

Yıl: 35

Sıra Sayı: 129



KURULUŞ: OCAK - 1975

YARGITAY DERGİSİ

YARGITAY DERGİSİ



Cilt : 35

EKİM 2009

Sayı : 4

Sahibi : Yargıtay adına **Hasan GERÇEKER Yargıtay Başkanı**

Yayın Müdürü : **Ersin DAMAR Yargıtay Yayın İşleri Müdürü**

Yayın Kurulu

Başkan

A. Vehbi AKSOY
Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Üyesi

Üyeler

Sedat BAKICI
Yargıtay 11. Ceza Dairesi Üyesi

Sevgi SAKA
Yargıtay 7. Ceza Dairesi Üyesi

Ali EM
Yargıtay 18. Hukuk Dairesi Üyesi

Ramazan TUNÇ
Yargıtay 3. Hukuk Dairesi Üyesi

Yönetim ve Yazışma Adresi

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü
(Yargıtay Ek Binası, Vekâletler Cad.
No: 3) 06658-Bakanlıklar/ANKARA

Telefon

(0-312) 419 34 17 — 425 16 32

Faks

(0-312) 419 41 11

Abone Servisi

(0-312) 416 11 38

Kapak Tasarımı ve Sayfa Düzeni
Ersin DAMAR

Baskı

SÖZKESEN Matbaacılık Tic. Ltd. Şti.

(0-312) 395 2110

ISSN 1300 - 0209

Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğünce
Üç Ayda Bir yayımlanır.

- Dergide yayımlanan yazılar, Yazarların kişisel görüşlerini yansıtır. Sorumluluğu yazara aittir. Müdürlüğümüzü Bağlamaz.
- Dergiye gönderilen yazıların hiç bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir. Aksi halde telif (yazar) hakkı ödenmez.
- Yazıların yayınlanıp yayınlanmamasına Yayın Kurulu karar verir. Yayınlanmayan yazılar için gerekçe bildirme zorunluluğu yoktur.
- Yayınlanmayan yazılar istenildiğinde geri verilebilir. Ancak Posta ile göndermelerde gönderme gideri yazı sahibine aittir.
- Dergide yayımlanan yazılardan ancak kaynak göstermek suretiyle alıntı yapılabilir.
- Gerek görüldüğünde yazının özüne dokunmayan yazım ve tümce düzeltmeleri yapılabilir.
- Telif hakları 23 Ocak 2007 tarih ve 26412 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Kurum ve Kuruluşlarınınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik esaslarına göre ödenir.

Hiç bir yerde ***temsalcimiz yoktur.***

Ödemeli olarak Dergi Gönderilmez.

Abone bedeli için Abone Servisimizi
(0 312 – 416 11 38) arayınız.

Abone Olmak İçin;

Abone bedeli; Yayın İşleri Müdürlüğümüzün **TC Ziraat Bankası Kızılay Şubesindeki 39009014-5001 nolu** banka hesabına veya **Posta Çekleri Merkezindeki 92932 nolu** posta çeki hesabına ya da bizzat **Müdürlüğümüz Veznesine** yatırılmalıdır. Abone İşlemleri için Müdürlüğümüze başvurulmalıdır.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

GENEL KONULAR

Hasan GERÇEKER

2009-2010 Adli Yıl Açılış
Konuşması **419-478**

Av. Özdemir ÖZOK

2009-2010 Yargı Yılı
Açılış Konuşması **479-492**

CEZA HUKUKU

Hasan DURSUN

Türk Ceza Hukuku'nda
Tekerrür..... **493-562**

CEZA USUL HUKUKU

Nurullah TEKİN

Adli ve Önleme Amaçlı
İletişimin Denetlenmesi ve
Bu Yolla Elde Edilen Bilgilerin
Delil Olarak Değerlendirilmesi... **563-592**

TİCARET HUKUKU

Süleyman ÜNAL

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın
Anonim ve Limited Şirketlerin
Kuruluşu ile Tüzel Kişilik
Kazanmasına İlişkin Hükümleri
Üzerine Bir İnceleme **593-614**

BİBLİYOGRAFYA

Ersin DAMAR

2009 Yılı Yargıtay Dergisi
Bibliyografyası..... **615-620**

2009-2010 ADLİ YIL AÇIŞ KONUŞMASI

Hasan GERÇEKER (★)

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Değerli meslektaşlarım,

Yazılı ve görsel basının değerli mensupları,

Sözlerime başlarken sizleri saygı ve sevgi ile selamlıyorum.

