, kendisine ibraz edilen hüviyetin ibraz edilen şahsa ait olup olmadığına, başka bir deyimle sahte olup olmadığına (dair), kendisine bir ihbar gelmedikçe, ibraz edilen bu hüviyete itibar ederek işlem yapar. Dolayısıyla....olayda gerek davalı noter gerek maiyette bulunanlar tarafından yapılan yanlış, eksik ya da kusurlu bir fiil tespit edilememiştir. Davalı noter tarafından tanzim olunan vekâletname sahte olmakla beraber, vekâletname düzenlenmesinde, noter tarafından mevzuat ve uygulamalara uygun hareket edildiği, vekâletnamede biçim bakımından herhangi bir eksik hususun bulunmadığı, ortaya çıkan zararda, davacı (E) Bankası (K) şubesinin bankacılık usul ve mevzuatına uygun davranmamasının rolü olduğu, zira, bankanın vadeli hesap müşterisi olan (MA)'nın hesap kartındaki imzasının vekâletnamedeki imza ile kıyaslanmasının bankaya ait ol-

(22) Arslan s. 167.

duğu izahtan varestedir.-Yukarıda tanımlanan dosya.....üzerinde yaptığımız incelemede, (noter) kendisine ibraz edilen nüfus cüzdanını ancak gözle incelediğinden, bunun sahteliğini anlamak için herhangi bir alet olmadığı gibi, zayıy edilen hüviyet cüzdanlarının da davalı noterce bilinmesi de mümkün olmadığından ve ayrıca nüfus cüzdanları devlet tarafından verilen ve taşıyan kişinin kimliğini belirleyen belge olduğundan, noterlere zayıy edilen hüviyetlerden dolayı herhangi bir bildiri de verilmediğinden, noterin kendisine ibraz edilen hüviyet cüzdanına göre vekâletname düzenlemesinde, kendisine atfedilecek bir kusur bulunmamaktadır. Davacı bankanın, müşteri kartında bulunan imza ile vekâletnamedeki imzayı karşılaştırmadan ödeme yaptığı ve bu işlemten dolayı noterin değil bankanın kusurlu olduğu görüş ve kanaatinde olduğumuza dair ..." (23).

Bilirkişi kurulunun vardığı sonuç doğru olmakla birlikte, dayandığı hukuki gerekçeler eksiktir. Somut olayda belirtilmesi gereken gerekçe, davalı noterin her ne kadar ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğuna tâbı bulunsa da bu durumun, noterin yaptığı işlemlerden doğan her zarardan sorumlu tutulmasını gerektirmediğini, noterin hukuki sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, sebep sorumluluğunun unsurlarının gerçekleşmesinin gerektiği şeklinde olmalıdır. Sebep sorumluluğu için bulunması gereken "hukuka aykırı fiil" unsurunun olayda bulunmadığı, çünkü, noterin (veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin) kendisinden istenen işlemi kanuna uygun olarak yaptığı, gereken ihtimamı gösterdiği vurgulanmalıdır. Ayrıca, davacı bankanın ağır kusurunun, sebep sorumluluğunun doğabilmesi için varlığı zorunlu bir unsur olan "illiyet bağı"nın kestiği de munzam bir gerekçe olarak belirtilmelidir.

Davada verilen bu bilirkişi raporu ilk derece mahkemesince hükme dayanak yapılmış ve şu sonuca varılmıştır (24): "Tüm dosya kapsamı, mevcut deliller, bilirkişi raporları ile her ne kadar 11. Hukuk Dairesinin kararında, 'bankanın noter aleyhine kusurla ilgili rüçû davası açması mümkün olmasına' denilmişse de, öncelikle kusurun tespit edilmesinin gerektiği, çünkü 5.3.1997 tarihli raporda, bankanın da kusurlu olduğunun belirtildiği, daha sonra alınan ve (bu) bilirkişiyi teyit her iki bilirkişi raporunda da, gerek Noterlik Kanunu, ge-

(23) Davada verilen bu üçüncü bilirkişi kurulu raporu, 2.5.2000 tarihli olup, 23.11.1999 tarihli ikinci bilirkişi kurulu raporuyla aynı gerekçelere ve sonuca sahip bulunmaktadır. Raporların tam muhtevaları için Bkz. Safranbolu Asliye Hukuk Mahkemesi, E.1998/430 sayılı dosya.

(24) Safranbolu Asliye Hukuk Mahkemesi, 5.7.2000, E.1998/430, K.2000/153 (Yayımlanmamıştır).

rek uygulama bakımından noterlerin kendilerinden yapılması talep olunan hukuki muameleleri düzenleme hususunda, talep sahiplerinin taleplerini mevzuata uygun olmak kaydıyla yerine getirmek zorunda olduğu, dava dosyasında ise davalı noterin (yaptığı vekâletname tanzim işleminin) hukuki unsurları bakımından geçerli olduğu, vekâletnamenin tek taraflı bir hukuki işlem olduğu, 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun 72. maddesinde belirtildiği üzere, düzenlenen belgelere sadece işlem yaptıracak olanın adresinin yazılmasının (gerekli) olduğu, adı geçenin Safranbolu'daki misafirlik adresinin yazılmamış olmasının düzenlenen vekâletnameyi geçersiz kılmayacağı, ancak bunların nüfus cüzdanı ibraz edilmemiş olmasının gerektirdiği azami dikkat ve itinanın gösterilmemiş olması, mevduat çekilip hesap kapanırken, buna dair belgeler, özellikle ödeme belgesine vekilin ad ve soyadının yazılması sonucu bankanın kusurlu olduğu kanaatine varıldığından davanın reddine karar vermek gerekmiş...".

Davasının reddedilmesi üzerine davacı banka hükmü temyiz etmiştir. Hükmü temyiz aşamasında inceleyen Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, hükmü oy çokluğuyla (iki üyenin muhalif kalmasına karşı üç üyenin olumlu oyuyla) onanmış⁽²⁵⁾ ve karar düzeltme talebini de oy çokluğuyla reddetmiştir⁽²⁶⁾.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin çoğunluk kararına muhalif kalan üyelerin gerekçeleri şöyledir: "Hatalı ödemenin davalı tarafından düzenlenmiş vekâletnameye göre yapıldığı anlaşıldığından, Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi gereği davalı (noter) sorumludur⁽²⁷⁾". "Davalının eyleminde, ağırlaştırılmış objektif sorumluluğunu ortadan kaldıran bir neden bulunmamaktadır. Karar bu nedenle bozulmalıdır⁽²⁸⁾". "Davacı bankanın sahte vekâletle ödeme yaparken kusurlu olması, sahte vekâletnameyi düzenleyen noteri (davalıyı) sorumluluktan kurtarmaz.-Davacının kusurlu davranışları, ancak tazminattan indirim nedenleri olarak kabul edilmelidir"⁽²⁹⁾.

Kanımca, yukarıda izah edilen nedenlerden ötürü, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin onama kararı tamamen doğrudur. Yargıtayın onama kararına mu-

(25) 4.HD 22.3.2001, 11973/2803 (Yayımlanmamıştır).

(26) 4.HD 21.6.2001, 6061/6594 (Yayımlanmamıştır).

(27) Bkz. Üye Salim Öztuna'nın onama kararındaki muhalefet şerhi.

(28) Bkz. Üye Mustafa Kılıçoğlu'nun onama kararındaki muhalefet şerhi.

(29) Bkz. Üye Cengiz Yüksel'in karar düzeltme talebinin reddi kararındaki muhalefet şerhi. Üye Salim Öztuna da karar düzeltme talebinin reddi kararına, onama kararında yazmış olduğu gerekçeyle muhalif kalmıştır. Ancak, Mustafa Kılıçoğlu onama kararına muhalif kalmasına karşın, karar düzeltme talebinin reddi kararına muhalif olmamıştır.

halif kalan üyelerin ileri sürdükleri görüşler, sebep sorumluluğunun özelliklerine uymamaktadır. Her şeyden önce, bankaca yapılan hatalı ödemenin davalı noter tarafından düzenlenen vekâletnameye dayanması, başlı başına noterin sorumluluğunu gerektiren bir neden değildir. Noterin sebep sorumluluğunun doğabilmesi için, yapmış olduğu işlemin hukuka aykırı olması gerektiği gibi, işlemle zarar arasında uygun illiyet bağının da bulunması gerekir. Somut olay dikkatlice incelendiğinde, davalı noterin yapmış olduğu işlemde hukuka ayırılık unsurunun bulunmadığı açıkça görülmektedir. Hukuka ayırılık unsurunun belirlenebilmesi için, işlemin yapılmasında esas alınan nüfus cüzdanının elde edilmesi ve incelenmesi zorunludur. Sahte nüfus cüzdanının ne derece iğfal kabiliyetini haiz olduğu araştırılmalıdır. Nüfus cüzdanı iğfal kabiliyetini haiz değilse, yani noterin makul bir araştırmasıyla nüfus cüzdanının gerçeği yansıtmadığı anlaşılabilir durumdaysa, davalı noterin işlemi yaparken gereken özeni göstermediğine ve bu nedenle de hukuki sorumluluğunun bulunduğu karar verilmelidir. Buna karşılık, sahte nüfus cüzdanının iğfal kabiliyetini haiz bulunduğu, noterin yaptığı veya yapabileceği tüm araştırmalara rağmen, nüfus cüzdanının sahteliğini tespit edemeyecek olduğu anlaşıldığı takdirde, işlemin tanziminde noterin hukuka aykırı bir fiili görülmediğinden sorumlu olmayacağına karar verilmesi gerekir. Oysaki somut olayda, sahte nüfus cüzdanı ele geçirilememiş ve nüfus cüzdanının ne ölçüde iğfal kabiliyetini haiz olduğu anlaşılammıştır. Bu durumda, noterin işleminin hukuka aykırı olduğunu iddia eden ve bu iddiasından (bu vakıadan) kendi lehine (noterin hukuken sorumlu olmasını ve mevcut zararı tazmin etmesini sağlam şeklinde) hak çıkaran banka ⁽³⁰⁾, ispat yükünü yerine getirememiş demektir (MK m. 6). Bunun sonucunda, davalı noterin, söz konusu işlemi hatalı yahut eksik yapmış olduğu (NK m. 162) ispatlanamadığından davacı banka, ispatsızlığın riskini taşımış ⁽³¹⁾ ve davayı kaybetmiştir. Nitekim, konuya bu açıdan yaklaşan 23.11.1999 tarihli ikinci bilirkişi kurulunun raporu daha sağlam gerekçelere sahiptir. Rapor bu hususu şöyle ifade etmiştir: "Davalı noterin, ortaya çıkan zarar nedeniyle olayda kusurlu olup olmadığının tespitinde tabiatıyla öncelikle, (noter) tarafından tanzim olunan vekâletnamenin, Noterlik Kanunu ve uygulamalarına aykırı olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Mezkur vekâletnamenin düzenlenmesine esas teşkil eden (MA)ya ait

(30) Kuru-Usul II s. 1975; Umar/Yılmaz s. 80.

(31) Umar/Yılmaz s. 3.

sahte nüfus cüzdanı ele geçirilememiştir. Burada önemli olan husus, notere ibraz olunan nüfus cüzdanının sahte olup olmadığını, noterin tespit edebileceği durumda olup olmadığıdır-Ülkemizde iş hacminin oldukça yüksek olduğu noterlerde, dava konusu olayda olduğu gibi, her zaman sahte nüfus cüzdanları ile işlem yapılması mümkün bulunmaktadır. Yapılan işlemlerde, ibraz olunan nüfus cüzdanlarına itibar olunmaktadır. İbraz olunan nüfus cüzdanları, noterlerce ancak gözle incelenebilmekte, içeriğindeki bilgilerle resim üzerinde yer alan soğuk damgaya bakılmaktadır. Karabük Asliye 1.Hukuk Mahkemesinin yukarıda belirtilen dosyasında mevcut önceki bilirkişi raporunda da haklı olarak belirtildiği gibi, işlemlere esas alınan hüviyet cüzdanlarının sahteliğinin tespiti için kullanılan bir makine ya da alet mevcut değildir. Bu itibarla, noterlerin ilk bakışta (gözle görülebilecek ya da dikkat çekecek kadar açık bir kesinlik ya da tahrifat olmaksızın) kendilerine ibraz olunan hüviyet cüzdanlarının sahte olup olmadığını kesin olarak belirlemeleri mümkün bulunmaktadır.-Diğer yandan, davalı noter huzurunda tanzim olunan vekâletnamede yer alan imza ile ibranamede yer alan (MA)ya ait imzalar, heyetimizce incelenerek karşılaştırılmış, iki imza arasında gözle görülebilecek derecede bir farklılık bulunmadığı, imzaların birbirlerine oldukça benzediği anlaşılmıştır". Görüldüğü gibi, eylemi hukuka aykırı olmayan noterin, sahte vekâletnameden doğan zarardan sorumlu tutulmaması doğru bir değerlendirmedir ⁽³²⁾. Aksine bir düşüncenin kabulüyle, noterlerin kusursuz sorumlulukları nedeniyle, yapacakları işlemlerden doğan her türlü zararlardan sorumlu olacaklarının ileri sürülmesi, yalnız sebep sorumluluğunun hukuki niteliğiyle çatışmakla kalmaz, aynı zamanda, kamu görevlisi olarak bir kamu hizmeti gören (NK m. 1) noterlerin çalışmalarının tıkanmasına, hizmetlerinin icrasının fiilen imkânsızlaştırılmasına yol açar. Böylesine hatalı bir görüş, noterlerin daima bir tereddüt ve korku içinde kalmalarına neden olarak, hukuki güvenliği ve istikrarı zedeler, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurur. Noterlerin ağırlaştırılmış sebep sorumluluğuna tâbi tutulmalarının dahi, haklı olarak eleştirildiği ve kusura dayalı sorumluluğun benimsenmesinin gerektiği yönündeki görüşlerin tartışıldığı bir ortamda ⁽³³⁾, noterlerin hukuki sorumluluklarını adeta sınırsız kılmak fevkalâde sakıncalı bir yaklaşımdır.

⁽³²⁾ Benzer bir karar için Bkz. 13. HD 1.3.1993, 363/1676 (Demirkur, Salih: Örnek Bir Karar, TNBHD 1994/81, s. 45-48).

⁽³³⁾ Ünal, Mehmet: 1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu) (TNBHD 1999/101, s.48-53), s.53; Tuğay, Mitat: Noterlerin Hukuki Sorumlulukları (TNBHD 1973/1, s. 30-31), s. 30; Doğu s. 36.

Ayrıca, davalı bankanın sahte vekâletnameyle ödeme yaparken kusurlu olması halinin, sahte vekâletnameyi düzenleyen noteri sorumluluktan kurtarmayacağını iddia etmek de fevkalâde hatalı bir görüştür. Bilindiği gibi, sebep sorumluluğunun en önemli unsurlarından biri de illiyet bağıdır. Aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte, burada şu kadarını belirtmek gerekir ki, ister kusur sorumluluğu ister kusursuz sorumluluk olsun, hukuki sorumluluğun en önemli unsuru ve temel şartı, illiyet bağıdır⁽³⁴⁾. Illiyet bağı olmadan bir şahsın hukuki (veya cezai) sorumluluğu düşünülemez. Dolayısıyla, sebeple zararlı sonuç arasında bulunması gereken uygun illiyet bağı, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü şahsın kusuru gibi nedenlerin varlığı halinde kesilir⁽³⁵⁾. Bu durumda ise ilgili şahsın sorumluluğundan söz etmek imkânsız hale gelir. Somut olayda, zarar görenin (bankanın) mevcut kusurunun, noterin sorumluluğunu doğuracak olan sebebi ikinci plana atacak şekilde şiddetli ve yoğun olması nedeniyle⁽³⁶⁾, illiyet bağının kesildiğini kabul etmek ve noteri sorumlu tutmamak şeklinde ulaşılan sonuç doğru olduğu kadar⁽³⁷⁾ hakkaniyete de uygun bir çözüm tarzıdır. Açıklanan nedenlerden dolayı, Yargıtayın gerek onama kararına gerek karar düzeltme talebinin reddi kararına muhalif kalan üyelerin görüşlerine katılmak imkânsızdır.

Benzer bir olay da aynı şekilde gelişmiş, olayda sahte nüfus cüzdanına dayanılmak suretiyle noterden düzenlenen cüzdan ibranamesi kullanılmış ve bankadan (başkasına ait bir hesaptan) para çekilmiştir. Asıl hesap sahibince kendisine karşı açılan alacak davasını kaybeden banka, cüzdan ibranamesini düzenleyen notere karşı (rücû amacıyla) bir tazminat davası açmıştır. Bu davada da, davalı noterin kusurlu olup olmadığının; noter kusurluysa, sorumlu olacağı tazminat miktarının hesaplanması için öncelikle bilirkişi raporu alınmıştır. Davada verilen ve konuyu doğru hukuki gerekçelere dayandıran bilirkişi raporu⁽³⁸⁾ şöyledir: " Davalı noter tarafından 'cüzdan ibranamesi' adı altında düzenlenmiş olan belge, 1512 sayılı ve 18.1.1972 tarihli Noterlik Kanunu'nun 61 ve 102. maddeleri uyarınca 'tutanak şeklinde' yapılmış olan bir 'kimlik ve ifade tesbiti'nden ibarettir.-Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinin bi-

(34) Eren s. 1.

(35) Eren s. 174.

(36) Eren s. 200.

(37) Pulaşlı, Hasan: Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu (TNBHD 1983/39, s. 10-16), s. 12.

(38) Bilirkişi raporunun tam metni için Bkz. Tavas Asliye Hukuk Mahkemesi dosya no: 1998/206.

şinci fıkrasında stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile, noterlerin bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumlu olacakları öngörölmüştür. İlimi ve kazai içtihatlarla baktığımızda, müelliflerin umumiyetle bu fıkra hükmü ile noterler hakkında ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu halinin öngörölmüş bulunduğu noktasında birleştikleri görölr. Ancak, anılan fıkra hükmü noterlerin yapmış olduğu işlemlerden doğan her zarardan sorumlu olacakları şeklinde anlaşılmamalıdır. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinin birinci fıkrası uyarınca noterlerin sorumluluğunun doğabilmesi için bir işin yapılmaması veya hatalı yahut eksik yapılması şarttır. Eğer, noter gördüğü hizmetin gereklerine uygun olarak kendisinden talep olunan işi ifa etmişse, sorumluluğu söz konusu olmaz. Somut olayda, davalı noter veya onun fiillerinden sorumlu olduğu kişiler, gereken özeni göstererek kendilerine ibraz olunan nüfus cüzdanının sahte olup olmadığını araştırmışlarsa, noterin sorumluluğu doğmaz. Anılan kişilerin gereken özeni gösterip göstermediğinin tesbiti ise, onlara ibraz olunan nüfus cüzdanının elde olmasına bağlıdır. Çünkü, ancak bu surette onun ne kadar iğfal kabiliyetini haiz olduğu tesbit olunabilir. -Davalı noterin bu tespit işlemini yaparken esas aldığı nüfus cüzdanı elde olmadığı için, onun ne surette iğfal kabiliyetini haiz olduğunu bilmeye imkan yoktur. Bu yüzden, davalı noterin bu işlemi yaparken gereken özeni göstermediğini; Kanun'daki ifade tarzıyla hatalı veya eksik iş yaptığını söylemek; kısaca ona kusur atfetmek bir faraziyeden öte geçmez. Faraziyelere dayanarak hüküm tesis etmek ise, mümkün değildir. -Öte yandan, gerçek mudi dışında bir kişiye ödeme yapılmasında, davacı bankanın görevlilerinin de ağır kusurlarının bulunduğu dosya münderecatından anlaşılmaktadır. Hatta bu husus, davacı banka adına teftiş yetkisini haiz olan kişilerce de kabul olunmaktadır. Bize göre, davacı banka görevlilerinin ağır kusuru, davalı noterin sorumlu tutulabilmesi için şart olan zarar ile işlem arasındaki uygun illiyet bağını kesecek yoğunlukta-
dır. Yani, somut olayda davalı noterin hatalı veya eksik işlem yapmış olduğu ispatlanabilmiş olsaydı bile, onun sorumlu tutulması mümkün olmazdı."

Davalı noterin hukuki sorumluluğunu, gerek somut olaya gerek sebep sorumluluğunun hukuki unsurlarına uygun olarak tahlil eden bu bilirkişi raporu, mahkeme hükmüne aynen dayanak teşkil etmiş ve ilk derece mahkemesinde şu hüküm ⁽³⁹⁾ tesis edilmiştir: "(Z) bankası davalı noterin yeterli dikkat

(39) Tavas Asliye Hukuk Mahkemesi 15.3.1999, 316/49 (Özbek, Mustafa: Noter Senetlerinde Sahtelik, Ankara 2001, s. 67-68)

ve ihtimamı göstermeden sahte bir nüfus cüzdanına istinaden cüzdan ibranamesi düzenlenmesinden kaynaklandığını ileri sürerek ödeme zorunda kaldığı meblağı davalı noterden talep etmektedir. Davalı noterce cüzdan ibranamesi adı altında düzenlenmiş olan belgenin Noterlik Kanunu'nun 61 ve 102. maddeleri uyarınca tutanak şeklinde yapılmış olan bir kimlik ve ifade tespitinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterlerin bir işin yapılmamasından veyahut hatalı ya da eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumlu olacakları ön görülmüş ise de bu hususun noterler hakkında ağırlaştırılmış bir sebep sorumluluğu halini öngördüğü anlaşılmaktadır. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi..... değerlendirildiğinde, noterlerin yapmış olduğu işlemlerden doğan her zarardan sorumlu olacakları şeklinde anlaşılmamalıdır. Noterlerin sorumluluğunun doğabilmesi için bir işin yapılmaması veya hatalı yahut eksik yapılması şarttır. Eğer, noter gördüğü hizmetin gereklerine uygun olarak kendisinden talep olunan işi ifa etmiş ise sorumluluğu söz konusu olmaz. Dosyanın tetkikinde, davalı noter ve ya onun fiillerinden sorumlu olduğu kişiler, gereken özeni göstererek kendilerine ibraz olunan nüfus cüzdanının sahte olup olmadığını araştırmışlarsa, davalı noterin sorumlu olacağı kabul edilemez. Davalı noterin gereken özeni gösterip göstermediğinin tespiti ise davalı notere ibraz olunan nüfus cüzdanının elde edilip incelenmesine bağlıdır. Çünkü, nüfus cüzdanında yapılan sahteciliğin iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığı hususu nüfus cüzdanının elde edilmesine bağlıdır. Toplanan delillerden davalı notere ibraz edilen sahte nüfus cüzdanının ilk görüşte sahteciliğinin anlaşılabilir nitelikte olduğu da davacı tarafından kanıtlanabilmiş değildir. Aksine davalı vekili tarafından davalı noterin gereken özeni ve ihtimamı gösterdiği belirtilmiştir. Toplanan delillerden ve davalı bankanın idari soruşturma evrakı kapsamında, davalı bankanın şubesinde çalışan görevlilerin ağır kusurlarının bulunduğu ve mudiye ait hesaptaki paranın banka görevlilerinin dikkatsiz davranmaları ve gerekli özeni göstermemelerinden dolayı bir üçüncü şahsa ödemenin yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu şekilde oluşan olaylar karşısında, davacı bankanın, mudiye yapmak zorunda kaldığı ödemeden dolayı davalı noteri sorumlu tutmak mümkün değildir, bu nedenle açılan davanın reddine karar vermek gerekmiştir"

İlk derece mahkemesince yerinde olarak verilen bu hüküm Yargıtay ta-

rafından oybirliğiyle onanmış⁽⁴⁰⁾ ve hükme karşı gidilen karar düzeltme talebi de gene oybirliğiyle reddedilmiştir⁽⁴¹⁾.