İslâm dünyasının kutsal ayı olan içinde bulunduğumuz Ramazan ayının ülkemize ve tüm insanlığa barış, sevgi ve mutluluk getirmesini diliyorum.

Geçen yıl yitirdiğimiz değerli meslektaşlarımızı saygı ve rahmetle anıyor, emeklilik ya da başka nedenlerle aramızdan ayrılan meslektaşlarımıza da bundan sonraki yaşamlarında mutluluk, sağlık ve esenlikler diliyor, Türk yargısına yapmış oldukları katkı ve hizmetlerden dolayı kendilerine teşekkür ediyor; şükranlarımı sunuyorum.

Geçen yıl yaptığım açış konuşmasında belirttiğim gibi, Devletimizin Anayasa ile yetki, görev ve sorumlulukları belirlenmiş üç ana erki yasama, yürütme

(★) *Yargıtay Birinci Başkanı.*

ve yargı arasındaki çatışmaların sona ermesi, Anayasamızın öngördüğü çizgide, demokratik, laik, sosyal hukuk devletinin tüm ölçütleri ile yaşama geçmesi, tüm bireyler, kurumlar arasında, barış, kardeşlik, huzur, güven, karşılıklı sevgi ve saygının gerçekleşmesi, sorunların çözümünde, karşıt görüşler ortaya konulurken hakarete, asılsız isnatlara, iftiraya varmayacak, gönüllerde onarılması mümkün olmayan yaralar açmayacak şekilde, demokrasinin gereği olan ve ona uygun bir tartışma ortamının oluşması dileğimi tekrarlayarak 2009–2010 Adli Yılıni açarken, bu anlamlı günde bizlerle birlikte olarak onur verdiğiniz için sizlere en içten duygularla şükranlarımı sunuyor, kendim ve tüm Adli Yargı Teşkilatı adına teşekkür ediyorum.

- Sayın Cumhurbaşkanım;

Her yıl yinelediğimiz sorunları yinelememek umuduyla başladığımız geçen yıl içerisinde ne yazık ki, sorunlarımız çözümlenemediği gibi, artarak devam etmiş ve çözümün gelecek yıllarda gerçekleşmesini dilemekten başka olanağımız da kalmamıştır.

Bunları sizlere aktarmak, kamuoyunun bilgisine sunmak, çarelerini arayarak sorunları çözüme ulaştırmak, bizim temel görevimizdir. Bu konudaki düşüncelerimizi ve tespitlerimizi konuşmamın ilerleyen bölümlerinde sizlere daha somut biçimde aktarmaya çalışacağım.

Bilindiği gibi yine bu yıl da yargı reformu, anayasa değişiklikleri büyük bir yoğunlukla kamuoyunun gündeminde yer aldı. Çeşitli kurumlar, kuruluşlar, kişiler tarafından görüşler dile getirildi, tartışmalar yapıldı.

Bizi yakından ilgilendirdiği için elbette ki bu görüşleri, tartışmaları yakından izleyerek kendi görüş ve düşüncelerimizi oluşturmak yolunda önemli ölçüde yararlandık.

Ayrıca, Avrupa'nın, dünyanın çeşitli ülkelerinin hukuk adamları ile yaptı-

ğımız temaslar sonucu edindiğimiz bilgiler de düşüncelerimizin oluşumunda büyük katkı sağladı.

Özellikle demokratik sistemi benimsemiş, temel hak ve özgürlüklere en üst düzeyde önem vermiş dünyanın en gelişmiş ülkelerinde, bazı sistem farklılıkları olsa da, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti ilkelerinin, bütün kurum ve kuralları ile tartışmasız bir biçimde yerleştiği ve yargı erkinin hak ettiği olanak ve saygınlığı kazandığı çok belirgin bir biçimde gözlemlenmiştir.

Kuşkusuz bu ülkelerin bugün geldikleri noktada, bu kazanımların ve bu değerlerin oluşması büyük önem taşımış, dünya kamuoyunda tartışılmaz ağırlıklarının bulunmasında da çok büyük rol oynamıştır.

Elbette kökleri asırlar öncesine dayanan ve dünya tarihinin gelişiminde çok önemli bir yeri bulunan ülkemizin, bir an önce her konuda bu ülkeler düzeyine çıkması, ekonomik, sosyal alanlarda ve hukuk alanında da en ileri düzeyde söz sahibi olması, bizim için en büyük özelemlerden birisidir.