15.03.1999 tarihinde nihayetlenen, Tavas Asliye Hukuk mahkemesindeki davayla, 5.7.2000 tarihinde nihayetlenen Safranbolu Asliye Hukuk mahkemesindeki davanın konusu olan olaylar birbiriyle aynıdır. Her iki olayda da sahte olan fakat ele geçirilemeyen bir nüfus cüzdanına dayanılarak noterden bir cüzdan ibranamesi ve vekâletname düzenlenmiş, ardından da bu belgelere dayanılarak başkasına ait bir banka hesabından para çekilmiş ve banka, işlemi yapan noter aleyhine tazminat davası açılmıştır. Ancak ilginç olan husus, Tavas Asliye Hukuk Mahkemesinin hükmü, Yargıtay 4. Hukuk Dairesince oybirliğiyle onanmışken, daha sonraki tarihli Safranbolu Asliye Hukuk mahkemesinin hükmü oyçokluğuyla onanmıştır. İlk derece mahkemelerine ait dosyaların Yargıtayda incelendiği sırada Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin üyelerinde bir değişiklik olmamasına ve her iki davanın da aynı hukuki unsurlara (ve benzer maddi vakialara) dayanmasına rağmen, Tavas Asliye Hukuk Mahkemesi hükmünün onanmasına olumlu oy veren üyeler, Safranbolu Asliye Hukuk mahkemesinin hükmüne muhalif kalmışlardır. Kanımca, Yargıtay'ın onama kararı tamamen doğrudur ve Yargıtay'ın bu davalardaki kararları istikrar kazanmalıdır.

III- Zarar

Noterlerin, yapılmış olan sahte işlemler nedeniyle hukuki sorumluluklarının doğabilmesi için, bu hukuka aykırı işlemin bir zarara yol açmış olması gerekir. Sahte işleme rağmen henüz bir zarar ortaya çıkmamışsa, işlemi yapan noterin sorumluluğundan söz edilemez⁽⁴²⁾.

IV- Uygun İlliyet Bağı

Hukuki sorumluluğun kurucu şartı illiyet bağıdır⁽⁴³⁾. Bu nedenle noterlerin hukuki sorumluluğunun doğabilmesi için, sahte noter senediyle, oluşan

(40) 4. HD 27.9.1999, 5573/7584 (Özbek s. 67).

(41) 4. HD 21.2.2000, 906/1559 (Yayımlanmamıştır).

(42) Doğu s. 23; Kartal s. 348; Ulukapı/Atalı s. 162; Ulukapı-Sempozyum s. 74.

(43) Eren s. 3.

zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması ⁽⁴⁴⁾ gerekir ⁽⁴⁵⁾ (BK m. 41, 96). Zarar, noterin veya eylemlerinden sorumlu tutulduğu kişilerin hukuka aykırı olan davranışlarından doğmalı ve bu davranışların tabii ve uygun bir sonucu (yani zorunlu şartı) olmalıdır ⁽⁴⁶⁾. Buna karşılık, sebeple zararlı sonuç arasındaki uygunluğun (illiyet bağının) mücbir sebep, zarar görenin kusuru veya üçüncü şahsın kusuru nedenleriyle kesilmesi halinde ⁽⁴⁷⁾, noterlerin hukuki sorumluluğu doğmaz ⁽⁴⁸⁾.

Yukarıdaki örnek olaylar incelendiğinde açıkça görülmektedir ki, davacı bankanın gerçek mudi dışında bir kişiye ödeme yapmasında banka görevlilerinin ağır kusurlarının bulunması, davalı noterin işlemiyle zarar arasındaki uygunluğu (illiyet bağı) kesmektedir. Davacı bankanın ödemede bulunurken kusurlu olması halinde, bu durum tazminat miktarının tayininde (tenkis sebebi olarak) esas alınırsa da ⁽⁴⁹⁾ (BK m. 44), tek başına illiyet bağı kesmeye yeterli değildir ⁽⁵⁰⁾. Bunun için, zarar gören olarak bankanın kusurunun illiyet

(44) "Vekâletnamenin dışarıda düzenlendikten sonra yalnız imzasının onanması için notere getirildiği, imza sahibinin notere başvurmadığı ve sahte imzayı taşıyan vekâletnamenin noterlikçe doğru bir imzayı taşıyan belge şeklinde tasdik olunduğu ağır ceza mahkemesinin kesinleşen ilamıyla da sabit olmasına göre, zararlı sonuç, vekâletnamenin sahte olarak düzenlenmiş bulunmasından doğmaktadır. Mahkemece, Adalet Bakanlığı genelgelerine dayanılarak, tapu dairelerinde vekiller eliyle yapılan işlemleri tapu memurlarının, doğrudan doğruya düzenlenmiş vekâletname araması gerektiği, zararlı sonuç doğuran vekâletnamenin notere imza onaması için getirilmiş bulunduğu, ipotek tesisine yeterli olmadığı, tapu memurunun kusuru sonucu meydana gelen zarardan noterin sorumlu tutulmayacağı açıklanarak dava ret olunmuştur. Vekâlet sözleşmesi, şekle bağlı değildir. Resmi daireler önünde yapılan işlemlerde bunun yazılı olmasını aramak, vekilin sıfatının belirtilmesi bakımından yeterlidir. Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü ve Bakanlık Genelgeleri, Genel Müdürlük ile tapu memurları arasındaki iç münasebete ait olup üçüncü kişileri ilgilendirmez. Noterlikçe doğrudan doğruya düzenlenmiş vekâletname aranmasına yer yoktur. Noterin dışarıda düzenlenmiş olan belge altındaki imzayı onarken imza sahibini araması ve onamayı doğru olarak yapması gerekirdi. Noterin bu savsayıcı davranışı ipotek işlemine esas olan belgenin sahte şekilde düzenlenmiş bulunmasına dayanmaktadır. Bu itibarla noterin savsayıcı davranışıyla zarar arasında uygun neden ve sonuç bağı vardır. Memurlarının yanlış davranışından sorumlu olan noter elbette (hatalı işlemler yüzünden) kendi kusurlu davranışı sonunda meydana gelen zarardan sorumludur. Noterin sabit olan sorumluluğu esas alınarak hakkındaki davanın da kabulü gerekir" (4. HD 21.12.1965, 6924/7631: ABD 1966/6, s. 1080-1081; İKİD 1972/137, s. 1059-1060). İlk derece mahkemesinin, Yargıtay kararına direnmesi üzerine, Yargıtay Hukuk genel Kurulu, direnme kararını oy birliğiyle bozmuştur (HGK 9.10.1971, 4-661/579: ABD 1972/2, s. 296-297; İBD 1972/1-2, s. 143-145).

(45) Doğu s. 24; Pulaşlı s. 12; Ulukapı/Atalı s. 163.

(46) Eren s. 59.

(47) Bu konudaki örnek olaylar için Bkz.: Özbek s. 69 vd.; Ünal, Mehmet: Nedensellik Bağı (İllyet Rabitası) (TNBHD 2001/111, s. 47-52), s. 49 vd.

(48) Eren s. 174; İmre s. 201.

(49) İmre s. 17.

(50) Bunun gibi, davalı noterin ortak kusuru varsa, sorumluluğu ağırlaşır ve mücbir sebep, zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru nedenlerinden birinin varlığına rağmen illiyet bağı kesilmez.

bağını kesecek yoğunlukta olması gerekir ⁽⁵¹⁾. Örnek olarak incelenen somut olaylarda, bankanın eylemlerinden sorumlu olduğu memurların kusurlu olan davranışları, uygun illiyet bağını kesecek yoğunlukta ⁽⁵²⁾. Bu nedenle, somut olaylarda, davalı noterin hukuka aykırı bir fiil bulunsa bile hukuki sorumluluğu doğmayacaktır. Aksine bir düşünceyle bankanın zararının tazmini talebinin kabulü, hem objektif hüsnüniyete ⁽⁵³⁾ (MK m. 2) hem de tazminat hukukunun temel ilkelerine aykırı olacaktır. O halde, davacı bankanın, gerekli incelemeleri yapmamak ve özenli davranmamak suretiyle sahte belgelere dayanarak ödeme yapmasında, illiyet bağını kesecek yoğunlukla kusurunun bulunması hasebiyle, dava konusu belgeleri düzenleyen (davalı) noterin hukuki sorumluluğunun bulunmadığını tereddütsüz kabul etmek gerekir ⁽⁵⁴⁾.

Bu görüşe örnek olabilecek bir olayda, notere sahte bir nüfus cüzdanı ibraz edilmiş, başka bir kişi adına sahte vekâletname tanzim ettirilmiş ve bu vekâletname kullanılmak suretiyle asıl mudiye ait para, ilgili banka şubesinden çekilmiştir. Asıl mudiye ikinci kez ödeme yapan banka, zararının tazmini için sahte vekâletnameyi düzenleyen notere tazminat davası açmıştır. Bu arada, davalı noter, hakkında görevi ihmal suçundan dolayı açılmış olan kamu davasından, suçta kullanılan hüviyet cüzdanının ele geçirilememesi ve dolayısıyla iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığının anlaşılabilmesi hasebiyle (delil yetersizliğinden) beraat etmiştir. Sanık ise, yargılandığı Akhisar Ağır Ceza Mahkemesinin hükmüyle, sahte kimlik kullanarak vekâletname tanzim ettirerek para çektiği ve bankayı dolandırdığı için dolandırıcılık suçundan mahkûm olmuş; fakat sahte nüfus cüzdanı elde edilemediği için, sahte nüfus cüzdanı kullanmak suçundan (suçun unsurunun oluştuğu kanıtlanamadığından) beraat etmiştir. Ceza yargılamasının bu şekilde sonuçlanmasından sonra, tazminat davasına bakan mahkeme şu hükmü ⁽⁵⁵⁾ vermiştir: "Hukuk hâkimi Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca olguyu tespit eden ceza mahkemesi kararıyla bağlıdır. Olayda gerçekte (HA) olan kişi, (RB)nin yerine geçerek davalı notere tanzim ettirdiği... vekâletnamenin tanzimi sırasında (RB) adına nüfus cüzdanı ibraz ettiği ve nüfus cüzdanındaki kimlik bilgilerine göre vekâletnamenin tanzim edildiği anlaşılmaktadır. Dosya kapsamına göre

(51) Eren s. 200.

(52) Eren s. 200; İmre s. 203.

(53) Eren s. 190.

(54) Karş. Yargıtay 4. HD'nin 21.6.2001 tarihli, 6061/6594 sayılı karar düzeltme talebinin reddine ilişkin kararındaki üye Cengiz Yüksel'in karşı oy yazısı (Yuk. dn. 29).

(55) Saruhanlı Asliye Hukuk Mahkemesi 18.11.199, 275/301 (Özbek s. 71-72).

noterin sorumluluktan kurtulması için illiyet bağıını kesen bir durumun bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Davacı (banka) tanıkları vekâletnamenin şekle uygun olduğunu, noterden de teyit aldıklarını ve paranın ödendiğini belirtmişlerdir.—Davalı (noter) tanıkları sanığın nüfus cüzdanının soğuk damgalı olduğunu, fotoğrafın ilgiliye uyduğunu, ilgilinin tavırlarında kuşku uyandıran bir durumun bulunmadığını belirtmişlerdir.—Yapılan yargılama, ceza dosyaları kapsamı ve tüm dosya kapsamından..., noterin olaydaki sorumluluğunun Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca kusursuz sorumluluk esasına dayandığı ve ancak zarar görenin veya üçüncü kişinin ağır kusurunun veya mücbir sebep ve halleri gibi illiyet bağıını kesen bir durumun varlığının kanıtlanması halinde sorumluluktan kurtulabileceği ve dava konusu olayda da noterlikçe vekâletname düzenlenmesindeki işlemlerin yasa ile genelgelere uygun gerçekleştirildiği ve Noterlik Kanunu'nun 72. maddesiyle yönetmeliğin 90 ve 91. maddelerine uygun olarak işlemin belgelendirildiği ve dava konusu vekâletnamenin gerçeğe aykırılığı belirlenemeyen ve üçüncü kişiye gerçekleştirilen sahte nüfus cüzdanına dayanılarak gerçekleştirildiği ve böylelikle olayda noterin sorumluluğunu gerektiren uygun illiyet bağıının kesildiği hatta davacı bankanın dahi üçüncü kişiye, gerçekleştirilen sahte nüfus cüzdanına dayanarak (sanık HA'ya)dava konusu paraları ödediği ve davacı bankanın da bu açıdan kusurunun bulunduğu anlaşıldığından davanın reddine karar vermek gerekmiştir."

Sonuç

Sahte kimlik belgesi kullanmak suretiyle noterlere tanzim ettirilen belgelere dayanılarak üçüncü kişilerin zarara uğratılması halinde, noterlerin ağırlaştırılmış sebep sorumluluğunun bulunması nedeniyle (NK m.162), neticede noterlere karşı tazminat davası açılmakta ve uğranılan zararlar noterlere rü-cû edilmeye çalışılmaktadır. Ancak, hakkaniyete uygunluğu son derece tartışmalı olan bu kanunî düzenlemeye rağmen, noterlerin, yapmış oldukları işlemlerden doğan her zarardan koşulsuz olarak sorumlu tutulacakları kabul edilemez. Noterlerin hukuken sorumlu tutulabilmeleri için, sebep sorumluluğunun yukarıda sayılan unsurlarının bulunup bulunmadığı titizlikle araştırılmalı, özellikle, noterin fiilinde gereken dikkat ve özeni sarf etmek suretiyle hukuka aykırı davranmamış olması halinde veya fiille zarar arasındaki uygunluğun (illiyet bağıının) kesilmiş olması durumunda, noterin hiçbir sorumluluğu bulunmamalıdır. Aksine bir yorum, noterlik hizmetinin felce uğratılmasına ve

noterlerin içine düşebilecekleri tereddüt yüzünden çalışamaz hale gelmelerine yol açabilir. Oysa noterlik hizmeti öneminden dolayı tam bir hukuki güvenlik içinde icra edilmelidir. Gerçekten, noterler yaptıkları işlemleriyle yalnız hukuki ihtilafların çözümüne yardımcı olmakla kalmaz, aynı zamanda belirli işlemlere resmiyet kazandırmak suretiyle hukuki güvenliğin tesisine de hizmet ederler (NK m. 1). Klasik kamu hizmetlerinin bir parçası olan adalet hizmetinin görülmesi için çalışan noterler, bu yapılarıyla bir kamu hizmeti icra ederler (NK m. 1). Ayrıca, yargılamanın işleyişine dolaylı olarak katılan noterler, geniş anlamda yargı görevlisi sayılırlar. Keza, devletten maaş almayıp, devletin hiyerarşik yapısına dahil olmamakla beraber, asli ve sürekli bir şekilde adlî hizmetlerin devamını sağlayan noterler, atanma (NK m. 24), denetlenme (NK m. 121) ve özlük hakları bakımından devletle (adalet bakanlığıyla) kamu hukuku ilişkisi içindedirler. Böylece noterler, Anayasanın 128. maddesi anlamında "diğer kamu görevlileri" sınıfına da dahildirler. İzah edilen bu statüleriyle noterler, işlemlerini hiçbir kuşku ve tereddüde düşmeden yapabilmeli ve bu sayede adalet hizmetlerine gerektiği gibi sağlıklı bir biçimde katkıda bulunabilmelidirler. Noterlerin mücadele etmek zorunda oldukları hukuki sorunlar ve özellikle uzun zamandan beri güvenilirliği sağlanamayan, uygulamada okunabilmesinde, sahih olup olmadığının tespit edilebilmesinde dahi güçlüklerle karşılaşılan nüfus cüzdanlarının varlığı ⁽⁵⁶⁾ düşünülürdüğünde, noterlerin hukuki sorumluluklarını belirlerken ne ölçüde dikkatli davranılmasının gerektiği kolaylıkla anlaşılır.

- 000 -

(56) Çakın, Hülya : Kimlik Kartlarının Güvenilirliği ve Noterlerin Hukuki Sorumluluğu (TNBHD 1991/70, s. 21-22), s. 21; Özbek s. 78-80.

SENDİKA GENEL KURULUNUN YARGISAL DENETİMİ

Cihan Yüksel HATİPOĞLU()*

ANLATIM DÜZENİ: Giriş, I- Genel Kurul, 1- Genel Kurulun Oluşumu, 2- Görev ve Yetkileri, 3- Genel Kurulun Toplanması, II- Genel Kurul Toplantısı ile Bu Toplantılarda Alınan Kararların Yargı Denetimi, 1- Genel Kurul Toplantısının Yargı Denetimi, 2- Genel Kurul Toplantısında Yasaya Aykırı Nite-likte Kişisel Suç İşlenmesi ile Yasak Amaç Güden Faaliyet Arasındaki Farkın Yasada Ayırt Edilmesi Zorunluluğu, 3- C.Savcısının Genel Kurul Toplantılarının İptalini İsteme Yetkisinin Sınırlandırılması Eğilimi, 4- Genel Kurul Kararlarının Yargı Denetimi, 5- Mahkemenin Verebileceği Kararların İncelenmesi, III- Sendika Genel Kurulunda Yapılacak Seçimlerde Yargı Gözetimi, 1- Seçimlerde Uyulacak Esaslar, 2- Seçim Sonuçlarına Yapılacak İtirazların İncelenmesi, Değerlendirme ve Sonuç.

GİRİŞ

Sendikalar, kişilerin toplum hayatında örgütlenerek topluca seslerini duyurabildikleri sivil toplum kuruluşlarından biridir. Dernekler, vakıflar ve çeşitli meslek teşekkülleri de kendi kuruluş gayeleri doğrultusunda faaliyetlerini icra ederek toplum hayatımızdaki yerlerini almışlardır.

Önceleri Osmanlılarda her sanat için ayrı ayrı esnaf zaviyeleri kurulmuştu. Bir sanatta ilerlemek isteyen kimse, bazı kurallara uymak zorunda idi⁽¹⁾. Esnaf zaviyeleri XIII.yüzyıldan itibaren, yerlerini loncalara bıraktı. Bunların,

(*) Pazarlar Hakimi

(1) Ağaoğlu, S. / Hüdayioğlu, S. : İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1939, s.76-80.

"orta veya teavün sandığı" denilen yardım teşkilatları vardı. O dönemde işçi ve sanatkarların haklarını korumada bu kuruluşlar etkili olmuştur⁽²⁾.

Uluslararası alanda, 4/10/1950 tarihinde Roma'da Avrupa Konseyine üye devletler arasında imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesiyle işçi-memur⁽³⁾ ayrımı gözetmeksizin herkese, sendika kurma hakkının tanındığı görülmektedir⁽⁴⁾.

Türkiye'de işçi ve işveren sendikalarının kurulmasına 20 Şubat 1947 tarihli kanunla izin verilmiştir. Bundan sonra sendikacılığın oldukça hızlı bir gelişme izlemiştir. Mesela; Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonunun (Türk-İş) üyelerinin sayısı 10 yıl sonra 420'e ulaşmıştır⁽⁵⁾. 1961 Anayasası Türk sendikacılığı için bu sebeple yeni bir dönemin başlangıcı olmuştur. Bu Anayasa, işçilere sendika özgürlüğü yanında iktisadi ve sosyal haklarını geliştirmelerini sağlayan toplu sözleşme ve grev haklarını da tanımıştır(m.46,47). 1963 yılında yürürlüğe giren 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile birlikte işçilerin haklarını en iyi biçimde alabilmeleri için gerekli ortam hazırlanmıştır⁽⁶⁾.

1982 Anayasasına gelince, 18/10/1982 tarih ve 2709 sayılı Anayasanın 51. maddesi 'Sendika Kurma Hakkı' başlığını taşımaktadır. 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla değişik bu hükme göre, çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik, sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma hakkına sahiptirler. 5/5/1983 tarih ve 2821 sayılı Sendikalar Yasasının 2.maddesinin 10.fıkrasında ise, sendikanın tanımı şu şekilde yapılmıştır: "..... işçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için meydana getirdikleri tüzel kişili-

(2) Saymen, F.H. : Türkiye'de Sosyal Sigortaların Gelişme Temayülleri, İ.H.F.M. S. 3-4 İstanbul 1953, s. 1090.

(3) Memurların sendika kurma hakları hakkında geniş bilgi için bkz. Gülmez, M.: Memurlar ve Sendikal Haklar, Ankara 1990, s.223.

(4) Geniş bilgi için bkz. Sur, M.: İş Hukukunun Uluslararası Kaynakları, Avrupa Konseyince Kabul Edilen Belgeler İzmir 1995, s.24 ; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin asıl adı "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme" dir(Sur, 7). Türkiye ise, bu anlaşmayı 12 Aralık 1949 tarih ve 5456 sayılı Yasayla onaylayarak, Avrupa Konseyine katılmıştır(Avrupa Konseyinin Kurulması Hakkındaki Statünün Onanması Hakkında Kanun RG.17 . alık 1949 tarih ve 7382 sayılı).

(5) Türk İş Dergisi, Özel Sayı 21 Aralık 1983, s. 2-3.

(6) Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri Gözden Geçirilmiş 9.B. , İstanbul 1988, s. 281.

ğe sahip kuruluşlardır⁽⁷⁾." Anayasada son değişiklik getiren bu hüküm ile kamu alanında çalışanları da içine alacak şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine paralel bir düzenleme getirilmiştir. Anayasanın tanımına memur-işçi bütün çalışanları kapsamaması bakımından eklenecek bir şey yoktur. Ancak bu açıklamalar ışığında işçiler ve işverenlerle sınırlı kalmak kaydıyla sendikayı şu şekilde tanımlamak mümkündür: Türk vatandaşı statüsündeki işçiler veya işverenler tarafından, aynı işkolunda çalışan meslektaşlarının çalışma hayatındaki ekonomik, sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek üzere, önceden izin almadan kurulan Türkiye çapında faaliyet gösteren, devlete ve birbirine karşı bağımsız olan, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz kuruluşlardır⁽⁸⁾.

Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara malik olmakla fiil ehliyetini kazanırlar(4721 sayılı TMK.m.49 ; Mülga MK.m.47). Sendikalar ise, yasada belirtilen belgeler ile tüzüğün ilgili valiliğe tevdi ile tüzel kişilik kazanır(Send. K.m.6/ 3). Bu özelliği itibarıyla tüzel kişilerin fiil ehliyetine ilişkin kural sendikalarda da geçerlidir⁽⁹⁾.

Çalışmamızın alanını ve sınırlarını ortaya koyacak olursak, bu çalışmada işçi ve işveren sendikalarının genel kurulların yargisal denetimi Türk hukuku bakımından ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Memur sendikaları ile sendika genel kurulun idari denetimi bu çalışmanın dışında bırakılmıştır. Çalışmanın eksik yönleri olması da muhtemeldir.

Sendikaların zorunlu organları Yasanın 9.maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar genel kurul, yönetim kurulu, denetleme kurulu ve disiplin kuruludur. Derneklerin zorunlu organlarından denetleme kurulu Dernekler Kanununun 19.maddesinde düzenlenmesine rağmen, genel kurul ile yönetim kurulu mülga MK.m.57-62 arasında yer almıştı. 22 /11/ 2001 tarih ve 4721 sayılı TMK.'da bütün zorunlu organlar tıpkı Sendikalar Kanununda olduğu gibi aynı hükümde toplanarak paralel bir düzenleme getirilmiştir(4721 sayılı TMK.m.72).

(7) Çalışmamızın bundan sonraki kısmında 2821 sayılı Sendikalar Kanunundan kısaca 'Yasa' diye söz edeceğiz.

(8) Demircioğlu, M. / Centel, T.: İş Hukuku 3.B. , İstanbul 1993, s. 145 ; Tunçomağ, K.: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s.265 ; Çelik, s.268 ; Şahlanan, F.: Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995, s.2 ; Çelik, N.: İş Hukuku II Kollektif İş Hukuku, Sendikalar , 2.B. İstanbul 1979, s.38 ; Sümer, H.H. : İş Hukuku, Güncelleştirilmiş 7.B. Konya 2000, s.129.

(9) Belki de bunun bir sonucu olarak, Dernekler Kanununa paralel olarak, tüzel kişilik kurulduktan sonra ilk genel kurul toplantısına kadar sendikayı veya konfederasyonları idare edecek kişilerin kimliklerinin ilan edilmesi zorunluluğunu gösteren bir hüküm vaz' edilmiştir (Send.K.m.8; Karş. Der.K.m.9/ 2).

I-GENEL KURUL

Bütün tüzel kişilerde zorunlu organların neler olduğu yasalar tarafından gösterilmiştir⁽¹⁰⁾. Sendikalarda ise, tüzel kişiliğin varlığını doğrudan doğruya ve esaslı bir şekilde etkileyen ve hukuki sonuç doğran bütün kararları alma-ya yetkili organ, genel kuruldur. Yasanın 9 ve devamı maddeleri dikkatle incelendiğinde, sendikaların diğer zorunlu organlarının seçiminden; yönetim ve denetleme kurulunun ibrası ve sendikanın feshedilmesine kadar, önemli yetkilerle donatıldığı gözönüne alındığında, genel kurulun sendikanın zorunlu organlarının en önemlisi olduğu görülür.

1-Genel Kurulun Oluşumu

2821 sayılı Yasanın 4/4/1995 tarih ve 4101 sayılı Kanunla⁽¹¹⁾ değişik 10. maddesi " Genel kurulların oluşması" başlığını taşımaktadır. Bu hükme göre, belli sayıya kadar işkolunda çalışan her işçi, sendika üyesi olmak kaydıyla genel kurulun doğal üyesi sayılır. Yasa işçi ve işveren sendikalarının genel kurullarını oluşumu konusunda iki ayrı düzenleme getirmiştir.

aa-) İşçi Sendikası Şubesi Genel Kurulunun Oluşumu

Yasal düzenlemeye göre, işçi sendikası şubesinin faaliyet sahasındaki işyerlerinde çalışan sendikalı işçi sayısı beşyüzü aştığı takdirde şube genel kurulu delege esasına göre yapılır(Send.K.m.10/ 1). Delege esasının geçerli olduğu durumlarda, üye sayısı çok olan sendikalarda genel kurula seçilmeyen üyelerle seçilen delegeler arasında temsil açısından yetki devrinin yasal bir zorunluluk olduğu hükme bağlanmış bulunmaktadır. Ne var ki, yasanın aradığı sayıda, sendikalı işçi çalıştığı takdirde şube genel kurulunun oluşumunda sendikayı teşkil eden üyelerin genel kurulda temsili konusunda üyeler ile seçilen delegeler arasındaki hukuki ilişkinin niteliği tartışmalıdır. Öğretideki bir fikre göre, bu durum; genel kurulda temsile yetkili delegelik sıfatının⁽¹²⁾ kazanılmasının bir sonucudur.

(10) Tüzel Kişilerde organ kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. Öztan, B.: Medeni hukuk Tüzel Kişilerinde Organ

(11) Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluk, Ankara 1970. 4101 sayılı Yasanın değerlendirilmesi ve eleştirisi için bkz. Sümer, H.H. : Sendikalar Kanununda Yapılan Değişiklikler, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1996, C.10 S.2 s.3-14.

(12) Başbuğ, A. : Sendika Genel Kurulunda Delegelik Sıfatı ve Bu sıfatın Tespitinde Hukuka Aykırılığın Genel Kurula Etkisi, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi Ankara 2000, s.497-510.

Bu fikre göre, BK.32 ve devamı maddelerinde öngörülen bir temsil dışında, sendikalara özgü demokratik temsildir. Bir tür sui generis temsil. Yasanın 10. maddesinin yorumu acaba bizi vekalet akdine götürebilir mi? Sendikalar, işçi ve işverenler tarafından kurulan özel hukuk tüzel kişisi olduğu dikkate alındığında genel kurul delegelerinin aldığı kararlar; üyelerle birlikte bütün olarak sendika tüzel kişiliğini bağladığından, üyelerle delegeler arasındaki ilişkiyi vekalet akdi olarak kabul etmek mümkün olabilir. Elbette ki bu sonuca varmak için doğal delegelik kavramını bundan ayrı tutmak gerekir⁽¹³⁾.

aaa) Genel Kurula Katılacak Delegelerin Seçimi

Genel kurula katılacak delegelerin seçimine gelince, delegeler üyeler tarafından serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına ve sendika tüzüğüne göre seçilir(Send.K.m.10/ 1). İşçi sendikası şubesinin delege esasına göre teşkili ise, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunun 1. maddesinde sayılan seçimler arasında görülmemektedir. İl ve ilçe seçim kurullarının görev ve yetkilerini düzenleyen Yasanın 16. ve 20. maddelerinde bildirilen bir "kanun hükmü" de sözkonusu değildir. Bu itibarla, Sendikalar Kanununun 14. maddesinde belirtilen seçimlerden olmadığından, yargı gözetimi dışında tamamen sendika tüzüğüne göre, bu seçimin yapılması gerekir. Nitekim, YSK. da Send. K.m. 10. maddesinde öngörülen seçimlerin; şube delegelerine yönelik olduğunda duraksamaya yer olmadığını belirterek bu seçimler nedeniyle çıkan uyuşmazlıklarda il ve ilçe seçim kurullarının görevli olmadıklarını böylelikle yargı gözetimi dışında olduğunu bildirmiştir⁽¹⁴⁾.

(13) Doğal delegelik kavramı ile ilgili olarak bkz. Can, M. : Sendika İçi Demokrasinin Tikanıklıkları, Çimento İşveren Dergisi C. 11 s. 1 Ocak 1997, s.15-17 ; Başbuğ, s. 499.

(14) YSK. 29/4/1995 tarih ve 144 nolu karar için bkz. Yüksek Seçim Kurulu İlke Kararları 1995-1996-1997 Yılları Ankara 1999, s.44-45; YSK. 21/6/1992 tarih ve 130 no'lu kararında da, 2821 sayılı Yasanın 10.maddesinin düzenlemenin şube delegelerine ait olduğunu, giderek il ve ilçe seçim kurullarının bu seçimlerde görevli olmadıklarından, bu seçimler dolayısıyla çıkacak uyuşmazlıklarda görevli olmadığı açıkça belirtilmiştir. Söz konusu karar Türkiye Maden İş Sendikası Murgul Şubesinin II. olağan genel kurul üyelerinin seçiminden önce, bazı işçilerin adaylıklarını yazıyla şube ilçe seçim kurulu başkanlığına bildirdikleri, aralıklarla yapılan seçimi kazananların ilan edildiği buna yapılan itirazları Borçka ve Artvin Seçim kurulları tarafından 2821 sayılı Yasanın 14. maddesi gereğince yargı yönetimi altında yapılmadığından söz edilerek yapılan seçimin iptal edildiğini son olarak Artvin İl Seçim Kurulunca verilen 8/6/1992 gün ve 10 sayılı kararına itiraz üzerine, YSK.'nun görevlerini düzenleyen, 298 sayılı Yasanın 14.maddesi ile Anayasanın 79. maddesinde bildirilen görevleri dışında olduğundan bahisle yapılan itiraz hakkında herhangi bir karar vermeye yer olmadığına karar vermiştir.

YSK.'nun kararları yürürlükteki hukuk bakımından doğrudur. Ancak, olması gereken hukuk açısından, YSK'a; görevli olmadığı halde il seçim kurulunun yasa yoluyla ilçe seçim kurulunun kararını inceleyerek verdiği kararı, kaldırma yetkisinin verilmesi gerekir. Hukuk devletinin de gereği budur. Böylece, hukukta istikrar ve güven tesis edilmiş olacaktır.

bbb-) Seçimin Hukuka Aykırı Yapılması Halinde İzlenecek Yol

Yargı gözetimi dışında yapılan seçimlerde herhangi bir hukuka aykırılık olduğu ya da tüzükteki esasların yasaya ve sendikaların demokratik yapısına aykırı olduğunda yapılan seçimin iptali, yerel iş mahkemesinden istenmelidir(Send.K.m.63 / 2).

bb-) İşçi Sendikası Genel Kurulunun Oluşumu

İşçi sendikası genel kurulu, kural olarak üyelerden oluşur. Ancak üye sayısı binden fazla ise, o takdirde, genel kurulunun teşkili yukarıda sözünü ettiğimiz delege esasına göre yapılır. Şubesi bulunan sendikalarda delegeler, şube genel kurullarınca; şubesi bulunmayan sendikalarda delegeler ikinci fıkradaki usul uyarınca üyeler tarafından serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına ve sendika tüzüğüne göre seçilir(Send.K.m.10/3). Sendika genel kurulunun delege sayısı ikiyüzden az beşyüzden çok olmamak üzere tüzüğünde sayısı belirlenebilir(Send.K.m.7 / 6 ; m. 10/3).

cc-) İşveren Sendikası Genel Kurulunun Oluşumu

İşveren sendikaları genel kurulu, eğer gerçek kişilerden oluşuyorsa, üyelerden oluşur. Ancak üyeler arasında tüzel kişi var ise, bu üye sendika genel kurulunda kendisini yasal temsilcileriyle temsil ettirebilir. Üye ve temsilci sayısı bini aştığı takdirde delegeler, 10. maddenin 2. fıkrasındaki usul uyarınca üye ve temsilcilerce kendi aralarından seçilir (Send.K.m.10/3).

İşçi ve işveren sendikalarında, seçilen delegelerin görevi, bir sonraki olağan genel kurul için yapılacak delege seçimi tarihine kadar devam eder (Send.K.m.10/7).

2- Görev ve Yetkileri

Genel kurula, sendikanın en temel organı olması sebebiyle diğer organların seçimi ve tüzük değişikliğinden, sendikanın feshine kadar, nitelikli görev ve yetkiler verilmiştir.

Genel kurulun görevleri Yasanın 11. maddesinde düzenlenmiştir. Bunlar: 1- Organların seçimi, 2- Tüzük değişikliği, 3- Yönetim ve denetim kurulları raporlarının görüşülmesi, 4- Yönetim ve denetleme kurulunun ibrası, 5- Yönetim kurulunca hazırlanan bütçenin görüşülüp aynen veya değiştirilerek kabulü, 6- Gerekli taşınmaz malların satın alınması veya mevcut taşınmaz malların satılması hususunda yönetim kuruluna yetki verilmesi, 7- Konfederasyon-

lara üye olma, 8- Şube açma veya bu konuda yönetim kuruluna yetki verme, şubeleri birleştirme ve kapatma, 9- Aynı türden olmak şartıyla bir başka sendika veya konfederasyonla birleşme ve katılma, 10- Sendika ve konfederasyonun uluslararası işçi veya işveren kuruluşlarını üye olması veya üyelikten çekilmesi, 11- Feshetme, 12- Mevzuatta veya tüzüklerinde genel kurulca yapılması belirtilen diğer işlemlerin yerine getirilmesi, bir başka organa bırakılmamış konuların karara bağlanması, 13- Delege seçiminde uyulacak esasların kanuna aykırı olmamak üzere düzenlenmesi, şeklinde kısaca özetleyebiliriz.

Ancak şube genel kurulları yukarıda bildirilen, 1, 3, 4 ve 12 no'lu bentlerde sayılan yetkileri yapabilirler. Bu görevlerin incelenmesi sonucunda, sendikaların genel kurulları, derneklerinkine göre daha geniş yetkilerle donatıldığı görülür. Zira, sendikalar işkolu esasına göre Türkiye çapında faaliyet gösteren kuruluşlar olduğundan işkolunda çalışan sendikalı üye sayısı arttıkça, üyelerin sendikada temsili ve neticede sendika içi demokrasinin gerçekleştirilmesi zorlaştığından, kanun koyucu isabetli bir düzenlemeyle genel kurulda üyelerin temsiline, derneklerden farklı olarak delege usulüyle meydana geleceğini öngörmüştür. Ayrıca, 4101 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle sendikaların genel kurullarına delege seçiminde uyulacak esasları düzenleme yetkisi de verilmiştir. Genel kurul bu düzenlemeyi yaparken kanuna – daha doğrusu hukukun emredici hükümlerine uygun yapmalıdır.

Özellikle, Send.K.m.14 ile şube genel kurulu için Yasanın 10. maddesinin 2. ve 3. fıkraları ile 63/ 1 ve 4721 sayılı TMK.m.48 vd. hükümleri, genel kurulun bu yetkisini çerçeveleyen hükümlerdir.

3- Genel Kurulun Toplanması

Sendikalar veya konfederasyonlar, ilk genel kurul toplantısını tüzel kişiliğin kazanılmasından itibaren altı ay içinde; müteakip toplantılarını ise dört yılda bir yapmaları gerekir(Send.K.m.12/1 ve 2). Yasadaki ilk genel kurulun yapılmasına ilişkin düzenleme derneklerinkine göre biraz farklıdır. Şöyle ki; dernekler Der.K.m.14'e göre, ilk genel kurul toplantısını tüzüklerinin gazetede yayımlandığı günü izleyen altı ay içinde yapmalıdır. Sendikaların ilk genel kurul toplantısında ise, kanun koyucu süreyi işletmek için tüzüğün gazetede ilanını arama gereği duymamıştır. Bunun sonucu olarak, kanun koyucunun, sendika ortak amacını, derneklerdeki ortak gayeyi gerçekleştirme amacına üstün tuttuğu söylenebilir. Dernekler Kanunundaki ilk genel kurul toplantısı

için işleyecek sürenin, tüzüğün ilanından başlatılması bizi bu sonuca götürmektedir.

Yasal değişiklikle getirilen genel kurul toplanma süresinin uzunca bir süreyi içermesi(dört yıl olarak belirlenmesi) hakkın elde edilmesiyle umulan yararları ortadan kaldırır bir niteliğe bürünebilir. Kuşkusuz, böyle bir sonuç sayın Sümer'in de belirttiği gibi sendika içi düzeni de bozacaktır⁽¹⁵⁾.

Yasada, şube genel kurullarının olağan toplantılarının merkez genel kurul toplantısından en az onbeş gün önce yapılması öngörülmüştür(Der.K.m.33/2-2.b). Ancak, sendikalar tüzüklerine bu toplantının yasada öngörülen süreden daha kısa bir sürede yapılacağına ilişkin hüküm koyabilirler.

aa-) Genel Kurulun Olağanüstü Toplantıya Çağırılması

Sendikaların toplantıları⁽¹⁶⁾ yasada belirtilmiştir. Aksine tüzükte bir hüküm yoksa en geç dört yılda bir olağan genel kurul toplantısı yapılması gerekir. Önemli nedenlerin varlığı halinde, sendika veya konfederasyonlar, olağan toplantı süresini beklemeden özel gündem oluşturarak genel kurulu toplantıya çağırabilir. Genel kurul, yönetim kurulu veya denetim kurulunun gerekli gördüğü hallerde yahut üye veya delegelerinin beşte birinin yazılı isteği üzerine toplanır(Send.K.m.12 / 4).

bb-) Genel Kurulun Olağanüstü Toplantıya Çağırılmaması Halinde Yapılacak İşlem

Denetleme kurulu ya da sendika üye veya delegelerinin beşte birinin yazılı istemine rağmen, yönetim kurulu; genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırılmazsa ne yapılacaktır? Send.K.m.53'e göre, 12. madde hükmüne aykırı hareket eden konfederasyon, sendika ve sendika şubesi yönetim kurulu; kuruluğun üyelerinden birinin veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı veya ilgili valiliğin talebi üzerine, görevli iş mahkemesince işten el çektilir. Bu takdirde görevli mahkeme, genel kurulu kanun ve tüzük hükümleri gereğince, en kısa zamanda toplamak ve yeni yönetim kurulu seçilinceye kadar cari işleri yürütmekle görevli olmak üzere, Medeni Kanun hükümleri gereğince, bir veya üç kayyım tayin eder. Mahkemece duruşmalı olarak yapılacak incelemede ⁽¹⁷⁾ yönetim kurulunun zorunlu bir sebeple genel kurulu toplantıya çağır-

(15) . Sümer-Değişiklikler, s.6.

(16) Olağan ve olağanüstü toplantılar hakkında geniş bilgi için bkz.Şahlanan, s.62 .

(17) 9.HD. 15/1/1985 t. ve 1984/ 12572- 1985/ 86 YKD. 1985 s.6 s.828.

madığı anlaşılırsa, işten el çektirme talebi reddedilecek; aksi takdirde yönetim kurulunu işten el çektirerek genel kurulu toplantıya çağırarak ve cari işleri yürütmek üzere kayyım tayini cihetine gidilecektir.

II- GENEL KURUL TOPLANTISI İLE BU TOPLANTILARDA ALINAN KARARLARIN YARGI DENETİMİ

1- Genel Kurul Toplantısının Yargısal Denetimi

A) Medeni Kanun İle Dernekler Kanunu Hükümlerinin Sendikalar Kanunu ile İlişkisi

Genel kurul toplantılarının yasaya veya tüzüğe aykırı yapılmasına ilişkin olarak, Yasada, yargı gözetimini öngören 14. ve 52. maddeleri dışında başka bir hüküm yoktur. Ancak, 63. maddenin yollamasıyla, Sendikalar Kanununda hüküm bulunmayan hallerde Medeni Kanun ve Dernekler Kanununun bu yasaya aykırı olmayan hükümleri uygulanır. MK.'da konuya ilişkin uygulanacak hüküm bulunmamaktadır. Dernekler Kanununun 92. maddesine göre, bu Yasanın 21. maddesinin 2. fıkrası ile bu maddede sayılan Dernekler Kanunu hükümlerinin, özel yasalarında hüküm bulunmamak kaydıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarıyla işçi ve işveren sendikaları ve üst kuruluşların için de ceza hükümleriyle birlikte uygulanır.

B) Yargı Denetimi Yönünden Dernek Genel Kurul Toplantıları ile Sendika Genel Kurul Toplantılarının Karşılaştırılması

Genel kurul toplantılarının, toplantı tarihinden önce bildirimsiz olarak yapıldığı takdirde, Cumhuriyet Savcısı, genel kurul toplantılarını kanun ve tüzüğe aykırı bir şekilde yapan dernek yöneticilerinin cezalandırılması için açacağı kamu davasında, ceza mahkemesi, kanuna ve tüzüğe aykırı olarak yapılan genel kurul toplantısının iptaline karar verebilecektir(Der. K.m.21/2; m.78; m.78/son). C.Savcısı iddianamede toplantının iptaline ilişkin bir talebi olmasa da mahkeme yöneticiyi cezalandırırken, hükmün kendisine verdiği takdir hakkına dayanarak bu sonuca varacağı hükme bağlanmıştır(Der.K.m.78/son).

Peki C.Savcısı durumu yasaya veya tüzüğe aykırı toplantı yapıldığını ceza muhakemesi yönünden zabıta makamlarının Cumhuriyet Savcılığına ih-

barı(CMUK.m154/ 2) dışında nasıl öğrenebilir? Bu konuda Yasa, ayrıca derneklerin toplantılarında görevli hükümet komiseri ile mahallin en büyük mülki amirine, toplantının kanuna veya dernek tüzüğüne aykırı olarak yapıldığını tespit ettiği takdirde durumu yirmidört saat içinde yerel Cumhuriyet Savcılığına bildirme yükümlülüğü vermiştir(Der.K.m.69).

Dernekler Kanununun 92.maddesinde, sendikalar için uygulanacağı öngörülen hükümler arasında 78. madde sayılmamıştır. Maddede yollama yapılan hükümleri kabaca inceleyecek olursak, toplantıyı önceden bildirim yükümlülüğünü öngören 21. maddenin 2. fıkrası dışında sendikalar için uygulanacağı bildirilen 30, 37, 40, 42, 43, 44, 45, 48, 65, 67, 70 ve 90. maddeler ya genel kurul toplantısı dışında bir hususu düzenledikleri için ya da derneklere özgü hükümler dışında Sendikalar Kanununda özel hükümler bulunduğundan, sendikalar için uygulanması mümkün değildir.

Mesela, Der. K.m.44, genel kurul dışında bir konuyu düzenlemektedir. Yine, 4721 sayılı TMK.m.91'e göre, dernekler tüzüklerinde gösterilen amaçları gerçekleştirmek üzere uluslararası faaliyette bulunabilirler. Türkiye'de kurulan dernekler, amaçları doğrultusunda uluslararası alanda işbirliği yapılmasında yarar görülen hallerde Bakanlar Kurulunun izniyle yurt dışında kurulmuş dernek ve kuruluşlara üye olarak katılabilirler. Oysa, Sendikalar Kanununun 28.maddesinde belirtilen yasak faaliyet göstermeyen uluslararası işçi ve işveren kuruluşlarına sendikalar serbestçe üye olabilirler. Bunun için genel kurul kararı alınması gerekir(Send. K.m.26). Bir kere izin yönünden iki kanun arasında farklılık vardır. Burada uygulanacak olan Sendikalar Kanunu'dur. Yasak faaliyet gösteren uluslararası kuruluşu katılmak veya üye olmak gibi bir maksatla genel kurul kararı alındığında bu karar Sendikalar Kanununa aykırı olduğu için iptal istemine konu olabilir.

Konuyla ilgili Der. K.m.43'e göre, derneklerin yabancı ülkelerdeki dernek ve kuruluşların üyelerini Türkiye'ye davet etmesi veya yabancı derneklerin ve kuruluşların davetlerine uyarak üyelerini veya temsilcilerini yurtdışına göndermesi Dış İşleri Bakanlığının ve ilgili Bakanlıkların görüşü alınarak İç İşleri Bakanlığının vereceği izne bağlıdır. Konuyla ilgili Sendikalar Kanununda hüküm olmadığı için bu madde sendikalarda uygulanabilir. Bu bir istisna hükmüdür. Fakat, genel olarak denilebilir ki, Der.K.m.92'de sayılan bu hükümler ya genel kurul dışındaki bir konuyu düzenlediği için ya da özel kanunlarında hüküm bulunduğu için uygulama alanı sınırlı kalmaktadır.

C) Ceza Davası Yoluyla Yapılan Yargı Denetiminin Sınırlandırılması

Der.K.m.21/ 2 hükmüne aykırı bir şekilde genel kurul toplantısı yapıldığı takdirde, sendika genel kurul toplantısının ceza davası yoluyla iptali söz konusu olabilir. Gerçekten Send.K.m.14. incelendiğinde toplantıdan en az on-beş gün önce seçim kurulu başkanının yanısıra, yerel mülki amirliğe de toplantının yapılacağı bildirilmesi gerekir. Bu düzenleme, yasaya veya tüzüğe aykırı yapılan toplantının Cumhuriyet Savcılığına ihbarına hukuki zemin oluşturması bakımından önemlidir.

Der.K.m.69'a göre yapılan ihbar sonucunda, Cumhuriyet Savcılığı ihbara konu toplantının iptali ve yasaya aykırı toplantı yapan yöneticinin cezalandırılması için kamu davası açabilir. Şöyle ki, Dernekler Kanununun 78. maddesinde açılacak ceza davasının konusu; bu maddede sayılan yasanın 13. maddesi, 21/ 2. maddesi ve 30. maddeleridir. Bunlardan 13.madde, Der.K.m.92'de sendikalar için uygulanması öngörülen hükümler arasında belirtilmemiştir.