Çağlar boyu, insan toplumları arasında süren çatışmalar, savaşlar yanında bilimsel ve teknolojik gelişmeler sonucu, en ilkel devlet yönetim biçimlerinden bu günlere gelinerek, insan onuruna en yakışan, en uygun olan, en üstün yönetim biçimi olan demokratik hukuk devleti sistemi benimsenmiştir.

Özgürlükçü demokrasinin, anayasal devlet ilkesinin doğal sonucu olarak da akla dayalı kuralların geçerli olduğu, din ve vicdan özgürlüğüne, düşünce özgürlüğüne güvence sağlayan laiklik ilkesi ile, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti, yargı bağımsızlığı ilkeleri geçerlilik kazanmıştır.

Günümüzde artık çağdaş demokratik ülkelerde bunların tartışılması dahi söz konusu değildir.

İşte bizde yargı bağımsızlığı ile ilgili düşüncelerimizi belirlerken, yapıla-

cak yasa ve anayasa değişiklikleri konusundaki görüşlerimizi bu ilkeler temelinde oluşturmaya çalıştık ve bunları değerli arkadaşlarımızdan oluşan bir komisyon tarafından, gerektiğinde ilgili makamlara ve kamuoyunun bilgisine sunmak üzere bir rapor haline getirmiş bulunmaktayız.

Ama önce güncelliği nedeniyle Cumhuriyet ve Demokrasi kavramları üzerinde durmak istiyorum.

Cumhuriyet ve Demokrasi,

Son zamanlarda kamuoyunda Cumhuriyet ve Demokrasi kavramları konusunda yoğun tartişmalar olduğu, insanlık tarihinin en önemli temel taşları olan bu kurumların sanki birbirine karşıtmış gibi gösterildiği, Cumhuriyetçiliğin katı bir devletçilik anlayışı olarak demokrasiyi yok edici bir fonksiyonu bulunduğu belirtilerek, aslında toplumun, tüm bireylerin, üniter devlet yapımızın güvencesi olan bu kurumun yıpratılmaya çalışıldığı da üzüntü ile izlenmektedir.

Demokrasi, en basit tarifi ile bilindiği gibi egemenliğin halktan kaynaklandığı bir yönetim biçimi, demokrasi anlayışı ise bir kurum bir toplum içerisinde yaşayan bireylerin karşılıklı hak ve özgürlüklerinin varlığına dayanan bir yaşam biçimidir.

Demokrasi düşüncesinin temelinde, toplum yaşamını yönetecek otoritenin topluluğu oluşturan tüm bireylere dayanması, böylece yöneticiler ile yönetilenler arasında bir özdeşleşmenin oluşması ilkesi yatar.

Demokrasi anlayışı aslında bireylerin doğuştan özgür ve eşit oldukları düşüncesinden doğmuş, bu özgürlüğü ve eşitliği korumak için de demokrasi sistemi oluşturulmuştur.

Demokrasi düşüncesi tarihi gelişimi sonucu bireyin üstünlüğü ilkesine dayanan Rönesans ile birlikte daha da canlanarak, J.J.Rousseau tarafından toplumsal

sözleşme “halk egemenliği” kavramı adı altında aydınlanma çağının en önemli unsuru olarak belirlenmiş ve gelişimi günümüze kadar süre gelmiştir.

Türkiye’de demokrasinin başlangıcı ise padişahın yetkilerini ilk kez kısıtlayan bir belge olarak 1808 yılında çıkarılan “Senedi İttifak” sayılabilir.

1839 tarihli “Tanzimat Fermanı” ile kişi hak ve özgürlükleri güvence altına alınmış, yasa önünde vatandaşların eşitliği kabul edilmiş, 1856’da yayımlanan “Islahat Fermanı”, 1864 tarihli “Vilayet Nizamnamesi”, 1876 tarihli “Kanuni Esasi” ile kısmen de olsa demokratik sisteme yaklaşımlar sağlanmış, en son Anadolu’ya geçerek, düşmanı yurttan kovabilmek için halkın desteğine sahip bir meclisin kurulması gerektiğine inanan Mustafa Kemal Paşa’nın önderliğinde yapılan Erzurum ve Sivas Kongresi, Amasya Tamimi, ulusal direnişin örgütlenmesi anlamında rol oynadıktan sonra 23 Nisan 1920’de Ankara’da toplanan TBMM demokratikleşme sürecinde bir dönüm noktası olmuş, daha sonra da bilinen inişli çıkışlı gelişmelerle demokrasi süreci günümüze kadar gelmiştir.