Bunun yerini 2821 sayılı Yasanın 8/ 1 maddesi almış; 21 / 2'nin yerini, 2821 sayılı Yasanın 14/ 3 maddesi; 30.maddenin yerini de, 2821 sayılı Yasanın 9/son maddesi yer almıştır. Yürürlükteki hukukumuz bakımından yasaya veya tüzüğe aykırılık, ancak, sendikalara özgü bir biçimde 2821 sayılı Yasanın 14/ 3 ile 9/son hükümlerine aykırılık oluşturacak nitelikte ise; C. Savcısı sendika genel kurul toplantısını yasaya aykırı yapan yöneticinin cezalandırılması için açtığı kamu davasında ayrıca sendika genel kurul toplantısının iptalini de isteyebilir.

2- Genel Kurul Toplantısında Yasaya Aykırı Nitelikte Kişisel Suç İşlenmesi ile Yasak Amaç Güden Faaliyeti Arasındaki Farkın Yasada Ayırt Edilmesi Zorunluluğu

Sendika ve konfederasyonlar, Send.K.m.58 gereğince, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma veya maddede sayılan kanuna aykırı diğer amaçları güttüğü takdirde veya bu yolda faaliyette bulunduğu takdirde, Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine, yerel yetkili iş mahkemesinin kararıyla kapatılır. Yasada bildirilen yasak eylemleri amaç gütmek ne demektir? Amaç gütmek bir yöneticinin toplantı sırasında işlediği 'yasak eylem' niteliğinde bir suçtan ibaret ise, sendikanın kapatılması kararı cezaların şahsiliği

prensibine aykırı olur. Çünkü, yöneticinin eylemi sendikaya sirayet etmemişse 'yasak amaç güden faaliyet' ten söz edilemez. Aksi takdirde suç işleyen yöneticiyle birlikte o sendikanın bütün üyeleri de cezalandırılma tehdidiyle karşı karşıya bırakılmış olur. Yasak amaç güden faaliyetten söz edebilmek için, böyle faaliyetleri fiilen desteklemiş olmalı veya bu konuda tereddütten uzak kanıtlar bulunmalıdır.

Bu uyuşmazlık, sendikalar hukukuna ilişkin bir uyuşmazlık niteliğinde olduğu için, yasaya aykırı amaç güden ve bu yolda faaliyette bulunan sendikanın kapatılması bir hukuk davası yoluyla mümkün olmaktadır. Davayı açma yetkisi Cumhuriyet Savcısına verilmiştir(Send.K.m.58). Ancak, yönetici hakkında ceza davası açıldığında iş mahkemesi bunu bekletici mesele saymalı, toplantı tutanakları ile ses ve görüntü bantları aracılığıyla, toplantıya katılan üye veya delegelerin, mesela, toplantı sırasında yöneticinin terör örgütlerini öven konuşmasını, tezahüratla yoğun bir şekilde destekleyip desteklemediği belirlenerek sonuçta 'yasak amaç güden faaliyet'in varlığı ortaya çıkarılmalıdır. Bu faaliyet tespit edilmişse sorun yoktur. Sendikaya hukuken bağlanabilen eylem, 'yasak faaliyet' in kapsamına girer. Bu takdirde sendikanın kapatılmasına karar verilir(Send. K.m.58)..

Böyle bir durum dışında nasıl bir yol izlemelidir? Yasada bu konuda açıklık yoktur. Sendika genel kurul toplantısının yargı denetiminde kalması istendiğinde, böyle bir faaliyet sınırına varmayan ve fakat toplantıyı etkileyebilen eylemlerin, aynı zamanda toplantıyı iptal edebilecek bir sonucu da olmalıdır. Ancak bu sonucun açıkça Yasada düzenlenmesi demokratik hayatın gelişmesi için zorunludur. Aksi takdirde Yasadan alınmayan yetkiyle yapılan yargı denetimi, yetkisiz yargı dışı bir denetim halini alabilir.

Burada iş mahkemesi ceza mahkemesinin yargılama usulüne yakın bir çizgide inceleme yapmalıdır. Yasada bu incelemeyi evrak üzerinde mi , yoksa duruşmalı olarak mı yapacağı belirtilmiş değildir. Her ne kadar, iş uyuşmazlığı niteliğinde olduğu için ve bütün sendika tüzel kişiliğinin hayatıyetiyle ilgili olması nedeniyle davaya duruşmalı olarak bakılmalıdır. Ancak sözlü yargılamanın bütün ilkeleri burada uygulanamaz. Örneğin 'hakimin ilk oturumda iki tarafı sulhe davet'i söz konusu değildir. Sendika genel kurul toplantısının iptalini sonuçlandıracak bu tür eylemin tespiti, iş mahkemesinin sözlü yargılamaya benzer ve fakat sui generis bir yargılama usulüyle uyuşmazlık çözümlenmelidir.

3- C.Savcısının Genel Kurul Toplantılarının İptalini İsteme Yetkisinin Sınırlandırılması Eğilimi

Uygulamada ve öğretide ise, Cumhuriyet Savcısının ceza davası dışında bir hukuk davası yoluyla, genel kurul toplantısının iptalini isteme yetkilerinin bulunmadığına dair bir eğilim görülmektedir⁽¹⁸⁾.

Yargıtay ise, 743 sayılı MK.döneminde genel kurul kararlarının alındığı toplantıların iptali yolunu açmıştır(Mülga MK.m.68)⁽¹⁹⁾. Kararın alındığı toplantı hukuka uygun yapılmamışsa, bu takdirde, sözkonusu toplantıda alınan tüm kararların iptali anlamına gelecek biçimde genel kurul toplantısının iptalinin istenebileceği öğretide kabul edilmektedir⁽²⁰⁾. Bir genel kurul toplantısı yasaya ve tüzüğe uygun olmalı ki, alınan kararlar da uygun olsun. Mantığın temeli bu olduğu için, Send. K.'da genel kurul kararlarının iptaline ilişkin özel bir hüküm olmadığı gerekçesiyle, 63. maddenin yollamasıyla mülga MK.m.68 (şimdiki TMK.m.83) hükmüyle sendikalarda genel kurul kararlarının ve bu kararların alındığı toplantıların iptali daha pratik bir çözüm gibi görünmektedir.

Yargıtay, (mülga) MK.m.68 gereğince açılan davalarda toplantının hukuka uygun ya da aykırı olduğuna dair mahkemece verilen tespit hükmünün, bütün üyeleri ve sendika tüzel kişiliğini de bağladığını; kesin hüküm etkisini gösterebilmesi için, mahkeme kararının süresinde Yargıtay'a başvurulmaksızın kesinleşmesi ile davanın bir sendika üyesi tarafından açılmış olmasının önemli bir etken olmadığını, herhalde sonuçta kesin delil hükmünde olduğunu belirtmiştir(HUMK.m.295).⁽²¹⁾ (22)

(18) 9.HD. 17/7/1986 t. ve 1986/6637-7257 E. ve K. sayılı kararı, İşveren Dergisi, 1 Ekim 1986, s.19; Şahlanan, s.94.

(19) 10.HD. 18/11/1976 t. ve 1976/3094 - 7813 sayılı kararı, YKD. 1977 s.3 s.371 ; 4.HD. 17/5/1976 tarih ve 1975/6059- 1976/ 4989 sayılı karar YKD. 1977 Ekim sayısı s.1382.. Son zikredilen karardan bizim edindiğimiz intiba tek başına genel kurul toplantısının iptali isteğine Yargıtay'ın olumlu bakmadığı yönündedir. Bu izlenimimizi, Özel Dairenin şu yargısından edindik: "...MK.m.68 hükmüne göre, kongre kararları nedeniyle yapılan toplantının ve kararların iptali için bu istekte bulunanların, toplantı gününden, eğer haberli değilse, toplantının öğrenildiği günden başlayarak bir aylık sürede iptal isteğinin ileri sürülmesi gerekir". Bu çerçevede dışında, üye salt olarak toplantının iptalini istemesi mümkün görünmemektedir.

(20) Kaplan, E.T. : Sendika Genel Kurul Toplantıları ile İlgili Sorunlar, Tühis Mayıs 1992, s.18vd. ; Çelik, N. : İş Hukuku Dersleri 12.B., İstanbul 1994, s. 363.; Şahlanan, s. 95.

(21) 10.HD. 17/9/1976 t. ve 1976 / 6679-5907 E. ve K. sayılı kararı, YKD. 1977, s.1 s.71 vd.

(22) Kesin hükmün etkisi hakkında geniş bilgi için bkz. HGK.18/1/1984 t. ve E.1981/8-690, K.1984/4 sayılı kararı, YKD. 1984, s.8 s.1142-1143.

4- Genel Kurul Kararlarının Yargı Denetimi

A) Genel Kurul Kararlarının İptalinin Şartları

a-) Bir Genel Kurul Kararı Olmalıdır

Yukarıda genel kurul toplantılarının iptalini incelerken değindiğimiz gibi genel kurul kararlarının yargısal denetimi, iptal davası yoluyla olmaktadır (Send.K.m.63/2)⁽²³⁾. Ancak her şeyden önce sendika genel kurulunca alınmış bir karar olmalıdır. Bu nedenle diğer organların kararlarına karşı dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davası açılmaz (TMK.m.83/2). 4721 sayılı Kanun ile bu değişiklik getirilmeden önce, öğretide bu görüş savunuluyordu⁽²⁴⁾.

Dernekte diğer organların verdikleri kararlara karşı üye ancak şikayet yoluyla genel kurula başvurabilir. Konu, genel kurulda görüşülüp karara bağlandıktan sonradır ki, üye gerekirse, bu karar aleyhine mahkemeye müracaat edebilir⁽²⁵⁾. Şu kadar ki, üye hakkında belirli konularda özellikle dernekten çıkarma cezası vermek hususunda bir organ yetkili kılınmışsa, bu organın kararı aleyhine de mahkemeye başvurabileceği ileri sürülmüştür⁽²⁶⁾. Yasadaki özel hüküm uyarınca bu görüşün üyenin sendika veya konfederasyondan çıkma kararı genel kurulca verileceğinden sendikalarda uygulanması mümkün değildir (Send.K.m.25/ 3). Ancak, dernekler açısından uygulanması yeni yasal değişiklikle birlikte pekala mümkündür. Öğretide önceden, haksızlığın çok açık olduğu durumlarda, yorum yoluyla MK.m.1 gereğince hakim tarafından boşluğun doldurularak, MK.m.68 gereğince genel kurul dışındaki bir organın haksız kararının iptalinin düşünülebileceği ileri sürülmüştü⁽²⁷⁾. 4721 sayılı TMK.m.83/ 2 ile durum açıklığa kavuşturularak genel kurul dışında diğer organların kararlarına karşı dernek içi denetim yolları tüketilmedikçe iptal davasının açılmayacağı hükme bağlanmış bulunmaktadır.

b-) Bu Genel Kurul Kararı Hukuka Aykırı Olmalıdır

Genel kurul kararının iptal edilebilmesi için, kararın kanuna veya tüzüğe aykırı olması gerekir. Kanuna ve tüzüğe aykırılığın kapsamı nedir? Öğretide, kanuna aykırılık, yasanın emredici hükümlerine, ⁽²⁸⁾ sendikal gelenek ve gö-

(23) Şahlanan, s.96 ; Oğuzman, K. / Seliçi, Ö. : Kişiler Hukuku 3.B., İstanbul 1986, s.15.

(24) Tunçomağ, K.: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s.292.

(25) Oğuzman / Seliçi, s.150.

(26) Oğuzman / Seliçi, s.150.

(27) Şahlanan, s.96 dn.105

(28) 10. HD. 17/9/1976 t. ve 1976/ 6690- 5919 E. ve K. sayılı kararı, YKD. 1977, s.3 s.371.

reneğe,⁽²⁹⁾ hukuka,⁽³⁰⁾ tüzükle tersi karşılaştırılmamış bulunan yorumlayıcı yasa kurallarına aykırılık olarak yorumlanmıştır. Mülga MK.m.68'deki 'kanuna ve tüzüğe aykırılık' aynen 4721 sayılı TMK.m.83'de yer almıştır. Bizce, hukuka aykırılık kavramı kamu düzenini de içine alacak bir şekilde yazılı olan ve olmayan evrensel hukuk anlayışını içine alacak şekilde yorumlanmalıdır. Kamu düzeninin kapsamı ve sınırları ise, her ülkenin tarihi, sosyal, ekonomik ve beşeri yapısına ve hatta yönetim şekline göre değişebilir⁽³¹⁾.

Dernekler Hukukunda önceleri kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlak ve adaba aykırı dernek kararlarının kendiliğinden hükümsüz olduğunu, bunu tespit için dava açılmasına gerek olmadığını ancak, kesin hükümsüz olduğunun tespiti için dava açılabilmesi savunulmaktaydı⁽³²⁾. Buna paralel olarak sendikaların genel kurul kararlarında da, hukuka aykırılığının ağır olduğu durumlarda sınırlı olarak kesin hükümsüzlüğün söz konusu olduğu gerekçesiyle; kuralın, hükümsüzlük olmayıp iptal edilebilirlik olması gerektiği belirtilmişti⁽³³⁾. BK.m.20'de kural olarak butlan(kesin hükümsüzlük) belirtildiği halde, ahlaka aykırılık teşkil eden gabini kanun koyucunun iptal edilebilirlik nedeni arasında sayması⁽³⁴⁾, dayanak olarak gösterilmiştir. Bu düşünce ve eleştiriler sonucunda 4721 sayılı TMK.m.83/son hükmüyle, genel kurul kararların yok veya mutlak butlanla hükümsüz sayıldığı durumlar saklı tutulmuştur. Sendikalar açısından genel kurul kararlarının yok veya mutlak butlanla hükümsüz olduğu durumların saklı tutulmasında korunması gereken bir hukuki yarar var mıdır?

Dernekler ve vakıflar gibi, sendikalar da tüzel kişilik kazanarak hukuki varlık kazanır(TMK.m.47, 56 ; Send.K.m.6/ 5). Sendikalar diğer tüzel kişilerden farklı olarak çalışma hayatında çalışanlar ve işverenlerin ekonomik, sosyal, hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için kurulur(A.Y.m.51; Send.K.m.2/ 10). Sendikalarda korunan hukuki yarar, bizce 'sendika menfaati' dir. Bu ise, çalışanların işverene karşı çalışma ilişkisinden doğan sosyal

(29) Tunçomağ, s.292.

(30) Özsunay,E.: Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, s. 270 ; Şahlanan, s. 97.

(31) YHGK.28/11/1973 tarih ve 609-959 sayılı kararında geçen bir tanımlamadır.(Bkz. Özmen, 1. : Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararları, C.1, s.752. Kamu düzeni hakkında değişik yaklaşımlar için bkz. von Tuhr,A.: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege Ankara 1983, s.258.; Becker, H. : Borçlar Kanunu, Çev. Bülent Olcay Ankara 1967, s.97.; YHGK. 12/12/1990 t. ve 1990/3-527 /627 E. ve K. sayılı kararı.

(32) Oğuzman/Seliçi, s.151

(33) Şahlanan, s.98

(34) Tunçomağ, K.: Türk Borçlar Hukuku, C.I 6.B. İstanbul 1976, s. 393 ; Şahlanan, s. 98.

hak ve menfaatlerini toplayarak sendika tüzel kişiliğinde bütünlüşmesiyle oluşur. Bu toplama, kuşkusuz aritmetik değildir ve fakat sosyal ve ekonomik birliktelik ile en güzel halini alır.

Kural olarak sendika menfaatini açıkça ve ağır bir biçimde zedelemeyen genel kurul kararlarının kanuna veya tüzüğe aykırılığı iptal edilebilirlik yaptırımını davet etmelidir. Bu bakımdan, hukuka aykırı genel kurul kararının genel yaptırımını 'iptal edilebilirlik' olmalıdır. Nitekim, yukarıda zikredilen eleştirilerden etkilenecek kanun koyucu, 4721 sayılı TMK.m.83/ 3 hükmüyle yok ve ya mutlak butlanla hükümsüz sayılan genel kurul kararlarını saklı tutmuştur.

Yasa, bu haliyle mülga MK.m.68'e yollama yapmaktadır. Yasal değişiklik yapılmış değildir. Ancak yapılacak değişikliğin mülga MK.m.68'e karşılık gelen TMK.m..83'e yollama yapılması gerektiğini açıklamaya gerek yoktur.

c-) Davacının Genel Kurul Kararına Katılmamış Olması Gerekir

Genel kurul kararının mahkemece iptal edilebilmesi için ayrıca; davacı üyenin genel kurul kararına katılmamış olması gerekir⁽³⁵⁾. Yargıtay; genel kurula katılan dernek üyesinin genel kurul toplantısına ve alınan kararlara karşı olduğunu sözlü veya yazılı olarak toplantı tutanağına geçirtmediği takdirde iptal isteminde bulanamayacağına karar vermiştir⁽³⁶⁾. Öğretide, toplantıya katılan davacı üyenin iptalini istediği karara, karşı oy kullanmasının zorunlu olmadığı ileri sürülmüştür⁽³⁷⁾. TMK.m.83'deki yeni düzenlemeye göre, kanun koyucu toplantıda hazır bulunan üyenin genel kurul kararına katılmamasını aramıştır. Kanunun lafzına bakıldığında kanun koyucunun Yargıtay'ın görüşünden etkilendiği ortaya çıkmaktadır. Konuyu toplantıya katılan ve katılmayan üye açısından ayrı değerlendirilmelidir.

(35) Köprülü, B.: Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku, Miras Hukuku(1-4 . Kitaplar) İstanbul 1968, s. 328.

(36) 2.HD. 26/10/1999 t. ve 1999/ 7596-11338E. ve K. sayılı kararı, YKD. 2000, s.3 s.358-359 : Sözü edilen kararda '... 2908 sayılı Dernekler Kanununun 24. maddesi gereğince, toplantının yönetiminin genel kurul başkanına ait olduğu, katiplere toplantı tutanağına düzenleme görevi verildiğini toplantı sonunda başkanla birlikte, imzalanmasından sonra aynı yasanın 93.maddesine göre, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde, Türk Kanunu Medenisinin hükümlerinin uygulanacağını; MK.m.1'e göre ise, sözü edilen yasa maddelerinin yoruma tabi tutulurken; 1.maddesinde Medeni Kanunun ayrılmaz bir cüzü olduğu ifade edilen TTK.m.381 ve Kooperatifler Kanununun 93. maddesi delaletiyle 53. maddesi hükümleri birlikte incelendiğinde, genel kurulda hazır bulunan üyenin, iptal davası açabilmesi için, yazılı olarak genel kurul başkanına verilmiş veya toplantı tutanağına geçirilmiş muhalefetinin bulunması gerektiğinin kabulünü kanun hükmünün amacına uygun düşeceğine' karar verilmiştir.

(37) Şahlanan, s.99.

aa-) Genel Kurul Toplantısında Hazır Bulunan Üyenin Karara Katılmadığının Tespiti Nasıl Yapılır?

Karara katılmayan üyenin toplantı tutanağını imza etmesi gerekir mi? Öncelikle belirtelim ki Yargıtay'ın dernekler hakkındaki bu görüşü sendika genel kurul kararları hakkında da geçerli olabilir mi? Azınlıkta kalan üyenin karara katılmadığını, toplantı tutanağına kimlik ve imza ile tevsik etmesi zorunlu mudur? Yoksa üyenin karara katılmadığı, başka bir şekilde, mesela genel kurul başkanlık divanınca belgelendirilebilir mi?

Derneklerde genel kurula katılacak üyeler, toplantı tutanaklarını imzalamak zorundadır(Der.Km.24). TMK.m.83 hükmü kanaatimizce sadece 'toplantıda hazır bulunan üyenin karara katılmamasını' yeterli görmüştür. Sendikalar bakımından kanun koyucu açıkça Der.K.m.24'deki kuraldan ayrılma gereği duymuştur. Buna göre sendika genel kurulunda 'toplantıya katılan üyenin toplantı tutanağını imzalaması zorunlu değildir. Genel kurul toplantı tutanakları 'başkanlık divanı'nca tutulacağı için bu zorunluluk kendiliğinden ortadan kalkmaktadır(Send K.m.13/ son). Kaldı ki, binlerce üyesi bulunan sendikalarda bunu uygulamak bir hayli zordur. Genel kurul toplantı tutanağına karara katılmayan üyenin imza koyması nasıl sağlanacaktır? Sendika genel kurul toplantılarına katılıp da karara katılmayan bir başka deyişle, muhalif olan üye ya da delegelerin açık kimliklerinin genel kurul toplantı tutanaklarına yazılması işlemi 'başkanlık divanın' nca gerçekleştirilmesi, iptal davası açmak için yeterli sayılmalı, azınlıkta kalan üyenin imzası kanaatimizce aranmamalıdır.

bb-) Genel Kurul Toplantısına Katılmayan Üyenin İptal Davası Açması İçin Kararın Tebliği Zorunlu mudur?

4721 sayılı TMK.m.83, toplantıya katılan ve katılmayan üye ayırımı yaparak bir düzenleme getirmiştir. Der. K. m 24/ 6 hükmü genel kurula katılan dernek başkan, üye ve katipler için getirilmiş bir hüküm olduğundan, toplantıya katılmayan üye genel kurul kararını öğrendiği tarihten itibaren başlayacak olan hak düşürücü süre içinde iptal davasını açmalıdır. Toplantıya katılmayan üye kararı nasıl öğrenecektir? Dernekler Kanununda veya Türk Medeni Kanununda ya da Sendikalar Kanununda genel kurul kararının toplantıya katılmayan üye veya delegeye tebliğine dair bağlayıcı bir hüküm var mıdır?

Yasanın.63. maddesinin MK.'a yaptığı yollama dışında Sendikalar Kanununda bir hüküm yoktur. 4721 sayılı TMK.'da da üyenin katılmadığı toplantılarda alınan genel kurul kararlarının ona tebliğine ilişkin bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. TMK.m.76 ile getirilen yasal düzenlemeye göre, üyelerin biraraya gelmeksizin yazılı katılımıyla alınan kararlar ile dernek üyelerin tamamının kanunda yazılı çağrı usulüne uymaksızın biraraya gelerek aldığı kararlar geçerlidir. Hüküm 'toplantısız ve çağrısız alınan kararlar' başlığını taşımaktadır. Biraraya gelinerek toplantı yapılmadığı için 'üyelerin yazılı bildirim' ile aldığı dernek genel kurullarının bütün üyelere tebliğ edilmesi gerekir.

Ancak, TMK.m.76 hükmü, sendika genel kurul toplantıları için geçerli olur mu? Yasanın 13. maddesi karşısında sendikalar açısından TMK.m.76 uygulanamaz. Hem özel bir yasa olduğu için, hem de yasada özel bir hüküm olduğu için, bu mümkün değildir(Send. K.m.13). Toplantıya katılmayan üyeye 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümleri gereği yokluğunda verilen genel kurul kararı tebliğ edilebilir. Ancak tebliğin Tebligat Kanunu hükümlerine uygun yapılması zorunlu değildir(Karş. Tebligat K.m..1). Kaldı ki, tebliğ dışında davacı üye veya delegenin dava dilekçesinde kararı öğrendiğini bildirdiği tarih hak düşürücü süre yönünden esas alınmalıdır. Davalı sendika bildirilen bu günden daha önce itilain gerçekleştiğini iddia ederse, bunu ispat etmelidir.