Cumhuriyet ise, iktidarın toplumun verdiği yetki ve vekâlet ile siyasal örgütlenme biçimi olarak tarif edilebilir.

Bilindiği gibi Türkiye’de Cumhuriyet Kurtuluş Savaşı’ndan (1920–1923) sonra Lozan Andlaşmasını (24 Temmuz 1923) izleyen günlerde, Anayasada yapılan bir değişiklik 29 Ekim 1923 tarihinde ilan edilmiştir.

Görüldüğü gibi 23 Nisan 1920’de Ankara’da kurulan TBMM ile “egemenliğin kayıtsız şartsız milletin olduğu” ilkesi ilan edilmiş, 29 Ekim 1923’te ise bu ilkeye dayalı olan Cumhuriyet kabul edilmiş, böylece halka dayalı ve laiklik ilkesine yönelen yeni bir yönetim biçimi oluşturulmuştur.

Demokrasi ve Cumhuriyet anlayışı birbirini tamamlayıcı ve birbirinden ayrılmaz iki unsur olarak, hem toplumun hem de toplumu oluşturan bireylerin temel güvencesi biçiminde günümüze kadar gelişimini sürdürmüştür.

Özgürlük ve demokrasi Cumhuriyet sistemi içerisinde birbirinden ayrılmaz, birbiri ile özdeşleşmiş unsurlardır.

Özgürlükler, tarihsel sürece baktığımızda çok güç ve çok uzun süren mücadelelerden sonra elde edilebilmişlerdir.

Magna Carta (1215), Habeas Corpus (1679), Haklar Bildirgesi (1689), İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi (1879) demokrasiyi kuran belgeler olarak tarihte yerini almıştır.

Bu nedenle de tarihsel süreç içerisinde gerçekleşmiş bulunan bu temel hak ve özgürlüklerin değerini çok iyi bilmek gerekmektedir.

Cumhuriyetimizin nasıl kurulduğunu, bu günlere nasıl geldiğini ve Cumhuriyetimizin değerini, Yüce bir ulusun tarih sahnesinden nasıl silinmek istendiğini anlamak için Mondros ve Sevr'i çok iyi bilmek, Lozan antlaşması ile bir ülkenin yoktan nasıl var olduğunu çok iyi görmek gerekmektedir.

Birinci Dünya Savaşı sonunda 30 Ekim 1918 tarihinde imzalanan Mondros ateşkes sözleşmesi ile ülke Avrupa devletleri tarafından işgal ve taksim edilmiş, orduları dağıtılmış, liman, tersane ve demiryollarına el konulmuş, 15 Mayıs 1919'da da Yunan ordusu İzmir'e çıkmış, 10 Ağustos 1920 tarihinde de Fransa'nın Sevr kasabasında imzalanan Sevr belgesi ile Osmanlı Devleti ortadan kaldırılmış, ancak M. Kemal Atatürk gibi büyük bir kahramanın ortaya çıkması ve 19 Mayıs 1919 tarihinde başlattığı Ulusal Kurtuluş Savaşı'nın zaferle sonuçlanması nedeniyle bu sözleşmenin uygulanması mümkün olmamıştır. Lozan anlaşması ile de bu işte son nokta konulmuştur.

Geçmişini çok iyi bilmeyen toplumların geleceğine çok güçlü ve güvenli bir biçimde bakması mümkün değildir.

Bu topraklarda barış ve kardeşlik duygusu içerisinde asırlardır birlikte yaşayan, ülkenin bağımsızlığı ve kurtuluşu için birlikte omuz omuza kanı, canı pa-

hasına mücadele ederek bir millet oluşturan insanlar, yine aynı duygularla, bu çok zor koşullarda kurulmuş bulunan Türkiye Cumhuriyeti Devletini koruyup, kollayarak, ülkenin birlik ve bütünlüğünü her şeyin üzerinde tutacaklardır.

Bunun aksini düşünmemiz mümkün değildir.

Güçler Ayrılığı-Yargı Bağımsızlığı

Demokrasinin en önemli ve tutarlı tanımını İngiliz John Locke 1690 yılında “Hükümet Üzerine İki İnceleme” isimli yapıtında “özgürlük insanın doğal hakkıdır, bir hükümet ancak halkla sözleşmeye dayanıyorsa meşrudur, yasama ve yürütme güçleri ayrılmalıdır” diyerek yapmış, Montesquieu da “Kanunların Ruhü Üzerine” isimli yapıtında (1748), güçlerin ayrılığı ilkesini ortaya koymuş olup, bu ilke bugün de Batı demokrasisinin temellerinden birini oluşturmaktadır.