***d-) Davacı Üye Hak Düşürücü Süre İçinde İptal Davasını Açmalıdır
aa-)Toplantıda Hazır Bulunan Üye için Hak Düşürücü Süre***

Toplantıda hazır bulunan üye için TMK.m.83 karar tarihinden itibaren bir aylık hak düşürücü süre öngörmüştür. Kanuna veya sendika tüzüğüne aykırı bir genel kurul kararının iptalinin istenebilmesi için, davacı üye, kararı öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde iptal davası açmalıdır. Toplantıda hazır bulunan üye açısından mülga MK.m.68'de de bir aylık sürenin başlangıcı, 4721 sayılı TMK.ile aynen korunmuştur. Bu sürenin hak düşürücü süre olduğu öteden beri kabul edilmektedir⁽³⁸⁾. Hak düşürücü süre toplantıda hazır bulunan üye için karar tarihidir. Bu süre içinde iptal davası açılmadığı takdirde, kanun koyucu kanuna veya tüzüğe aykırı genel kurul kararının hukuken geçerli olması gerektiğini bildirmek istemiştir. Yargıtay da mülga MK.m.68'deki sürenin

(38) Köprülü, s.328; Oğuzman /Seliçi,s.151; Şahlanan, s.99 ; S.S.K.m79/8'de yer alan hak düşürücü süreye ilgili Yargıtay uygulaması için bkz.Hatipoğlu, C.Y.: Kuruma Bildirilmeyen Sigortalı Hizmetin Tespiti Davalarında Uygulanan Hak Düşürücü Süre ile Sigortalı Sayılmanın Koşulları Hakkında Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi, A.D. 2000 s.4 s.106-113.

hak düşürücü süre olduğunu belirtmiştir⁽³⁹⁾. Bu süre içinde açılmayan davaların dinlenemeyeceğini açıklamaya gerek yoktur.

bb-) Toplantıda Hazır Bulunmayan Üye İçin Hak Düşürücü Süre

TMK.m.83/ 2'deki düzenlemeye göre, toplantıya katılmayan üye veya delege için iki ayrı süre öngörülmüştür. Bunlardan ilki, bir aylık süre olup kararı öğrenmesinden başlamaktadır. İkincisi ise, herhalde karar tarihinden itibaren üç aylık süredir.

Üç aylık hak düşürücü süre 4721 sayılı TMK ile getirilmiştir. Mülga MK.m.68'de bildirilen bir aylık sürenin hak düşürücü niteliği öğretisi ve uygulamayla sabit olmuş ise de yasanın lafzından bunu anlamak mümkün değildir. Oysa yeni yasadaki 'her halde' ibaresiyle, sürenin hak düşürücü süre niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

B) Görevli ve Yetkili Mahkeme

İptal davası, iş uyuşmazlığı niteliğinde olduğu için görevli mahkeme iş mahkemesidir(Send. K.m.63/ 2). Yetkili mahkeme ise, davalı sendikanın ika-metgahı mahkemesidir (5521 sayılı İş.M.K. m.5; HUMK.m.9/ 1). Ancak sendika şubelerinin genel kurul kararlarının iptali davasının o şubenin bulunduğu yer mahkemesinde açılması da mümkündür. Yasa bu konuda davacı üye için seçimlik hak vermiş olup buradaki yetkiler kamu düzenine ilişkin olmadığından yetki itirazına konu olamaz.

C) Yargılama Usulü

İş mahkemesince uygulanacak usul yarımada gösterilmiştir. 5521 sayılı İş M.K.m.5.'e göre, sözlü yargılama usulü uygulanacaktır.

Sözlü yargılama usulünü uygulayacak hakimin izleyeceği yol şöyle olmalıdır: Şifahi usule uygun yapacağı yargılamada taraflar veya vekilleri gelmediği takdirde dosyayı işlem den kaldırmayıp, esas hakkında evrak üzerinde yapacağı inceleme sonucunda kararını vermelidir(İş M.K.m.5; HUMK.m.477; Karş. HUMK.m.409). Burada dikkat edilmesi gereken nokta, sulhe teşvik edeceği ilk duruşmaya taraflardan birisi veya her ikisi gelmeyip de, mahkemeye ibraz ettikleri belgeler hakkında hakimin tereddütü olduğu takdirde, tarafların usulüne uygun olarak duruşmaya davet edilerek hakim tarafından 'bizzat ispatı vücut etmeleri'nin emredilmesidir(HUMK.m.477).

(39) 4.HD. 17/5/1976 t. ve 1975/ 6059- 4989 sayılı kararı, YKD. 1977, Ekim, s.1382-1383 ; 22/12/1975 t. ve 1975/ 9752-12630 E.ve K. sayılı kararı, YKD. 1976, Kasım, s.1552.

Hükümde ispatı vücut teriminden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Fakat, yasanın lafzından davetin amacının, iki tarafın ibraz ettiği belgelerin sahiplerine aidiyeti hakkında hakimin şüphesini ortadan kaldırmak olduğu anlaşılmaktadır. Bu duruma göre, iki tarafın isticvabı da mümkündür(HUKM.m.230, 234, 477). İsticvap, iptal istemine konu sendika genel kurul kararına ilişkin olması gerekir. Davacı üyenin, başkanlık divanınca azınlık oyunda kalıp kalmadığının tespiti, her iki tarafın meşruhatlı davetiyeye icabet ederek hakimin isticvabından başka, mahkemeye ibraz olunan belgeler, toplantı tutanakları vs. deliller çerçevesinde sözkonusu genel kurul kararının kanuna veya sendika tüzüğüne aykırı olup olmadığı tespit edilebilir.

D) Temyiz süresi

Temyiz süresi iş mahkemelerinin nihai kararlarına karşı tefhim tarihinden itibaren sekiz gündür(5521 sayılı İş M.K.m.8). Aksi takdirde süresinde verilmeyen temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

5- Mahkemenin Verebileceği Kararların İncelenmesi

a-) İptal İsteminin Reddi Kararı ve Hukuki Sonucu

Mahkeme şifahi(sözlü) yargılama sonucunda iptal istemine konu genel kurul toplantı ve /veya kararının kanuna veya sendika tüzüğüne aykırı olmadığı kanaatine vardığı takdirde, iptal isteminin ve dolayısıyla davanın reddine karar vermelidir. Bu kararlar davaya konu, sendika genel kurul toplantı ve kararlarının hukuka uygun olduğu tespit edilmiş olmaktadır. Davanın reddi kararının kesinleşmesiyle, hukuka uygun olduğu sonucuna varmak için, iptal davası derdest iken, sendikanın karşı dava ile bu kararının hukuka uygunluğunun tespitini istemesi mutlaka gerekir mi? Öğretide konuyla ilgili bir görüşe rastlayamadık. Kanaatimizce, bunun için karşılık davanın açılması zorunlu değildir. Usulüne uygun kesinleşmiş davanın reddi kararı, genel kurul kararının hukuka uygun olduğuna dair, kesin hükmün bütün sonuçlarını doğurur(HUMK.m.237).

b-) İptal Kararının Hukuki Sonucu

Mahkemenin vereceği iptal kararının kesinleşmesiyle birlikte geçmişe etkili olarak genel kurul kararının bütün etkileri ortadan kaldırılmış olmaktadır. Kesin hükmün bütün neticelerini meydana getirir.

Buraya kadarki açıklamalarımız sendika genel kurulundaki yargı denetiminin konusu, şartları ve sonuçlarına ilişkindir. Şimdi ise, sendika genel kurulunda yapılan seçimlerdeki yargı gözetimini inceleyeceğiz.

III- SENDİKA GENEL KURULUNDA YAPILAN SEÇİMLERDE YARGI GÖZETİMİ

1- Seçimlerde Uyulacak Esaslar

A) Seçimin Tabii Olduğu Şartlar

Yasanın 14. maddesinin 2.fıkrasına göre, genel kurullarda zorunlu organlara delege veya üye seçimlerinin yargı gözetimi altında, serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre takip eden fıkra hükümlerine uygun yapılması gerekir

a-) "Seçimler 'Yargı Yönetim ve Denetimi Altında' mı Olmalı?

Yoksa 'Yargı Gözetimi Altında' mı Yapılmalıdır?" Sorusunun

Değişik Yasalarla Karşılaştırılmalı Olarak İncelenmesi

Yasada yer alan "yargı gözetimi" ibaresinin bazı yasalarda yer alan seçimlerin "yargı yönetim ve denetimi altında" yapılacağına ilişkin düzenlemeye göre özlü bir içerik taşıdığı için daha isabetlidir. Yargı gözetimi, kimi yasalarda açık bir şekilde düzenlenmesine rağmen; kimi yasalarda yargı yönetim ve denetiminden söz edilmektedir. Örneğin, 2820 sayılı SPK.m.21'de, 6964 sayılı ZOBK. 8/b. maddesinde, 6023 sayılı TTBK. Ek m.3'de, 3568 sayılı SMK.m.40/ 1'de sayılan seçimlerin 'yargı gözetimi altında' yapılacağı düzenlenmiştir. Oysa bazı yasalarda örneğin, 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunu ile 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun, 2. maddelerinde seçimlerin "yargı yönetim ve denetimi" altında yapılacağı ifade edilmektedir. Bu bakımdan Kanun koyucunun 14/2 maddede, "yargı gözetimi"ni seçmesi, kısa ve özlü olduğu için daha isabetli olmuştur. Çünkü, yasadaki "gözetim" ibaresi "nezaret" anlamında kullanılmıştır. Nitekim, nezaret sözcüğü de, 'yönetim ve denetim' anlamında kullanıldığı görülmektedir (40).

b-) Seçimden Önceki Yargı Gözetiminin İncelenmesi

aa-) Toplantı Yeri, Günü ve Saati ile Üye veya Delege Listelerinin

Seçim Kurulu

Başkanına Tevdii seçim yapılacak genel kurul toplantılarından en az on-beş gün önce genel kurula katılacak üye veya delegeleri belirleyen listeler ile

(40) Doğan, D.M.: Büyük Türkçe Sözlük, 11.B., İstanbul 1996, s.844. ; Devellioğlu, F.: Osmanlıca-Türkçe Okul ve Yazışma Sözlüğü, Ankara 1964, s.349 ; Türkçe Sözlük, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu - Türk Dil Kurumu- C.2 Ankara 1988, s.1085.

toplantının gündemi, yeri, günü, saati ve çoğunluk olmadığı takdirde yapılacak ikinci toplantıya ilişkin hususları belirten bir yazıyla birlikte iki nüsha olarak o yer ilçe seçim kurul başkanına ve mahalli mülki amire tevdi edilir(m.14/4). Tevdi yükümlülüğünü yerine getirecek organ ya da kişinin kim olduğunu yasa koyucu göstermemiştir. Bu konuda öğretide de belirgin bir fikir yoktur. Der.K. m.21/ 2'e göre, genel kurulun toplantıya çağırılması yönetim kurulu tarafından yerine getirilebilir. Send.K.m.14/ 8'de aday listelerinin mühürlenmek üzere Seçim Kurulu Başkanlığına Genel Kurul Başkanlık divanınca verileceği hükme bağlandığından divan yada yetkili kıldığı üye ve delege tarafından 3.fıkıradaki belirtilen belgelerin yargı organına verilmesi gerekir.

bb-) Çoğunluk Sağlanamadığında Yapılacak İkinci Toplantıya İlişkin Toplantı ve Karar Nisapları ile Yargı Gözetiminde Uyulacak Esaslar

Çoğunluk sağlanamadığında yapılacak ikinci toplantıda toplantı ve karar nisapları için Yasanın 13. maddesi uygulanmalıdır. Buna göre, ikinci toplantıya katılanların sayısı, üye veya delege tamsayısının üçte birinden az olmaz. Karar nisabı ile ilgili 14.maddede açıklık olmadığı için, toplantıya katılanların salt çoğunluğu karar nisabına yetişmekle birlikte, bu sayı hiçbir zaman üye veya delege tamsayısının dörtte birinden az olmaz. Bu hükümlerdeki nisaplar asgari limit kabul edilerek, tüzükte değişik ölçüler benimsenebilir. Bu takdirde tüzük hükümleri ikinci toplantı için 13. madde hükmü yerine geçecektir.

Acaba, Der.K.m.21/ 3'de öngörülen genel kurul toplantısı, çoğunluk sağlanamaması dışında başka bir sebeple geri bırakılırsa, sendikalar bakımından nasıl bir usul izlenecektir? Derneklerde izlenmesi gereken usul düzenlenmiştir. Bu durum geri bırakma sebepleri de belirtilmek suretiyle, toplantı ilanının yapıldığı gazeteyle ikinci bir ilan verilmek suretiyle üyelere duyurulur. Oysa, Sendikalar Kanunumuzda seçim yapılacak toplantı esnasında örneğin, seçimi etkileyecek bir olay olduğunda ikinci toplantı hakkında ne gibi bir usul izlenmesi gerektiği bildirilmemiştir.

Bu konuda Der.K.m.21 / 3 uygulanabilir mi? Yasa, bu konuda belirttiğimiz gibi, açık bir düzenleme getirmiş değildir. Her seçimde olduğu gibi, sendika genel kurulunda zorunlu organlara üye veya delege seçimlerinde de gerekli güvenlik önlemleri alınması gerekir. Suç işlenmesi halinde sandık kurulu başkanı seçim günü seçim yerini, yönetmekle görevli olduğu için seçimi etkileyecek bir olay olduğunda örneğin bir suç işlendiğinde, düzen sağlanama-

dığı için, seçimin iptali cihetine gidilmesi kaçınılmazdır(Send.K.m.52). Bu takdirde hakimin belirleyeceği günde seçim yapılır. Yasada seçimlerin belli saatler arasında yapılması zorunludur. Saat onyediye kadar düzen sağlanırsa seçime devam etmelidir. Bu ölçüye varmayan bireysel suçlarda inzibati tedbirler alınarak seçim toplantısına devam edilmesi gerekir. Zira seçim hukuku, yargı gözetiminin devrede olduğu durumda söz konusu olabilir. Kanun koyucu, yargı gözetimi altında hangi seçimlerin yapılacağı ve bu seçimlerde sandık kurulunun görevlerinin neler olduğunu belirlemiştir(Send.K.m14/ 7). Sandık kurulu, bu yasaya aykırı olmayan tüzük hükümleriyle birlikte genel hükümleri de uygulayarak düzeni sağladığı takdirde seçime devam etmelidir(298 sayılı yasanın 81, 83 - 85. maddeleri).

Toplantı gündeminin seçimden başka konuları da içereceğini gözönüne alarak; Yasada, genel kurulda görüşmelerin bir Cumartesi günü akşamına kadar sonuçlanmasını, Pazar günü ise dokuz- onyedi saatleri arasında seçimin yapılması düzenlenmiştir.

Şubesi bulunan sendikalarda sendika merkez genel kuruluna gönderilecek delegelerin seçimi de 14. maddeye göre yapılacağından, şube genel kurul seçimi gündeminin geniş kapsamlı olmadığını kanun koyucu haklı olarak düşünerek, görüşme ve seçimlerin belirtilen günlerden birinde de tamamlanabileceğini öngörmüştür.

cc-) Aday Listelerinin Mühürlenmek Üzere Seçim Kurulu Başkanına Verilmesi

Bu işlem, seçimlerden önce yapılacak işlemler arasında yer almaktadır. Genel kurullarda yapılacak seçimlerde, aday olanların listeleri birlikte veya organlara göre ayrı ayrı olmak üzere başkanlık divanınca yeteri kadar düzenlenerek ilgili seçim kurul başkanına mühürlenmek üzere verilir(Send.K.m.14/ 8). Bu hüküm seçime katılacak üye veya delegelerin, 9. fıkra gereğince oy kullanmadan önce, elden temin ettikleri aday listeleri üzerinde işaret ederek yasaya aykırı sözde oluşacak demokratik çoğunluğa engel olabilmek için getirilmiş bir düzen hükmüdür. Sandık kurulu, her seçimde olduğu gibi, bütün aday listelerinin mühürlü olduğunu tutanak defterine geçmelidir.

dd-) Seçim Kurulu Başkanının Görevleri

aaa-) Seçim Takviminin Düzenlenmesi

Seçim kurulu başkanı hakimin havalesiyle birlikte, çalışma kolaylığı sağ-

lanmasına yönelik olarak, Yasada zorunlu olmamakla birlikte bir "seçim takvimi" düzenlemelidir. Bu, aynı zamanda yargı gözetiminin etkinliğini de sağlar.

Mahalli idareler seçimlerinde, 1580 sayılı Yasanın 12. maddesi ve 2972 sayılı Yasanın 29., 32., 33. maddelerine göre 'seçim takvimi' oluşturulmaktadır. 298 sayılı Yasanın 63. maddesi de seçim süresinin, 'seçimin başlangıç tarihinden bitimine kadar süreyi' ifade ettiği belirtilmiştir. Seçim süresi ile ilgili olarak, 2839 sayılı MSK.m.6'da da hükümler olduğu görülmektedir. Bu düzenlemelere bakıldığında Kanun koyucu, dernekler dışında sendikalar, tabip odaları, ziraat odaları serbest muhasebeci mali müşavirler ve yeminli mali müşavirler odası gibi, mesleki dayanışmanın üstün olduğu tüzel kişilerde, yargı gözetimi yönünden, paralel hükümler sevk ederek, sendika seçmen listesindeki bilgilerin eksiksiz ve doğru olmasını hedeflemiş olduğu görülmektedir.

bbb-) Sendika Seçmen Listesinin Oluşturulması

Hakim, ilgili kayıt ve belgeleri sendika veya ilgili kuruluşlardan inceleyerek üye veya delegeleri belirleyen liste ile 3.fıkıradaki belirtilen hususları onaylamalıdır(Send.K.m.14/ 4). Milletvekili ile Mahalli İdareler seçimlerinde 'sandık seçmen listesi' çok sayıda seçmeni temsil ettiği için seçmen ehliyetinin tespiti, itirazların incelenerek sonuçlandırılması ile mümkün olmaktadır. Sendikalar hukukunda da, bu ilkedan ayrılmamak gerekir. Zira, sendika zorunlu organlarını teşkil edecek üye veya delegeleri belirleyen liste, kural olarak sendikanın bütün üyelerini ifade eder. Buna kısaca'sendika seçmen listesi' denilebilir. Seçim kurulu başkanı hakime, bu listede yer alan kişilerin gerçekten üye olup olmadıklarını inceleme konusunda re'sen araştırma görevi verilemez. Aşağıda adaylar konusunda da ifade ettiğimiz gibi ilanla birlikte itiraz süresi başlayacağından ilana kadar hakime gerekli doküman tevdi edildiği takdirde araştırma yapabilir. Zira seçim hukukunda re'sen araştırma ilkesi yürümez. Yasada geçen ".. gerektiğinde getireceği belgelerle..." yapılan inceleme, itirazlar dolayısıyla incelemeyi anlatmak için kullanılmıştır.

ccc-) Seçmen Listesinin İlan İçin Sendikaya ve/veya Konfederasyona Gönderilmesi

Hakim, sendika seçmen listesi olarak adlandırılan zorunlu organlara seçilecek üye veya delegeleri belirleyen liste ile birlikte, toplantının gündemi,

yeri, günü, saati ve sair hususları da onayıyla birlikte toplantıdan önce; ilgili sendika şubesi, sendika veya konfederasyon binasında asılmak üzere ilan için gönderir; ilan süresi üç gündür. İlan süresi ile aynı zamanda listeye yapılacak itiraz süresi başlar(Send.K.m.14/ 4 ve 5; Karş. 2820 sayılı SPK.m.20/ 2 ve 4.). Kanun koyucu, bunun dışında maddenin 3.fıkrasında belirtilen hususları hakim onayı ile yargı gözetimine alarak kesinleşmesini istediği anlaşılmaktadır. Hakimin re'sen araştırması 3.fıkırada belirtilen toplantıdan önceki onbeş günlük süre ile liste dışındaki toplantıya ait diğer hususlarda söz konusu olur. Listenin kesinleşmesi ise, süresinde yapılacak itirazların karara bağlanması ya da sürenin itirazsız geçmesiyle mümkün olabilir. Hakim itirazları en geç iki gün içinde inceleyerek kesin olarak kararını verir. Seçim kurulu başkanının bu kararına karşı herhangi bir şekilde YSK' a başvurma yolu kabul edilmemiştir (41).

ddd-) Sandık Kurulunun Oluşturulması ve Görevleri

Listeler de kesinleştikten sonra, hakim, yargı gözetimini, eliyle yürüteceği seçim sandık kurulunu oluşturmalıdır. Sandık kurulu başkanı, en az on yıl kıdemi bulunan devlet memurları, diğer üyelerin de aday olmayan üye veya delegeler arasından seçilmesi gerekir. Aynı şekilde, bir yedek başkan ve iki yedek üye seçilir(Send.K.m.14/ 4.).

eee-) Sandık Kurulu Yedek Başkanının Ayrıca Belirlenmesi Yasal Zorunluluktur

298 sayılı Yasanın 1.maddesinde bu yasanın uygulanacağı seçimler sa-

(41) Seçime katılacak üye veya delegelerle ilgili olarak; m.14/ 5'de belirtilen itiraz söz konusu olduğunda, hakimin yapacağı inceleme, şube genel kurulunca, sendika merkez genel kuruluna seçilen delegenin seçildikten sonra, seçilme ehliyetini kaybettiren bir halinin bulunup bulunmadığını incelemekten ibaret olacaktır. Doğal delegelik durumunun varlığını tesbit etmek işi de; yine bu itirazları incelerken meydana çıkacaktır(Şahlanan, s.103 ; Send. K.m.10/ 6). Önceden yargı gözetimi dışında seçilen şube genel kuruluna katılacak delegeler, şubesi bulunmayan sendika genel kuruluna katılacak delegeler (Şahlanan, s.103), sonradan şube delegesinin, merkez genel kurulu için delege olması söz konusu ise, yahut şubesi bulunmayan sendika genel kurulunda seçilen delege, sonradan sendika, şubelere ayrıldığında; 14. maddeye göre yapılacak zorunlu organ seçimindeki yargı gözetiminin " önceki seçime ait bilgi ve belgeleri "de kapsayacağından kuşku duymamalıdır. Öte yandan Send.K.m.20 / 1 f. son cümle gereğince, kanuni temsilcinin izniyle onaltı yaşını doldurmayan işçi, üyelik sıfatını kazansa da, genel kurullarda oy kullanamayacağından "listede" yer alması halinde bu hususa dikkat etmek gerekir. Hakimin buna ilişkin itirazda onaltı yaşını doldurmayan bir üyenin bulunduğunu tespit ettiği takdirde onu listeden ayıklayıp, ayrıca, sandık kurulu ve başkanını da uyarması gerektiği düşüncesindeyiz. 298 sayılı yasanın 122.maddesi gereğince, sandık seçmen listelerine ilişkin ilçe seçim kurulunca verilen kararın "kesin" olduğu göz önüne alındığında hükmün, Sendikalar Yasasındaki bu düzenlemeyle paralel olduğunu görüyoruz.

yılmış ve fakat bunlar arasında sendika ve/ veya odalar birliği gibi meslek teşekküllerinin zorunlu organlarının üye veya delege seçimleri belirtilmemiştir. Bu seçimlerin kendi özel kanunlarında yer aldığı görülmektedir. Ancak sandık kuruluna yedek başkan seçimi gibi özel bir düzenleme 298 sayılı yasada da yoktur(298 sayılı yasanın 22/son). Ziraat Odaları ve Odalar Birliği ile Tabip Odaları için yargı gözetimi altında yapılacağı bildirilen seçimlerde de tıpkı 298 sayılı Yasa gibi önceden yedek başkan seçimi öngörülmemiştir. Bu konuda seçim kurulu başkanına görev verilmemiştir(6964 sayılı yasanın 8/ b-6.b. ile 6023 sayılı yasanın Ek madde 3/ 6.f.). Kanun koyucu sendikalar konusunda bu düzenlemeden açıkça ayrılarak; Yasanın 14.maddesi ile ayrıca 'sandık kurulu yedek başkanının' belirlenmesi görevini de seçim kurulu başkanına vermiştir.

fff-) Adaylığa İlişkin Şartların Hakim Tarafından İncelenmesi

Genel kurullarca yapılacak seçimlerde aday olanların listeleri, birlikte veya ayrı ayrı olmak üzere başkanlık divanınca yeteri kadar düzenlenerek ilgili seçim kurulu başkanına mühürlenmek üzere verilir. Yasada belirtilen nitelikleri taşımayan üyenin seçildikten sonra dahi tespiti belki bütün seçimin iptalini gerektirmezse de, yasada belirtilen suçları işlemesi halinde, Send.K.m. 56/2 gereğince, faaliyetinin durdurulmaması için sendikadan o üyenin görevine son vermesi çoğunlukla beklenir. Ne var ki, bu beklenti her zaman gerçekleşmeyebilir. Hakim tarafından adaylığa ilişkin şartların seçimden önce incelenmesi varılan hukuki sonuç bakımından önemlidir.

aaaa-) Re'sen Araştırma İlkesinin Varlığına İlişkin Görüş ve Bu Görüşün Değerlendirilmesi

Öğretide savunulan Sayın Şahlanan'ın görüşüne göre, adaylığa ilişkin Send.K.m.5 ile m.14/14'de belirtilen şartlar, kamu düzenine ilişkin emredici hüküm niteliğinde olduğundan adaylığa ilişkin bütün şartların bulunup bulunmadığını seçim kurulu başkanının, re'sen araştırması gerekir. Bu fikre destek olarak 15 Nisan 1986 tarih ve 19079 sayılı RG'de yayınlanan yönetmelik hükümleri gösterilmiştir (42). Oysa bu yönetmelik, Sendika ve Konfederasyonların Kuruluşunda İstenecek Belgelerin Şekli ve Başvuru Usul ve Esasları Hakkındadır. Yönetmelik 2821 sayılı Yasanın 6. maddesine dayanılarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkartılmış olup; konuya ilişkin değildir. Konuya ilişkin böyle bir yönetmelik olsaydı dahi geçerliliği olmayacaktı.