İktidarın kurumlaşmış biçimi olan devlet ulusal birliğin simgesidir.

Bütün bu nedenlerle Cumhuriyet ve Demokrasiyi birbirinden ayırmaya, üniter devlet yapımızın güvencesi olan temel değerlerimizi yıpratmaya yönelik düşünceleri doğru bulmuyoruz.

Vatan, millet sevgisi, ilkel, modası geçmiş bir duygu değil özgürlükçü demokrasisinin ve toplumların geleceğinin de vazgeçilmez güvencesidir.

Bu moral değerleri korumak ve güçlendirmek için çaba sarf etmek hepimize düşen en önemli görevlerden birisidir.

Şimdi Yargı Reformuna İlişkin Düşüncelerimizi Aktarmak İstiyorum.

Hukuk devleti olmanın ön koşulu ve adil yargılanmanın temel güvencesi “yargı bağımsızlığı” olduğuna göre, yargıçlar, hem bireysel hem de kurumsal olarak yargı bağımsızlığını temsil etmekte ve koruma altında tutmaktadırlar.

Adalet Bakanlığı tarafından Türk yargısının bağımsızlık, tarafsızlık ve etkinliğinin sağlanması, yargıya güvenin artırılması ve adalete erişimin kolaylaştırılması temel amaçları doğrultusunda hazırlandığı belirtilen “Yargı Reformu Stratejisi Taslağı” geçtiğimiz günlerde Bakanlar Kurulu gündeminde yer aldıktan sonra Adalet Bakanlığı tarafından “Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı” kamuoyuna duyurularak Anayasa Mahkemesi’nin uluslar arası belgeler ışığında görev tanımının yeniden belirlenmesi ve buna bağlı olarak yeniden yapılanması konusunda da çalışmalar yapılacağı açıklanmıştır. Adalet Bakanlığı’nın daha önce hazırladığı “Yargı Reformu Stratejisi Taslağı” ile ilgili görüşlerimiz, yargı bağımsızlığına aykırı bulduğumuz hususlar bir rapor halinde Adalet Bakanlığı’na gönderilmiş bulunmaktadır.

Görüşlerimiz alındıktan sonra düzenlenen ve Bakanlar Kuruluna sunulan “Yargı Reformu Stratejisi” ve “Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı” önceki stratejik rapora göre bir kısım iyileştirici görüşler içeriyor ise de bunlarda da katılmadığımız, yargı bağımsızlığına, kuvvetler ayrılığı ilkelerine aykırı bulduğumuz bazı hususlar bulunmaktadır.

Bunlara ana hatları ile değinmek istiyorum.

Yargı ile ilgili olarak Anayasamızda ve diğer yasalarda yapılacak değişikliklere temel oluşturacak “Reform Stratejisi”nin, yüksek yargı organlarının görüşleri alınmadan hazırlanması düşünülemeyeceğinden, Bakanlıkça hazırlanan taslağın tüm yüksek yargı organlarına ve bu arada Yargıtay’a da gönderilerek görüş, öneri ve eleştirilerin istenilmesi, sonrasında da düzenlenecek geniş katılımlı bir toplantıda tartışılıp değerlendirildikten sonra taslak belgeye son şeklinin verileceğinin açıklanmış olması, demokratik katılım ve yargı ile yürütme organları arasındaki işbirliğinin sağlanması açısından son derece olumlu karşılanmıştır.

Hukuk ve yargı sisteminde reform yapılabilmesinin yolu, tüm reform çalışmalarında olduğu gibi, öncelikle sorunun hangi noktalarda yoğunlaştığının doğru olarak saptanmasından geçer.

Hukuk devleti olmanın, başka bir ifade ile hukukun üstün tutularak, yaşamın her alanında egemen kılınmasının olmazsa olmaz koşulu, yargı erkinin görevini yaparken bağımsız, yansız ve bu işlevi doğrudan yerine getiren Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarının güvenceli olmalarıdır. Bunu sağlamanın yolu, yargı erkinin, diğer iki erkten, yani yasama ve yürütme erklerinin etki alanından uzak tutulması, bu iki erkin alt ya da üst derecesinde değil, ancak eşiti bir konumda bulunması ile mümkün olduğunun net bir biçimde algılanmasıdır.