(42) Şahlanan, s.101 dn.125.

Şöyle ki; Başbakanlık ve Bakanlıklar ile kamu tüzel kişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkartabilirler (A.Y.m.124). Bu yetki ancak, yasaların uygulanmasını gösteren ve düzenleyen bir yetkidir⁽⁴³⁾. Sendikalar Kanununda tüzük ve yönetmelik çıkartılacak maddeler tek tek belirtilmiş olup aralarında 14. madde hükmü yoktur; ayrıca, Yasanın 65. maddesinde çıkartılacak yönetmeliğin çıkartılma süresi de belirtilmiştir. Buna göre, Yasanın yayımı tarihinden itibaren; 4. maddeye göre çıkartılacak işkolları tüzüğü bir ay içinde, diğer maddelerde öngörülen tüzük ve yönetmelikler ise dört ay içinde hazırlanarak yürürlüğe konması gerekir. Öte yandan, öngörülen seçimlerle ilgili bir yönetmeliğin çıkartılacağı Yasanın 14. maddesinde belirtilmediğine göre, böyle bir yönetmelik varsa bile hukuk tekniği bakımından Yasaya ve hatta Anayasaya aykırı olur. Kanaatimizce geçerliliği, bu sebeple olamazdı.

Öte yandan yargı gözetimi altında yapılan her seçim mutlaka bir bütçeyi gerektirir. Seçim Kurulu Başkanı ve seçim sandık kurulu başkanı ile üyelerine Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun' da belirtilen esaslara göre, ilgili sendika, sendika şubesi veya konfederasyonca ücret ödenir. Bu hükümde yargı gözetim ve denetiminin genel ve yerel seçim giderlerinin devlet bütçesinden karşılanacağına ilişkin kuraldan açıkça kanun koyucu ayrılmıştır. Devletin bütçe ile karşılamadığı sendika genel kurulunda adayların adaylık şartlarını haiz olup olmadığını hakimın re'sen araştırması için kanaatimizce bir sebep yoktur.

Yasanın m.14 / 4'de seçime katılacak üye veya delegelerin bulunduğu listede aynı zamanda adayların isimleri de bulunacağından hakim yapacağı ön araştırma, ancak 3.fıkıradaki bildirilen belgelerle birlikte aday listesi verilmesi durumunda bir anlam kazanabilir. Bu takdirde hakim, kendisine tevdi tarihinden itibaren sekiz gün de dahil, ilan süresi içinde yapılan itirazlar dolayısıyla adaylık şartlarının bulunup bulunmadığını inceleyecektir. İtiraz dolayısıyla inceleme 'hakimin yapacağı re'sen araştırmayı' ortadan kaldırmaktadır. Şöyle ki, itiraz sebebiyle inceleme, itiraz yokluğunda, onu imkansız kılar.

Ancak ideal hukuk yönünden yasanın 14. maddesinin 3.fıkrasında yapılacak şöyle bir değişiklikle, hakim re'sen araştırması yolu açılmış olacaktır: "Seçim yapılacak toplantılardan en az onbeş gün önce, genel kurula katıla-

(43) Gözübüyük, A.Ş. : Anayasa Hukuku 2.Bası Ankara 1989 s.229.; Düzenleyici işlemler hakkında geniş bilgi için bkz. Güneş, T.: Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri , A.Ü.S.B.F yayını Ankara 1965.

cak üye veya delegeler ile aday olanların listesi ve toplantının yeri, günü, saati ve çoğunluk olmadığı takdirde yapılacak ikinci toplantıya ilişkin hususları belirten bir yazıyla birlikte iki nüsha olarak seçim kurulu başkanı ve mahalli mülki amire tevdi edilir." 14. maddenin son fıkrasına da şöyle bir hüküm eklenmelidir": Bu maddenin 3. fıkrasında bildirilen adaylık listelerinde, adaylara ait şartlar ve buna ilişkin usul ve esaslar, 14. fıkraya aykırı olmamak şartıyla çıkarılacak bir yönetmelikte gösterilir."

bbbb-) Yüksek Seçim Kurulunun Konuyla İlgili Yaklaşımı Var mıdır?

YSK.'a göre, adaylığın kabulü için, aranan koşullara sahip olduğuna ilişkin beyanının esas alınması, seçim yasalarının benimsediği genel esprinin gereğidir. Adaylığa itiraz halinde ise; yetkili seçim kurulu, her türlü kayıt ve belgeyi inceleyerek, gerektiğinde getireceği belgelerle birlikte itiraz hakkında karar verir⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾. YSK. bu görüşüyle, hakimin adaylığa ilişkin şartların bulunup bulunmadığını re'sen araştırması gerektiği fikrine katılmadığı ortaya çıkmaktadır. Karar, Mahalli İdareler seçimleri dolayısıyla tereddütlerin giderilmesi için görüş istenmesi üzerine verildiği; seçim kurullarının bu konuda itiraz üzerine verecekleri karar, kesin olduğu için YSK.'nun, sendikaların zorunlu organlara adaylığa ilişkin şartlara özgü bir görüşü olduğunu tespit edemedik. Kanaatimizce burada seçim hukukunun bu genel prensibinden ayrılmak için herhangi bir sebep yoktur. Öte yandan 2839 sayılı MSK.m.20 ile 2972 sayılı Yasanın 15. maddesinde öngörülen 'adayların geçici ilanı' gibi, Sendikalar Kanununda bir sistem kabul edilmiş değildir. Dolayısıyla vardığımız sonuç bu çerçeveden bakıldığında da doğruluğu sağlanmaktadır.

Eğer, aday listeleri itiraz süresinden sonra verilmişse- ki yasa buna elverişlidir- Hakimin, "itiraz süresi içinde itirazları, gerektiğinde getireceği belgelerle incelemesi, yapacağı araştırmaya 're'sen araştırma' özelliği veremez. Yasada aday listelerinin belirli bir sürede verileceğine ilişkin bir süre olmadığından ⁽⁴⁶⁾ hakimin re'sen adaylık şartlarının bulunup bulunmadığını araştırması yürürlükteki seçim hukuku bakımından mümkün görünmemektedir. Ön-

(44) YSK. 15/1/1994 t. ve 24 karar no'lu kararı, YSK 1993-1994 Yılları, Ankara 1996, s.60.

(45) YSK. 30/4/1994 tarih ve 1335 Karar no'lu kararı azlık oyunda ise; (YSK 'nun karara muhalif üyelerin adları geçmediği için zikredilmemiştir)ise; "... Ancak, aday listeleri hatalı kesinleşmiş ise, bunu seçimin sonucuna müessir olay ve hallerden saymaya olanak bulunmamaktadır. Seçim kanunları, bir şekil hukuku olup adayların tespitini çok sıkı kurallara bağlamıştır. Adaylar önce geçici olarak ilan edilmekte, daha sonra bu konuda yapılacak itirazları inceleyerek kesin aday listelerin ilanları yapılmaktadır.' Gerçi karar ve dolayısıyla muhalefet ferhi, 298 sayılı yasanın 130. maddesine ilişkin bir itirazın incelenmesi sonucunda verilmiştir. Fakat sendikalar bakımından yararlanılacak ilginç bir yaklaşım taşımaktadır.

ceden, 14.maddenin 3. fıkrasındaki belgelerle birlikte aday listesi hakime tevdi edildiği takdirde, - ki yasal olarak bu zorunlu değildir- re'sen inceleyebileceği ileri sürülebilir. Ancak, bu halde dahi seçim hukuku bakımından adaylığa ilişkin şartların incelenmesinde 're'sen araştırma ilkesinin' varlığını öne sürmek mümkün görünmemektedir.

cccc-) Adaylığa İlişkin Şartların Araştırılmasında Karşılaşılabilecek Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Bu sorunlardan ilki, seçim takvimi esnasında hakimin araştırması sonucu, aday üyenin kayıtlarda sabıkasız görünmesine rağmen, seçim sonrasında önceden işlediği suçla ilgili ilama ulaşılması halinde ne yapılması gerektiğine ilişkindir.

Hemen belirtelim ki, memnu hakların iadesine ilişkin karar verilmesi ile bu hususu karıştırmamak gerekir. Memnu hakların iadesine ilişkin karar, geçmiş değil geleceğe ilişkin hak doğurur ve kişinin karar tarihinden önceki hukuki durumunda herhangi bir değişiklik husule getirmez. Memnu hakların iadesi kararının verildiği andan itibaren ilgilinin seçilme yeterliliği yeniden doğmuş olur (47).

Adayın getirilen kayıtlara göre sabıkasız görünmesine rağmen seçildikten sonra sabıkası olduğu anlaşıldığı takdirde, nasıl bir işlem yapılacağı Yasada belirtilmiş değildir. Konuyla ilgili öğretide bu konuda bir fikir ileri sürülmemiştir. Seçim kurulu başkanı Send.K.m.56/ 2 prosedürünün işletilmesi için bir yazıyla valiliğe ya da bakanlığa durumu bildirebilir. Bundan sonra sözü geçen makamlarca, o üyenin işine son verilmesi istenebilir. Ancak, yürürlükteki hukukumuzda seçim kurulu başkanına böyle bir görev verilmediği için bu görüşü savunmak güçtür; çünkü, sürenin itirazsız geçirilmesi veya itirazların kesin olarak karar bağlanmasıyla birlikte hakim işten el çektiği için yargı gözetimi evresi tamamlanmış olmaktadır. Seçim Kurulu bir başka deyişle görevini bitirmiştir. Bu durum karşısında Yasanın 56/ 2.maddesine göre, valilik veya Bakanlıkça bu üyenin sendikadaki görevinin sona erdirilmesini istemesi gerekir.Yürürlükteki hukukumuz bakımından başka bir sonuca varılması imkansız görünmektedir.

(46) 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 21 .maddesinde belirtilen seçimlerde de aday listelerinin verilmesi için bir süre belirtilmemiştir. Seçimden bir gün evvel seçim kuruluna verilmesi bile mümkündür.

(47) YSK. 14/1/1995 tarih ve 11 Karar No'lu kararı, YSK İlke Kararları 1995-1996-1997 Yılları, Ankara 1999, s.363.

Sorunlardan ikincisi, adaylığa ilişkin şartlardan mahkum olmama dışında asgari bilfiil çalışma süresi bulunmayan bir üyenin itiraz olmadığı için seçim kurulu başkanınca durumu incelenmemiş ve zorunlu organlara seçildikten sonra yani valilik veya müfettişlerce durumu tespit edilen delege veya üyeye nasıl bir işlem yapılacağına ilişkindir. Send.K.m.56 / 2 prosedürünü mü işletmek gerekir? Yoksa başka bir çözüm mü aramak yerinde olur?

Yargıtay, işçi sendikaları için yasada belirtilen suçlardan mahkum olmama dışında on yıldan az çalışması olan ve zorunlu organlara seçilen üyenin durumu sonradan tespit edildiğinde valilik tarafından görevine son verilmesi için iş mahkemesine dava açılabileceğini kabul etmiştir⁽⁴⁸⁾. Ancak, seçimden önce Yasada gösterilen suçlardan mahkum olma dışında, 14. maddede, on yıldan az kıdemi bulunan ve zorunlu organlara seçilen üyenin sonradan tespiti halinde nasıl bir işlem yapılacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

Yürürlükteki hukukumuz yönünden, Send.K.m.56/2'i uygulamak mümkün görünmemektedir. İdeal hukuk bakımından yaklaşıldığında, Yasanın 56. maddesinin 2.fıkrasında değişiklik yapmak suretiyle uygun bir çözüme varılmış olacaktır. Bizce değişiklik şöyle olmalıdır: " **14. maddede belirtilen adaylığa ilişkin şartları taşımayan üye veya delegelerden birine, sendika, sendika şubesi veya konfederasyon organlarında görev verildiğinin Valilik veya Bakanlık** ⁽⁴⁹⁾ **tarafından tespiti halinde bu makamlarca, görev-**

(48) 9.HD. 29/1/1988 tarih ve 1987/ 11878 E. 1988/ 506 K. sayılı kararı, YKD. 1988 S.9 s.1237.: Yerel mahkeme, belirtilen Yargıtay incelemesine konu kararında, davacı Valiliğin, sendikanın seçilmiş zorunlu organlarında Yönetim ve Disiplin Kurulu üyesi bulunan davalı şahısların on yıllık bilfiil çalışmış olma şartı gerçekleşmemiş olduğu halde sendikanın zorunlu organlarına seçildiğini ileri sürerek görevlerine son verilmesini mahkemeden talep ve dava etmiştir. Mahkeme ise, 2821 sayılı yasanın 14. maddesine göre ilçe seçim kurul başkanının incelemesi gereken bir itiraz olarak değerlendiren, görevsizlik kararı vermiştir. Özel Daire ise, 2821 sayılı yasanın 14. maddesine göre, itirazın üye veya delegeler tarafından yapılabileceğini, ancak Valililiğin bu yöndeki davasının 14. maddede kapsamında değerlendirmenin mümkün olmadığını, konunun aynı kanunun 63. maddesine göre, İş Mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği düşüncesiyle yerel mahkeme kararını bozmuştur.

(49) 2821 sayılı yasanın bütün maddelerinde geçen 'Çalışma Bakanlığı' adı, 4101 sayılı Yasanın 14. maddesiyle getirilen Ek Madde 2 gereğince, "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı" olarak değiştirilmiştir. Kanunla kurulan bakanlıkların sayısı ülkemizin çeşitli sorunlarına çözüm bulacak kapasitede yeterli sayıya indirgenmelidir. Bu bakımdan, 9/1/1985 tarih ve 3146 sayılı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun isabetli olarak iki ayrı Bakanlık aynı çatı altında birleştiren bir yasal düzenlemedir (bkz.RG.: 18/1/1985 tarih ve 18639 sayılı). 2821 sayılı yasanın yürürlüğe girdiği tarihte (bkz.RG:7/5/1983 tarih ve 18040 sayılı) Çalışma Bakanlığı ayrı bir bakanlık olduğu için 2821 sayılı yasada bu haliyle bakanlığın görevleri düzenlenmiştir. 2821 sayılı yasada yer alan hükümlerde ise, "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı" şeklinde yer almaktadır. Bizce, yasanın, "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde değişiklik yapılarak: ' Bu kanunda geçen Bakanlık; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığını ifade eder' şeklinde kısaltılması uygun olacaktır.

İlendirilen kişinin görevine son verilmesi, ilgili sendika veya konfederasyona bildirilir."

Peki yürürlükteki hukukumuz bakımından yaklaşıldığında, Yasada bildirilen bilfiil çalışma süresi kadar kıdemi bulunmayan ve zorunlu organlara yapılan üye seçiminin kesinleşmesinden sonra sadece o üyenin seçimine ilişkin genel kurul kararının dava yoluyla iptali mahkemeden istenebilir mi?

Zorunlu organlara seçilen böyle bir üye, aday olma hakkını dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullandığı için, TMK.m.83 uyarınca menfaatleri çiğnenen diğer üyeler, yasaya veya tüzüğe aykırı hale gelen ve seçim toplantısında alınan bu genel kurul kararıyla asgari on yıl çalışma şartının olmadığını öğrendiği tarihten itibaren bir ay içinde, mahkemeden iptalini isteyebilmektedir (Send.K.m.63 yollamasıyla MK.m.2). Bu durumda mahkemenin vereceği iptal kararının kesinleşmesiyle, asgari çalışma süresi bulunmadığı halde zorunlu organlara seçilen üyenin görevi sona erer. Zira, seçim sonucunda genel kurulun verdiği karar, yasa gereği kesinleştiği için, burada 14.madde kapsamında bir 'yargı gözetimi'nden söz edilemez. Genel olarak; yasaya aykırılık, ancak TMK.m.83 yoluyla yargı denetimi altına alınabilir. Kaldı ki, sendika hukukunda kanun koyucu, zorunlu organlara seçilmek için belirli bir çalışma süresi, yani kıdem aramıştır. Zorunlu organ seçimlerinin kesinleşmesinden sonra on yıl kıdemi bulunmayan işçinin bu durumu, yasal çalışma süresi kadar kıdemi bulunan diğer işçiler yönünden çalışma barışını bozucu bir özellik taşıdığından, bir sonraki seçim dönemini beklemeye tahammülü yoktur; yasaya aykırıdır, dava yoluyla genel kurul kararının iptali istenebilir. Kaldı ki, seçim sırasında itiraz yapılmış olsaydı dahi, seçim kurulu başkanının verdiği karar maddi anlamda kesinleşmiş bir karar olmayacağından, genel mahkemeler önünde bu tür bir yasaya aykırılık ile genel kurul kararının iptali istenebilir.

c-) Seçim Sırasında Yapılan Yargı Gözetimi

Seçim sırasında sandık kurul aracılığı ile yargı gözetimi gerçekleştirilir. Sandık kurulu, seçimlerin Yasada konfederasyon veya sendika tüzüğünde bildirilen esaslara göre yürütülmesi, yönetimi ve oyların tasnifi ile görevli olup, bu görevleri seçim ve tasnif işlemleri bitinceye kadar aralıksız devam eder(Send.K.m.14/ 7). Seçimler sırasında sandık kurulu başkanı ve üyelerine karşı işlenen suçlar devlet memurlarına karşı işlenmiş gibi cezalandırılacağı ayrıca yasada hükme bağlanmıştır.

**aa-) Oy Verme Esasları ve Düzeni ile Geçersiz Oylar Hakkında
Yapılacak İşlem**

Genel kurulda zorunlu organ seçimleri serbest, eşit, gizli oy, açık sayım ve döküm esasına göre yapılır (Send.K. m.14/2). Seçim günü oy verme esasları da Yasanın 14. maddenin 9. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, sendika seçmen listesinde adı yazılı olmayanlar oy kullanamazlar. Oylar, oy verenin nüfus hüviyet cüzdanı ve resimli üyelik veya delegelik kimlik kartıyla ispat edilmesinden sonra kullanılır. Oy verme işlemi, oy verme sırasında sandık kurulu başkanı tarafından verilen adayları gösterir seçim kurul başkanınca mühürlenmiş listedeki isimlerin işaretlenmesi suretiyle kullanılır. Seçilecek organı oluşturan üye sayısından fazla adayın işaretlendiği oy pusulaları ile diğer kağıtlara yazılan oylar geçersizdir.

Sandık kurulu, seçim sonunda oy kullanan üyeleri listeden imzalarıyla birlikte belirleyerek, sandıktan oy kullandıktan sonra fazla zarf çıktığı takdirde alelade bir şekilde içlerini açmadan fazla sayıda zarf seçerek iptal etmeli, bu işlemleri de tutanakla tevsik etmelidir. Bu husus, seçim esnasında yapılan işlemlere itiraz olduğunda, sandık kurulu açısından işlem güvenliği sağlar. Çeşitli kanunlar, düzenlediği seçimlerle ilgili, oy kullanma esaslarını belirlemektedir. Mesela, kanun koyucunun, 298 sayılı Yasaya tabi bütün seçimlerdeki oy kullanma esaslarında ayrıntılı bir düzenleme getirdiğini görüyoruz. Çeşitli meslek teşekküllerinin organ seçimlerindeki oy kullanma esaslarını incelediğimizde, bunların Sendikalar Kanununa paralel bir düzenleme ihtiva ettiği görülmektedir(2820 sayılı SPK m. 21/ 8 ; 6023 sayılı TTBK Ek madde 3 / 12 ; 6964 sayılı ZOBK.m. 8/b-9)⁽⁵⁰⁾. Bu özelliği itibarıyla, Sendikalar Kanunu hala meslek teşekküllerine dair izler taşımaktadır.

Seçim süresi sonrasında, seçim sonuçları bir tutanakla tespit edilip seçim sandık kurulu başkan ve üyeleri tarafından imzalanır. Tutanakların bir örneği seçim yerinde asılmak suretiyle ilan edilir. Kullanılan oylar ve diğer belgeler, tutanağın bir örneği ile birlikte üç ay süreyle saklanmak üzere, seçim kurulu başkanlığına verilir(Send.K.m.14/ 10)⁽⁵¹⁾.

(50) Buna karşılık, 298 sayılı yasanın 91/ 2 - 92. maddesinde, seçmenin, oyunu kullanmadan önce, kimliğinin tespit edileceği, oy verme anında kimliğin sandık kurul başkanında kalacağı, oy verdikten sonra sandık seçmen listesini imzalayacağı düzenlenmiştir.

(51) 2839 sayılı Milletvekili seçimi hakkında kanunu 40. maddesine göre Seçimle ilgili her türlü evrak iki yıl süre ile saklanır. 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 21. maddesine göre ise bu saklama süresi tıpkı Sendikalar yasasında olduğu gibi üç aydır.

bb-) Seçim Sonucunda Sandık Kurulunca Yapılan İşlemler

Seçim sonucunda yargı gözetimi altında yapılan her seçimde olduğu gibi sandık kurulunca tutulacak tutanakların seçim kurul başkanlığına verilmesi gerekir. Bu tutanakta, seçimin usulüne uygun bir şekilde başladığı ve yürütüldüğü, seçim sırasında alınan önlemler, hatta seçim sırasında verilen itiraz dilekçelerinin özeti ve kimin tarafından sandık kuruluna verildiği ve seçim tutanaklarının tutulduğu başkan ve üyelerin kimlik ve imzaları bulunmalıdır.

2- Seçim Sonuçlarına Yapılacak İtirazın İncelenmesi

A) İtiraz Süresi

Seçimin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutanakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazlar hakim tarafından aynı gün incelenerek kesin olarak karara bağlanır⁽⁵²⁾.

B) İtirazın Hakim Tarafından Kesin Olarak Karara Bağlanması ve Seçimin İptali Halinde Yapılacak İşlem

İtiraz süresinin geçmesi ve itirazların karara bağlanmasından hemen sonra itirazı reddederse kesin kararını hakim ilgili sendikaya veya şubesine bildirir.

14. madde hükmüne aykırı olarak seçim yapılması veya seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük veya kanuna aykırı uygulama nedeniyle seçimlerin iptaline karar verdiği takdirde seçim kurulu başkanı, iki günden az ve yedi günden fazla bir süre içinde olmamak üzere seçimlerin yenileneceği tarihi tespit ederek ilgili sendika, sendika şubesi veya konfederasyona bildirir (Send.K.m.14/ 11; m.52).

C) Süresinde Mazeret Sebebiyle İtiraz Yapılamazsa Eski Hale Getirme Talebi İleri sürülebilir mi?

Yasada itiraz süresi bildirilmekle birlikte kimlerin itiraz edebileceği belirtilmemiştir. Ancak, sendika seçimi ile ilgili sendikaya kayıtlı üye ve delegelerin hepsi itiraz hakkına sahiptir. Acaba itiraz süresi içinde kabul edilebilir bir mazeret nedeniyle mümkün olmazsa ne yapılacaktır? Kanunda eski hale getirme gibi bir müessese kabul edilmemiştir. Eski hale getirme talebi usul hukukunun kesin sürelerde yapılması gereken bir usul işlemini bu sürede yapıl-

(52) YSK'a göre, kesin yargı kararı, ne kararı veren yargı yeri ne de bir başka yargı mercii tarafından her ne sebeple olursa olsun, incelenmesini hukukun yasak ettiği karardır (YSK, 1/1/ 1991 tarih ve 3 No'lu kararı, YSK Kararları, 1991-1992 Yılları Ankara 1993, s.8).

maması nedeniyle sukut etmiş bir hakkın tekrar mahkemelerde ileri sürülmesini sağlayan bir işlemdir (HUMK.m.166-167). Ne var ki, seçim hukuku, şekli kurallar içerdiğinden ve hakimın itirazlar sonucunda verdiği karar maddi yönden kesinlik kazanması mümkün olmadığından; bir başka deyişle, seçim prosedürü bittikten sonra genel mahkemelere itiraz konusu olayın getirilmesi mümkün olduğundan, herhangi bir özre de dayansa bile eski hale getirme talebini kabul etmek mümkün değildir.

3- Seçimde Görev Alanlara Ücret Verilmesi

Seçim kurulu başkanı ve seçim sandık kurulu başkanı ile üyelerine, 298 sayılı kanunda belirtilen esaslara göre ilgili sendika, sendika şubesi veya konfederasyonca ücret ödenir. YSK. vilayetlerin nüfus oranları, iş durumları bariz derecede farklı ve bu farklılığın getireceği derecede fazla çalışmayı gerektiren durumlarda ücretlerin de buna paralel olarak farklı olmasının doğal olduğunu bildirmiştir⁽⁵³⁾. Ücretin miktarı konusunda genel kurullarda yapılan seçimlerde sendika üye veya delege sayısına paralel olarak bu görüş uygulanabilir.

(53) YSK. 28.11.1995 tarih ve 429 karar nolu kararı, YSK. İlke kararları 1995-1996-1997 yılları, s. 119-120.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Sendikalar hukukunda genel kurul toplantıları, bu toplantıda alınan kararlar ile bu kararların iptali ve sendika zorunlu organlarına üye veya delege seçimleri hep birlikte Sendikalar Kanununda hükme bağlanmalıdır.

Kanun koyucu tüzel kişilerin, yasalardaki kronolojik yerini gözeterek 2821 sayılı Yasanın 63., 2908 sayılı Dernekler Kanununun 92. maddesi ile tüzel kişiliğin bünyesine uygun bir şekilde temel Yasa niteliğinde MK'a atıf yapılarak değişik bir hukuki çatı öngörmüştür. Ancak, toplumsal alandaki gelişmeler, kanun koyucuyu tüzel kişilerin kurulması, organlarının seçimi, toplantıları ve tüzel kişiliğin infisahı gibi konularda kendi özel kanunlarında düzenleme yapmaya doğru itmektedir. Meslek teşekküllerine ilişkin yukarıda bildirilen düzenlemeler bu eğilime en güzel bir örnek teşkil etmektedir.

Yürürlükteki hukukumuz bakımından hakimin, kanunda boşluk bulunan hallerde MK.m.1 gereğince, Sendikalar Kanunu m.63. gereğince olaya uygulanacak bir hüküm bulunmadığı takdirde hakkaniyete ve adalete uygun bir çözüm üreterek hukuki bir sonuca varması gerekir.

Yargı gözetimini üstlenecek başta seçim kurulu başkanı(hakim) olmak üzere seçimde görev alanlar, sendika zorunlu organlarının üye seçiminde seçim hukukunun kendine özgü kurallar taşıdığını gözden uzak tutmamaları gerekir. Seçim kurulu hakiminin verdiği karara karşı yasa yolu bulunmadığını gözönüne aldığımızda, yargı gözetimi daha da önem kazanmaktadır.

Bu incelemede ele almaya çalıştığımız sendikaların zorunlu organ seçimlerini düzenleyen Yasanın 14. maddenin 3. fıkrası ile adaylık şartları nedeniyle incelediğimiz 56. maddenin 2.fıkrasında yapılacak yasal değişikliklerin, uygulamadaki sorunları asgariye indireceği düşüncesindeyiz.

YARARLANILAN ESERLER

- Ağaoğlu, S./Hüdayi oğlu, S. : İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1939.
- Başbuğ, A. : Sendika Genel Kurulunda Deleelik Sıfatı ve Bu Sıfatın Tespitinde Hukuka Aykırılığın Genel Kurula Etkisi, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Ankara 2000.
- Becker, H. : Borçlar Kanunu, çeviren: Bülent Olcay Ankara 1967.
- Can, M : Sendika İçi Demokrasinin Tıkanıklıkları, Çimento İşveren Dergisi, C. 11 Sayı:1 Ocak 1997.
- Çelik, N. : İş Hukuku Dersleri, 9.B. İstanbul 1988.
- : İş Hukuku II Kollektif İş Hukuku, 2.B. İstanbul 1979.
- : İş Hukuku Dersleri, 12.B. 1994.
- Demircioğlu, M/ Centel, T. : İş Hukuku, 3 B., İstanbul 1993.
- Devellioğlu, F. : Osmanlıca ve Türkçe Okul ve Yazışma Sözlüğü, Ankara 1964.
- Doğan, M. : Büyük Türkçe Sözlük, 11.B., İstanbul 1996.
- Gözübüyük, A.Ş. : Anayasa Hukuku, 2 B., Ankara 1989.
- Gülmez, M. : Memurlar ve Sendikal Haklar, Ankara 1990.
- Güneş, T. : Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri, Ankara 1965.
- Kaplan, E.T. : Sendika Genel Kurulu Toplantıları İle İlgili Sorunlar, Tühis, Mayıs 1992 s.18 vd.
- Köprülü, B. : Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile ve Miras Hukuku

- (1-4. Kitaplar) İstanbul 1968.
- Oğuzman, K./Seliçi,Ö. : Kişiler Hukuku, 3.B. İstanbul 1985.
- Özmen, I. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararları, C.I Ankara 1998.
- Öztan, B. : Medeni Hukuk Tüzel kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Sorumluluğu, Ankara 1970.
- Sur, M. : İş Hukukunun Uluslar arası Kaynakları, Avrupa Konseyince Kabul Edilen Belgeler, İzmir 1995.
- Sümer, H.H. : İş Hukuku Güncelleştirilmiş 7. B., Konya 2000.
- : Sendikalar Kanununda Yapılan Değişiklikler, Çimento İşveren Dergisi, Mart 1996 Cilt :10 Sayı:2 Sayfa: 3-14.
- Tunçomağ, K. : İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988.
- : Türk Borçlar Hukuku C. I 6.B. İstanbul 1976.
- Şahlanan, F. : Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995.
- von Tuhr, A. : Borçlar Kanununun Umumi Kısmı, Çev. Cevat Edege Ankara 1983.
- Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Ankara 1993.
- YSK. İlke Kararları, 1991-1992 Yılları, Ankara 1993.
- YSK. İlke Kararları, 1993-1994 Yılları, Ankara 1996.
- YSK. İlke Kararları, 1995-1996-1997 Yılları, Ankara 1999.

KISALTMALAR

Borçlar Kanunu	: BK.
Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu	: CMUK
Çeviren	: Çev
Dernekler Kanunu	: Der.K
Dipnot	: dn.
Esas	: E.
Fıkra	: f.
Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu	: HUMK.
Madde	: m.
Karar	: K.
Medeni Kanun	: MK(Mülga).
Resmi Gazete	: RG.
Sayfa	: s.
Sendikalar Kanunu	: Send.K.
Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu	: SMK
Siyasi Partiler Kanunu	: SPK.
Sosyal Sigortalar Kanunu	: SSK.
Türk Medeni Kanunu	: 4721 sayılı TMK.
Türk Ticaret Kanunu	:TTK.
Türk Tabipler Birliği Kanunu	: TTBK.
Yargıtay Kararları Dergisi	: YKD.
Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı	: YHGK.
Yüksek Seçim Kurulu	: YSK.
Ziraat Odaları ve Odalar Birliği Kanunu	: ZOBK.

KAMU İHALELERİNE GETİRİLEN YENİLİKLER ÜZERİNE
BİR İNCELEME

Edip ŞİMŞEK(*)

ANLATIM DÜZENİ: Giriş I- Genel Açıklama, II- Kamu İhalelerine Getirilen Önemli Yenilikler, A- Yasal Düzenleme Bakımından Yenilikler, B- Yasanın Uygulama Alanı Bakımından Yenilikler, C- Ödeneği Bulunmayan İşin İhale Yasağı, D- Mal ve Hizmet Alımlarını İnşaat İş'i ile Birleştirme Yasağı, E- İhale Yöntemine Getirilen Yenilikler.

I- GENEL AÇIKLAMA

Yürürlükte bulunan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK), günümüzde yaşanan küresel ve teknik gelişmeler açısından yetersiz kaldığı doğrudur. Bundan başka, özellikle önemli yatırımlar yapan devlet kuruluşlarının bir yolunu bulup yasa kapsamından çıkmış olmaları ile de; uygulama olanağı sınırlı bir düzeyde kalmıştı. Yeni bir yasa tasarısı hazırlamak için görevlendirilen komisyon ve ilgili kuruluşlar yıllar süren çalışmalara rağmen Avrupa Birliği (AB) ile bütünleşmek ve ulusal gerçeklere yanıt vermek açısından yeterli olmamışlardır. Çünkü tasarı TBMM Bayındırlık, İmar, Ulaştırma ve Turizm komisyonlarının oluşturduğu Meclis Karma Komisyonunda görüşülürken 135 değişik önergesi ile karşılaşılmış, bunların 125'i kabul edilerek tasarıda düzeltmeler yapılmıştır. ↴

Tasarının uğradığı diğer sakıncalı durum TBMM Genel Kurulu'nda temel yasa niteliği verilerek maddelerinin yeterince tartışılmaması ve kısa bir süre içinde yasallaşmış olmasıdır.

(*) Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı

Tüm bu olguların sonucu olarak, gerek 6734 sayılı Kamu İhale Kanun'u (KİK) gerekse 6735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KISK) yürürlüğe girmeden (AB) ve Dünya Ticaret Örgütü (DTO) kurallarına yeteri kadar uyum sağlamadıkları gerekçesiyle değişiklik tasarılarının hazırlanmasına başlandı-ğı anlaşılmaktadır (1).

II. KAMU İHALELERİNE GETİRİLEN ÖNEMLİ YENİLİKLER

A) Yasal Düzenleme Bakımından Yenilikler

Bu yeniliklerin biri, kamuya gelir sağlayan ihaleler ile kamu harcamalarını gerektiren işlerin ihale usulleri ve sözleşmelerinin ayrı ayrı yasalarda düzenlenmiş olmasıdır. Bu bağlamda, kiraya verme ve satış gibi işlerle ilgili ihaleler Devlet İhale Kanun'u (DİK) kapsamında bırakılmış, mal ve hizmet alımları ile yapım (inşaat) işlerinin ihaleleri ise, 2474 sayılı KİK.nda düzenlenmiştir. Bu ayrımın gerekçesi (AB) ve (DTO) kuruluşlarının ihale mevzuatına uyum sağlamak olarak gösterilmiştir. Hemen belirtelim ki, bu değişiklik kamuya aktarıldığı kadar bir reform niteliğini taşımamaktadır. Benzer bir örnekle açıklamak gerekirse, boşanma yada miras hükümlerini Medeni Kanun'dan ayırıp ayrı yasalarda düzenlemek nasıl bir reform değilse, yapılan da bir reform sayılamaz. Deneylere dayanan görüşümüz odur ki, tüm kamu ihalelerinin tek elden yapılması ve sözleşmelerinin de genel hükümlere göre yürütülmesi gibi devamlı ve köklü kurallar getirilmiş olsaydı, bir reformdan sözedilebilirdi.

B) Yasanın Uygulama Alanı Bakımından Yenilikler

Mal ve hizmet alımları ile kamu inşaatlarına ilişkin ihalelerin ve yapılacak sözleşmelerin tümüne yakın bölümü, yasa kapsamına alınmış olması gerçekten önemli bir atılımdır. Aslında kamu idarelerini ve kuruluşlarını saymak yerine adı ne olursa olsun, kamu giderlerini gerektiren mal ve hizmet alımları ile

(1) İnşaat Mühendisleri Odası Ankara Şubesi Bülteni. Mayıs 2002, sayı 5, sahife 8. Benzer bir olgu, 2886 sayılı DİK.nda yürürlüğe girmeden önce Hükümetin getirdiği yasa değişikliği ile maddelerinin 1/3 oranında değişikliğe uğramıştır. İnşaat Mühendisleri Odası Ankara Şubesinin anılan panaline benzer bir panel, Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü'nün 1996 tarihinde DİK' kapsamına giren inşaat sözleşmeleri ile birlikte "İnşaat Sözleşmeleri" tartışılmış ve önemli sonuçlara varılmıştır.

inşaat işlerinin Yasa kapsamında olduğu belirtilseydi, tüm duraksamalar önlenmiş olurdu. Yasama Organının yaptığı, kazuist sistemini uygulamaktan ibarettir (2).

1-Konu bakımından kapsamın genişletilmesi: KİK ve KİSK.larına girer işler, ayrılıksız (istisna) edilmiş işlerin daraltılması suretiyle geniş tutulmuştur. Diğer bir deyişle, 2886 sayılı DİK'nda sayılan özel bütçeler, fonlar ve döner sermayeler gibi kaynaktan sağlanan gelirlerle yapılan inşaat ve alımları (KİK) kapsamına alınmıştır. Ayrıcalıklar ise, eskiden olduğu gibi başta dış finansman ile karşılanan mal ve hizmet alımları ile inşaat işleridir. Kanımızca buradaki yenilik 2886 sayılı Yasa'nın 86. maddesine açıklık getirmekten ibarettir. Anılan maddede, "karşılıkları yabancı devlet veya uluslararası kuruluşlarca sağlanacak" olması öngörüldüğü halde, KİK'nda buna ek olarak "finansman anlaşmasında farklı ihale usul ve esaslarının uygulanacağı" koşulu aranmıştır. Demek oluyor ki, inşaat, mal ve hizmet alımı dış finansman ile yapılmakla beraber eğer KİK ve Kamu İhale Sözleşmeleri (KİSK) dışında farklı ihale usul ve esaslar öngörülmemiş" ise ihale ve sözleşme uygulamaları anılan yasalara göre yürütülecektir. Bunun gibi gerekli giderlerin bir bölümü dış ülkelerden bir bölümü de iç kaynaklardan sağlanmış olması halinde, KİK ve KİSK kuralları dışlanmış sayılmaz.

Yasanın aradığı dış finansmanın nakit, mal, hizmet, ekip veya ekipman şeklinde önerilmiş olması olanaklıdır. Kuşkusuz yükümlüsü de yabancı bir şirket veya şirketler grubu olabileceği gibi devlet veya devletler topluluğu, Dünya Bankası dahi olabilir.

2-İdareler bakımından kapsamın genişletilmesi: Burada da kapsama alınan idare, kurum ve kuruluşlar bire bir sayılarak (kazuist sistemle) gösterilmiştir. Özetlemek gerekirse,

a) 2886 sayılı DİK.nda yer alan genel ve katma bütçeli idareler ile özel idareler, belediyelere ek olarak bunlara bağlı kuruluşlar, birlikler, tüzel kişilikler ve bunların ortak oldukları her türlü işletme ve kuruluşların yasa kapsamına alındıkları belirtilmiştir.

(2) 2490 sayılı Artırma Eksiltme ihale (AEİ) Yasa'sının uygulandığı 50 yıllık dönemde idareler hep Yasa'nın içerdiği kurallardan ve denetimden kaçınmak için etkin bir çaba içine girdikleri, özel yasalar, yönetmelikler ve özel şartnameler ürettikleri bilinmektedir. 1984 yılında uygulanan hükümlerin katı ve bürokratik engeller taşıdığı gerekçesiyle Devlet İhale Kanunu kabul edilmiştir. Bir tepki Yasası olarak ve (AB) ülkelerinin eşitlik ve karşılıklı ilkelerine bağlı kalınarak kabul edilen (KİK) ve (KİSK)'in aynı sonuca uğramamalarını dilemekteyiz.

b) Kamu İktisadi Teşebbüsleri (KIT) açısından getirilen yenilikler.

Devlet İhale Kanununun kapsamı çizilirken döner sermayeli sayılarak ve fonlarla finanse edilerek işler dahil olmak üzere mal ve hizmet alımları ile yapacakları inşaatların yönetmelikle yürütüleceği sağlanmıştı. 1984 yılına kadar yürürlükte kalan 2490 sayılı Artırma, Eksitme, İhale (AEİ) Yasa'sı da aynı yönde hükümler içeriyordu. Bu demektirki AEİK elli yıl, DİK ondokuz yıl olmak üzere 69 yıl süre ile TC'nin önemli yatırımlarını üstlenen KIT'ler gerçek anlamda kamu denetiminden uzak tutulmuştu.

Avrupa Birliği'ne katılım olsun veya olmasın: bundan böyle kamu ihalelerine getirilen yenilikler (ulusal uyum kuralları) çerçevesinde uygulama zorunluluğu getirilmiştir. Daha açık bir anlatımla, kaynağı ne olursa olsun kamu giderine yol açan her türlü mal ve hizmet alımları ile inşaat işlerini yapan KIT'ler ve BİT'ler (Belediye İktisadi Teşebbüsleri) ile bunların ortak oldukları şirket, birlik, işletme ve her türlü kuruluş, KİK ve KİSK'in içerdiği ilke ve kuralara uymak zorundadır. Aykırı davranışlar, disiplin, tazminat ve ceza yaptırımları ile karşılanmıştır. Kanımızca kamu giderlerinin denetimi, hukuka ve yasaya bağlılık açısından burada somut olarak görülmektedir.

c) Bağımsız bütçeli kuruluşlar, sosyal güvenlik kuruluşları ve kamu görevi yapan tüzel kişiler ile ortak oldukları her çeşit kuruluş KİK ve KİSK kapsamına alınmıştır (3).

Yukarıda sayılanlardan ayrı tutulan (istisna edilen)ler ise, çok sınırlı olup, sadece inşaat işleri ile ilgilidir. Diğer bir deyişle, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bu fonun kısmen veya tamamen paylarını elinde bulunduran bankalar ile 4603 sayılı Yasaya göre idare edilen bankalar, mal ve hizmet alımlarında kendi özel kurallarını uygulayacak, buna karşın yapacakları inşaat işinde KİK ve KİSK ilke ve kurallarına tabi olacaklardır. Bundan başka kamu görevi yaptıkları halde barolar ve birlikleri, mesleki kuruluşlar ile kuruluş amacına uygun olarak "işlemek, değerlendirmek, iyileştirmek veya satmak için gerekli görülen alımlar, savunma ve güvenlik için gereken alımlar, Devlet Malzeme Ofisi'nden yapılan alımlar" TUBİTAK ve Devlet Planlama gibi kuruluşların araştırma ve geliştirme projeleri için kullanılmak üzere mal ve hizmet alımları, kamu ihale ve sözleşmelerinin uygulandığı kurallar dışında bırakılmıştır (KİK. 2, 68, KİSK. 39. m.ler).

(3) Genel bütçe, katma bütçe ve özel bütçenin kapsadığı idareler 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu'nun 115. m.de gösterilmiştir.

Görülüyor ki, gerek mal ve hizmet alımları ile yapım (inşaat) işleri bakımından gerekse uygulayıcı kuruluşların hizmet alanı açısından yapılan ayrılıksız değerlendirme, objektif ölçülere dayandırılmış ve oldukça sınırlı tutulmuştur. Gerçekten bu düzenleme önceki uygulamalara bir tepki değil, olması gereken ölçütlerdir.

C) Ödeneği Bulunmayan İşin İhale Yasağı

İşte Devlet ve yüklenici (istekli) arasında yarım asrı aşan sürekli, köklü ve karmaşık uyuşmazlıkların çözüm iksiri; işte hukuka, demokratik ilkelere, çalışma özgürlüğüne getirilen güvence. Ve işte uygulama projeleri, iş programı, avans ve ödeneği bulunduğu halde yüklenici veya isteklinin başka bir ödün beklemeden üstlendiği işi ihale dökümanına, fen ve sanat kurallarına uygun ve süresinde yerine getirme ortamı. Gerçekten sözleşmede öngörülen avansın veya hakediş raporlarının ödenek yokluğundan dolayı kararlaştırılan sürede ödenmemesi halinde, buna bağlı olarak özellikle inşaat yüklenicisi gecikme kadar ek süre istemek hakkı doğacak, inşaat yıllara sarkacaktır. Yapılan iş ister götürü bedelli, ister birim fiyatlı olsun; yanlar arasında kurulan dengeyin devam ettirilmesi gerektiğinden, iş programı ve ödenek dilimleri zorunlu olarak değişecek (revize edilecek), bunun için de protokoller ve ek sözleşmeler gündeme gelecektir (4).

Herşeyden önce ödenek ayırmak, bütçe olanakları ve bütçe süresi ile ilgilidir. Ayrıca, genelde yıllara sarkan inşaat bedelinin saptanmasındaki karmaşık yöntem sözkonusudur. Bunun için Yasakoyucu uygulanacak yöntemleri bire bir açıklamış aykırı davranışları da yaptırımlara bağlamıştır. Şöyle ki,

1-Öncelikle palanlamaya uygun yaptırım projesi ve inşaat programı düzenlenip onaylanmalıdır.

İlk bakışta idarelerin ekip ve ekipman yetersizliği ileri sürülebilir. Hemen belirtelim ki, bu konuda yeterli olmayan idareler, gereken hizmet ihale süresiyle sağlıyabileceklerinden, herhangi bir sorun düşünülemez. İşin süresine denk gelecek program belli olunca, ilk yıl için tüm maliyetin %10 nundan aş-

(4) KİK gerekçesinde, "ödenegi bulunmayan işlerin ihalesinin yapılması, uygulamada pek çok ihtilafa neden olduğundan, ihalesi yapılacak her iş için ödeneğin bulunması zorunluluğu getirilmiştir" denilmektedir. Belli aralıklarla teslim edilecek kısa süreli mal ve hizmet alımları ile uzun süreli (ex nunc) sözleşme benzeri olan inşaat ihalelerinde yıllara sarkan ödemelerin bulunması doğaldır. Bilindiği gibi ani edimli (ex tunc) sözleşmelerde kural olarak işin teslim zamanında bedelinin ödenmesi gerekir (BK. 210, 326 ve 364. m.ler)

ğlı olmamak üzere, izleyen yıllar için programlanmış ödenek dilimleri de bütçelerine konulmuş olacaktır (KİK.62.m.).

2- İhalelerin Yılın İlk Dokuz Ayına Kadar Sonuçlandırılması Gerekir

Kuralın en çarpıcı yönlerinden biri, yatırımların zamanını ve düzenini (sistematiğini) sağlamak, ikincisi şimdiye dek uygulandığı gibi herhangi bir yatırım için ayrılmış ödeneğin takvim yılı itibarıyla harcanmayan bölümünün gelir yazılacağı enşidesinde olan idarelerin bunu harcama gayretine düşmelerini önlemektir.

3- İnşaat için kullanılacak arsa veya arazinin hukuksal ve fiziksel ayıpları giderilmeden ihaleye çıkılmayacaktır (5).

Bilindiği gibi uygulama projeleri yapılmadan bir inşaatın maliyetini hesaplamak olanak dışıdır. Ne varki uygulama projeleri tüm isteklere açık olmasına karşın, bunlara dayanılarak idarelerin saptandığı maliyet ile istekli teklifi çatışacağı için, yaklaşık maliyet cetvellerinin gizli tutulması zorunludur. Projelerin ve maliyet hesaplarının hazırlanması kuşkusuz ekip ve ekipman işidir. Gerektiğinde maliyet hesaplarının çıkarılması, danışmanlık hizmeti veren kuruluşlara ihalesi düşünülebilir. Gizlilik kuralına aykırılığın yaptırımını Yasa'da belirtilmiş olmakla beraber, ihale aşamasına kadar gizliliği korumanın güçlüğü ortadadır. Öyle durumlar vardır ki, aynı anda uygulama projelerinin hazırlanması hem güç hemde işin niteliğine göre de gereksiz olabilir. Örneğin, baraj, otoyol, gibi kapsamlı inşaat işlerinde Yasakoyucu ayrıcalık getirmiştir. Buna göre doğal afetler ve işe başladıktan sonra arazi ve zemin incelemelerinin aşamalı olarak yapılmasını gerektiren inşaat işlerinde detay projeleri aranmaksızın sadece ön (avan) ve kesin projelerle ihaleye çıkılabileceğini kabul etmiştir. Kuşku yokturki anılan ayrıcalık, hem yerinde hemde verimlilik açısından olumludur. Çünkü verimliliği artırmak ve kamu hizmetini biran önce gerçekleştirmek bakımından Yasa'da ayrıca "uygulama projesi yapılabilen kısımlarda için anahtar teslimi götürü bedel, uygulama projesi yapılamayan kısımlar ise herbir kalem iş için birim fiyat teklif almak suretiyle ihale yapılabilir" hükmüne yer verilmiştir (KİK.62/c.m.).

(5) Arsası bulunmayan, mülkiyet uyumsuzlukları giderilmeyen, gerekli kamulaştırma ve imar izni ile kesin ve detay projeleri tamamlanmayan inşaat işlerinin ihaleye çıkarılmıyacağı hükmüne benzer bir kural 2886 sayılı Devlet İhale Yasa'sında yer almaktaydı. Ne varki anılan Yasa yürürlüğe girmeden bu kuralın uygulanıyacağı sonucuna varılmış olduğundan, 2.3.1984 tarihinde kabul edilen 2990 sayılı Yasa ile "Arsa temin edilmesi, mülkiyet ve kamulaştırma işlerinin tamamlanması şartı, bina ve benzeri mahiyetteki inşaatlar dışındaki ihalelerde aranmaz" hükmü getirilmiş, böylece yol, baraj ve benzeri yatırımlar için hukuka aykırı uygulamalara devam edilmiştir.

D)- Mal ve hizmet alımlarını inşaat işi ile birleştirme yasağı.

Kanımızca bu kural, birçok sektörü bünyesinde toplıyan inşaat işleri için düşünülmemiştir. Esasen ekonomide şirketler topluluğu (holdingleşme) olgusu, bir inşaatı üstlenen şirketin gereken yan ürünleri üretmesi ve maliyet unsuruna katması normaldir. Nitekim bu kuralı içeren KİK.nda "aralarında kabul edilebilir doğal bir bağlantı olmadığı sürece..." tanımlaması getirilmiştir. (KİK. 5/2.m.). Hemen belirtelim ki, anılan yasa hükmü (doğal bağlantı sözü) somut bir deyimdir. Örneğin, kontrol hizmeti ile inşaat arasında tartışmasız bir bağlantı bulunmaktadır. Ancak, iş sahibi idarenin yada yüklenicinin yapılan işi kontrol etmesi,yansızlık ve objektif davranmak açısından sakıncalı olduğu açıktır. Öyle ise, kuralın bu bağlamda uygulanması önem kazanmaktadır.

E) İhale yöntemine getirilen yenilikler.**1) İhalelerde tüm istekliler eşit sayılacaktır.**

Yasakoyucu, ihale aşamasında ve ihaleden sonra yapılacak sözleşmenin uygulanmasında olmak üzere iki türlü eşitlik ilkesi öngörülmektedir. Konuza giren eşitlik, ihaleden öne ve ihale aşamasında idarelerin isteklilere karşı hiçbir ayırım yapmadan eşit işlemde bulunmakla ilgilidir. Bunun için "eşit muamele, bütün istekliler için fırsat eşitliği" deyimleri kullanılmıştır. (KİK 5/1 ve 12/2.m.ler). Belirtelim ki, 2886 sayılı DİK.nda buna benzer bir hükme yer verilmediği gibi, istekliler arasında eşitliği bozan ve idarelerin takdirine ve seçimine bırakılan düzenlemeler vardır (DİK. 7/g, 9/2, 44,89. m.ler vd.).

2) Kİ.'na ve ihale dökümanına bağlılık ⁽⁶⁾

Kamu ihaleleri 2490 sayılı AEİ Yasası ve 2886 sayılı DİK, dönemlerinde anılan yasalardan ayrı olarak, idarelerin kendi özel yasaları ve yönetmelikleri gereğince gerçekleştirilmiştir. O kadar ki,bu kurallar arasında eşitsizlikler ve aykırılıklar oluşmuş, artık denetlenmesi dahi zor bir duruma gelmişti. İşte KİK.nun getirdiği yeniliklerden biri de, bundan böyle kamu ihaleleri konusunda çıkarılacak yasaların veya yapılacak değişikliklerin yalnız KİK. kapsamında kalmak üzere, bu Yasa'ya "hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle" olacaktır. Böylece, idareler arasında da eşitlik sağlanmıştır.

(6) KİK. 4.maddesinde ihale dökümanı, (ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapı işlerinde, isteklilere talimatları da içeren idari şartnameler ile yapılacak işin projesini de kapsıyan teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer belgeleri" içerdiği şeklinde belirtilmiştir.

Aynı konuda diğer bir yenilik, gerek ihale yetkilisi (ita amiri) gerekse ihale komisyonlarını, ihale işlem dosyasında toplanan tüm bilgi ve belgelere bağlı kalmak zorunluluğu yönündedir. Daha önemlisi, ihale dökümanı hazırlanmadan ihalenin ilân edilemeyeceği, dökümanlara aykırı bir hükmün de sözleşmeye konulamıyacağı için, olası uyuşmazlıklar ve sapmalar büyük ölçüde önlenmiş olmaktadır.

3- Kaynakların özenle kullanılması.

Yapılacak eserin, mal ve hizmetin amaca yönelik (fonksiyonel) ve verimlilik tekniğine uygun olması zorunluluğu, ilk defa yasal düzenlemeye konu edilmiştir. Son yıllarda yaşanan hava alanı yapma yarışını, kamu yatırımlarının savruk düzenine çarpıcı bir örnektir. Bu ilke ayrıca yaptırımlara bağlandığından, caydırıcılık ve etkinlik özelliği AB ölçütlerine uygun şekilde sağlanmış ise de, diğer yasalardaki koruma çemberi ortadan kaldırılmadıkça, yargı denetimi de sağlanmadıkça, kuralın uygulama olanağı beklemeyeceği açıktır (7).

4- Yasa'ya göre, kamu giderini gerektiren bu işler artık güvenilirlik ve kamu denetimine açık olacaktır.

Bu ilkelerin hiçbirine 2490 ve 2886 sayılı yasalarda yer verilmediğini söylemeye gerek yoktur. Aslında anılan ilke hukuka bağlı devlet kuramının vazgeçilmez (doğal) bir sonucudur. Diğer bir deyişle Yasa, bu kural ile açıkça oto kontrol sistemini kamu ihalelerine de getirmiş olmaktadır. Nasıl ki adli yargı alanında hakim ve yüksek mahkeme arasındaki iletişim (yazılı diyalog) mevcut ise, hukuk devleti ölçütlerinde de çağdaş Dünya Ticareti Örgütü'nün benimsediği bir denetim sistemi ile karşı karşıyayız. Yeterki, sözlü ve yazılı ve de görsel araçlarla yansımaları beklenen kamu denetimi, gerçekçilik düzeyinde olsun.

5- Kamu inşaatlarında ihaleye başlanmadan olumlu yönde çevre etkin değerlendirme (ÇED) raporu almak zorunluluğu vardır.

Çevreyi koruma özlemi bağlamında getirilen bir koşul, gerçekten övülmeye değer bir gelişmedir. Doğal solunum kaynağı olarak bilinen ormanlarımız, ulusal parklarımıza namzet yörelerimiz yakın tarihe kadar birer birer üni-

(7) İhale yetkilisi, Muhasebe Umumiye Kanunu'nun deyimiyle "ita amiri", ihale komisyonlarının başkan ve üyeleri, projede imzası bulunanlar ihale süresindeki her aşamada görev alan diğer ilgililer yasal gereklere aykırı davranışları veya kusurlu hareket etmeleri halinde disiplin cezasından başka, haklarında ceza kovuşturması yapılabileceği gibi mahkumiyetleri ile birlikte tarafların uğrayacakları zararlar da genel hükümler gereğince kendilerine ödetecek ve kamu kuruluşlarında artık görev alamıyacaklardır. (KİK. 5,17, 60 m.ler)

versite kampüsü, sosyal siteler ve yerleşim alanı uğruna harcadığı bilinmektedir. Çevre sivil örgütlerinin ve sınırlı medya çıkışlarının da sonuç vermediği ortadadır. Umarız ki, kuraldaki temelin nedeni ne olursa olsun, yeter ki amacına ulaşmış olsun.

6- İhale sonucunu etkileyen “yaklaşık maliyeti” saptama usullerinde yenilikler.

Denebilir ki her dönemde yaklaşık maliyet (muhammen bedel) saptama yöntemlerinde tartışmalar ve çekinceler yaşanmıştır. Bunun nedeni az önce belirttiğimiz gibi, ihale sonucunu doğrudan etkilemesidir. 2886 sayılı Yasa’da eksiltme yöntemi uygulanan işler için uygun görülen bedel, karmaşık bir yöntemle tahmin edilen bedelin üstünde olmamak koşulu ile, “teklif edilen bedellerin tercihine layık görülenidir” şeklinde tanımlanmıştır. Eğer bedel tahmini yapılmışsa (anılan yasa idarelere bu yetkiyi de vermektedir), teklif edilen bütün bedellerin yine soyut biçimde “tercihe layık görülenidir” (DİK. 28.m.) Görülüyor ki bu önemli konuda ve her iki halde gerçekçi bu tahminin yapılabilmesi için esas alınması gereken ölçütler gösterilmiş değildir. Bu husus kanımızca önemli bir eksiklikler.

Herşeyden önce kamuya ait mal ve hizmet alımları ile inşaatlarının toplam bedelini (götürü bedel) etkileyecek tüm unsurların açık ve anlaşılır biçimde, ayrıntıları da dahil olmak üzere, önceden belirlenmesi gerekmektedir. Hizmetin danışmanlık eliyle yapılması durumunda da bu koşul önde tutulmalıdır. Bundan sonraki aşamada anılan unsurların fiyat belirlemesi, bilirkişi incelemesi dahil “her türlü” fiyat araştırması yapılmak suretiyle gerçekleştirilmesi olanaklıdır (8).

7- İhale türlerinde yapılan değişiklik

2886 sayılı DİK.nda kapalı teklif usulü esas olmak üzere, belli istekliler arasında kapalı teklif usulü, açık teklif, pazarlık ve yarışma usulü adı altında beş türlü ihale usulü kabul edilmiş iken, KİK.nda bu usuller dörde indirilmiştir. Buna göre 1 Ocak 2003 tarihinden sonra kamu inşaatları ile mal ve hizmet

(8) Amerika Birleşik Devletlerinde ve ticaret hukukunun geliştiği Avrupa ve diğer ülkelerde yaklaşık maliyetin tespiti konusunda eğitim almış uzman kişiler veya bilgi bankaları aracılığı ile yapılmaktadır. Ülkemizde ise maliyet tespiti hususunda eğitim verilmemekte, veri bankası ise bulunmamaktadır. Ülkemizde süregelen maliyet tesbiti balıca üç yöntemle belirlenmektedir. Bunlar Devletin ve kamu adına görev yapan kurumların rayiç veya birim fiyatlara göre belirlenen maliyet hesabı, ikincisi, piyasa araştırmasına dayalı olarak eksperlere yaptırılan maliyet yöntemi, üçüncü olarak birim analiz yöntemi” Dipnotu (1) Bülten.

alımları, açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü, pazarlık ve doğrudan temin usullerinden biri ile ihale edilecektir. Yerimiz elvermediği için bunları ayrı ayrı açıklamak ve tartışmak olanağımız bulunmadığından, iki noktaya değinmekle yetineceğiz. Birincisi, Yasa'da hem açık ihale usulü hem de belli istekliler arasında ihale usulünün, temel usuller olarak kabul edilmesi, idarelerin seçimle duraksamalar geçirmesine ve zaman kaybına yol açacaktır. İkincisi de güzel sanatlar, mimarlık, fotoğraf ve film gibi eserlerin yarışma yolu ile ihalesine yeteri kadar Yasa'da yer verilmemiş olmasıdır. Burada önemli olan bilgi, özel yetenek, yaratıcılık olduğuna göre projeyi yapan kişinin sanat anlayışı, görüş ufku, mimari, teknik ve yöre karakteri ancak eşit bir ortamda yapılacak yarışma ile belirlenebilecektir⁽⁹⁾.

Sonuç olarak belirtelim ki, kamu ihaleleri ve ihale sonucunda düzenlenen sözleşmeler konusunda üzerinde durulması gereken yenilikler ve temel ilkeler mevcut olup gerek bunları gerekse yeni oluşturulan Kamu İhale Kurumu'na ilişkin görüşlerimizi başka bir yazıda açıklamaya çalışacağız.

- 000 -

(9) Edip Şimşek, İnşaat Sözleşmeleri (ortak kitap) Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını. 1996 sahife 196.

2002 YILI YARGITAY DERGİSİ BİBLİYOGRAFYASI

H. Bayram USLU (*)

Konulara Göre (**)

I-GENEL KONULAR

SELÇUK, Doç. Dr. Sami; **Adalet Reformundan Önce Uygulama İyileştirilmelidir**, XXVIII, (1-2), 2002, 5-38

İBRAHİMHAKKIOĞLU, Uğur; **Yargı ve Protokol**, XXVIII,(1-2),2002,39-60

ÖZDEMİR, H. Hilmi; **Hakim ve Savcılarda Bulunması Gereken Nitelik ve Yeteneklerle Tutum ve Davranışlar**, XXVIII, (3), 2002, 261-280

ÖZKAYA, Eraslan; **2002-2003 Adli Yıl Açılışında Yaptığı Konuşma**, XXVIII, (4), 2002, 493-515

ÖZOK, Özdemir; **2002-2003 Adli Yıl Açılışında Yaptığı Konuşma**, XXVIII, (4), 2002, 516-535

GÖKÇE, Teoman; **Savcılığın Niteliği, Yapısı ve Özellikleri**, XXVIII, (4), 2002, 536-556

1-BİBLİYOGRAFYA

USLU, H. Bayram; **2002 Yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası**, XXVIII, (4), 2002, 722-727

II- MEDENİ HUKUK

ŞİMŞEK, Mustafa; **Yeni Medeni Yasaya Bakış**, XXVIII,(1-2),2002,123-151

GENÇCAN, Ömer Uğur; **Nesebin Reddi Davalarında Yargılama Yöntemi**, XXVIII, (3), 2002, 359-372

III- BORÇLAR HUKUKU

TUNÇ, Ramazan; **İfa İmkansızlığı**, XXVIII, (1-2), 2002, 104-122

ÖZBEK, Mustafa; **Noter Senetlerinde Sahtelik Halinde Noterlerin Hukuki Sorumlulukları**, XXVIII, (4), 2002, 656-673

(*) Yargıtay Yayın Müdürü

(**) Sıralamada, dergi sayısı esas alınmıştır.

IV- CEZA HUKUKU

KOCALAR, Salih; **Ispirto ve Ispirtolu İçkiler Inhisarı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında 4619 Sayılı Kanunun Getirdikleri Üzerine Düşünce ve Eleştiriler**, XXVIII, (1-2), 2002, 152-156

BAYRAK, Ramazan; **Kasten Müessir Fiil Suçunun Unsuru**, XXVIII, (1-2), 2002, 157-191

ÖZKAYA, İhsan; **İnfaz Hukuku Sorunları**, XXVIII, (3), 2002, 281-302

YILMAZ, Halil; **Haberleşme Hürriyetinin Engellenmesi ve Ceza Hukuku**, XXVIII, (3), 2002, 303-322

ÖZGENÇ, Doç. Dr. İzzet; **"Non bis in idem" Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK.nun 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme**, XXVIII, (3), 2002, 323-358

MERAN, Necati; **Yasal Savunma (Meşru Müdafaa) Kavramı ve Mal İçin Yasal Savunma**, XXVIII, (4), 2002, 557-573

ARSLAN, Dr. Çetin; **Memura Aktif Mukavemet (Birinci Bölüm)**, XXVIII, (4), 2002, 574-605

AKBULUT, Dr. İlhan; **Ülkemizde Uyuşturucu Maddeler Sorunu**, XXVIII, (4), 2002, 606-623

ÜNSAL, Levent; **Takdiri İndirim Nedenleri ve TCY. Md. 59 (Birinci Bölüm)**, XXVIII, (4), 2002, 624-655

V- İŞ KANUNU

HATİPOĞLU, Cihan Yüksel; **Sendika Genel Kurulunun Yargısal Denetimi**, XXVIII, (4), 2002, 674-711

VI- KAMU HUKUKU

ŞİMŞEK, Edip; **Kamu İhalelerine Getirilen Yenilikler Üzerine Bir İnceleme**, XXVIII, (4), 2002, 712 - 721

VII- ÖZEL HUKUK

ÇOŞKUN, Yrd. Doç. Dr. Aynur A.; **Mera Kanunu ve Hukuksal Eleştirisi**, XXVIII, (3), 2002, 400-415

VIII- EŞYA HUKUK

YAVUZ, Nihat; **Culpa ın Contrahendo ya da Asli Edim Yükümünden Bağımsız Yasal Borç İlişkisi Kuramı (Nazariyesi) Açısından Tapulu Taşınmazın Haricen Satışı Nedeniyle Alıcının Talep Hakları**, XXVIII, (1-2), 2002, 61-103

XI- TİCARET (DENİZ) HUKUKU

KUZU, Dr. Zülfü; **Deniz Hukukunda Yükleme ve Boşaltma Süreleri ile Sürastarya Süresi ve Ücreti**, XXVIII, (3), 2002, 373-399

X- USUL HUKUKU

KAR, Bektaş; **Islah Kısmi ve Ek Dava Kavramları ile Dava Konusunun Islah Yoluyla Artırılmasının Getirdiği Sorunlar**, XXVIII, (3), 2002, 416-450

XI- ULUSLARARASI HUKUK

KALPSÜZ, Prof. Dr. Turgut; **Milletlerarası Tahkim Kanununun Hakem Ücretine İlişkin Hükümleri ile Milletlerarası Tahkim Yönetmeliği ve Milletlerarası Tahkim Ücret Tarifesi Hakkında Bazı Mülahazalar**, XXVI-II, (3), 2002, 451 - 459

XII- İNSAN HAKLARI HUKUKU

TÜRMEN, Dr. Rıza; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kapsamı ve Sınırlılıkları**, XXVIII, (1-2), 2002, 192-213
NAL, Sabahattin; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Taraf Ülke Hukuklarındaki Yeri ve Taraf Ülke Hukuklarına Etkisi**, XXVIII, (1-2), 2002, 214-233

AKBULUT, Dr. İlhan; **İnsan Hakları**, XXVIII, (3), 2002, 460-482

XIII- KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

ŞENTUNA, Mustafa Tarık; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ceza Yargılama Yasamız Açısından Tutuklulukta "Makul Süre"**, XXVIII, (1-2), 2002, 234-245

XIV- KARAR ELEŞTİRİSİ

BAŞAL, Koparan; **Ceza Genel Kurul Kararı Üzerine Düşünceler**, XXVI-II, (1-2), 2002, 246-256

2002 YILI YARGITAY DERGİSİ BİBLİYOGRAFYASI

Yazar Soyadlarına Göre ()*

- A -

- AKBULUT**, Dr. İlhan : XXVIII, (3), 2002, 460-482;
XXVIII, (4), 2002, 606-623
ARSLAN, Dr. Çetin : XXVIII, (4), 2002, 574-605

- B -

- BAŞAL**, Koparan : XXVIII, (1-2), 2002, 246-256
BAYRAK, Ramazan : XXVIII, (1-2), 2002, 157-191

- C -

- COŞKUN**, Yrd. Doç. Dr. Aynur A. : XXVIII, (3), 2002, 400-415

- G -

- GENÇCAN**, Ömer Uğur : XXVIII, (3), 2002, 359-372
GÖKÇE, Teoman : XXVIII, (4), 2002, 536-556

- H -

- HATİPOĞLU**, Cihan Yüksel : XXVIII, (4), 2002, 624-655

- I -

- İBRAHİMHAKKIOĞLU**, Uğur : XXVIII, (1-2), 2002, 39-60

(*) AÇIKLAMA : XXVIII (Dergi Cilt Sayısı); 1,2,3,4 (Dergi Sayısı); 2002 (Dergi Yayın Yılı); 416-450 (Yazının yayımlandığı dergi sayfa numaraları)

- K -

- KALPSÜZ**, Prof. Dr. Turgut : XXVIII, (3), 2002, 451 - 459
KAR, Bektaş : XXVIII, (3), 2002, 416 - 450
KOCALAR, Salih : XXVIII, (1-2), 2002, 152-156
KUZU, Dr. Zülfü : XXVIII, (3), 2002, 373-399

- M -

- MERAN**, Necati : XXVIII, (4), 2002, 557-573

- Ö -

- ÖZBEK**, Mustafa : XXVIII, (4), 2002, 656 - 673
ÖZDEMİR, H. Hilmi : XXVIII, (3), 2002, 261 - 280
ÖZGENÇ, Doç. Dr. İzzet : XXVIII, (3), 2002, 323 - 358
ÖZKAYA, Eraslan : XXVIII, (4), 2002, 493 - 515
ÖZKAYA, İhsan : XXVIII, (3), 2002, 281 - 302
ÖZOK, Özdemir : XXVIII, (4), 2002, 516 - 535

- S -

- SELÇUK**, Doç. Dr. Sami : XXVIII, (1-2), 2002, 5-38

- Ş -

- ŞİMŞEK**, Edip : XXVIII, (4), 2002, 712 - 721
ŞİMŞEK, Mustafa : XXVIII, (1-2), 2002, 123 - 151
ŞENTUNA, Mustafa Tarık : XXVIII, (1-2), 2002, 234-245

- T -

- TUNÇ**, Ramazan : XXVIII, (1-2), 2002, 104-122
TÜRMEN, Dr. Rıza : XXVIII, (1-2), 2002, 214 - 233

- U -

USLU, H. Bayram : XXVIII, (4), 2002, 722-727

- Ü -

ÜNSAL, Levent : XXVIII, (4), 2002, 624-655

- Y -

YAVUZ, Nihat : XXVIII, (1-2), 2002, 61-103

YILMAZ, Halil : XXVIII, (3), 2002, 303-322