Adalet Bakanlığı'nca hazırlanan "Yargı Reformu Stratejisi Taslağı"nın, Türkiye Cumhuriyeti ile Avrupa Birliği arasında anılan birliğe üyelik yolunda sürdürülen müzakereler kapsamında hazırlandığı bilindiğinden, söz konusu taslakla ilgili değerlendirmenin Avrupa Birliğince düzenlenen, istişare ziyaret raporları ile tarama ve ilerleme raporlarında yer alan ve doğrudan yargının bağımsızlığının güçlendirilmesi, tarafsızlığı, geliştirilmesi, verimliliği ve etkinliğinin artırılmasına yönelik bulunan beklentiler dikkate alınarak yapılması uygun bulunmuştur.

Anayasa'da Yargı ile İlgili Düzenlemeler

Anayasa'da düzenleme "Yargı Yetkisi" olarak yapılmalıdır. Yetki ve görev olarak düzenleme yerinde değildir. Zira "yetki" kavramı görevi de içermektedir. Tarihsel gelişimimizde yargı, yetkisini yasama gibi milletten aldığı için Anayasamızda "yetki" kavramına yer verilmiştir.

Kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkelerinin gereği de budur.

Yargı mensuplarının özlük haklarının statülerine uygun olarak, diğer kamu görevlilerinden farklı ve ayrı "özel" bir yasa ile düzenlenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin mevcut üye sayısı çoğaltılabilir. Ancak, Parlamento tarafından Anayasa Mahkemesine üye seçilmesi yerinde değildir. 1961 Anayasa'sı döneminde getirilen bu şekildeki düzenleme ortaya çıkan birçok sakıncalar

nedeniyle 1971 yılında yapılan değişiklikle terk edilmiştir.

Uygulanmış fakat olumsuzlukları nedeniyle terk edilmiş bulunan bir konunun yeniden gündeme getirilmesi doğru görülmemektedir.

Böyle bir uygulama kaçınılmaz olarak yargının siyasallaşması eleştirilerini de beraberinde gündeme getirecektir.

Askeri Yargı ile ilgili düzenlemelerin de bir bütünlük içerisinde demokratik hukuk devletinin gereklerine uygun olarak Anayasa değişiklikleri ile birlikte yapılması bu konudaki tartışmaları sona erdirecektir.

Yargı Bağımsızlığının Güçlendirilmesi;

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun objektiflik, tarafsızlık, şeffaflık ve hesap verilebilirlik temelinde geniş tabanlı temsil esasına göre yeniden yapılandırılması ve kararlarına karşı etkili itiraz sistemi getirilmesi,

Yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanması ya da güçlendirilmesi, yargının en önemli sorunları arasındadır. Bu anlamda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yeniden yapılandırılması ihtiyacı, tüm adli yıl açılış konuşmalarının odağını oluşturmaktadır. Taslakta, Adalet Bakanı'mın, Kurul'daki varlığının korunduğu ve demokratik meşruiyet için bunun gerekli olduğu vurgusuna yer verildiği görülmektedir. Bunun da ötesinde Adalet Bakanının Kurul Başkanı olarak statüsünü devam ettireceği öngörülmüştür.

Hâkim ve savcılar mesleğe kabul etme, atama, nakletme, geçici yetki verme, yükseltme, birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtma, görevden uzaklaştırma işlemleri bakımından tam yetkili olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna, Adalet Bakanının başkanlık etmesi yargı bağımsızlığını zedeleyen bir olgudur. Her ne kadar hâkim sınıfından olsa da, konumu itibarıyla yürütme erkinin içinde bulunan Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın kurulun doğal üyesi olması da yargı

bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Yargı Reformu Stratejisi taslağında bu yönde bir ilerlemeye rastlanmadığı gibi; aksine, Kurulun oluşumunda Yasama ve Yürütme organı (Cumhurbaşkanı) tarafından üye seçimi planlandığı belirtilmiş olmakla yargı bağımsızlığı noktasında mevcut durumun dahi gerisine düşülmesi olasılığı söz konusudur. Adalet Bakanı'nın Kurul'da yer alması ile Yasama organının Kurul'a üye seçebilmesinin demokratik meşruiyet ile açıklanmasının yerinde olmadığı düşünülmektedir. Aksine, bağımsız bir Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, erkler ayrılığı ve demokratik meşruiyetinin gereğidir. Hatta Avrupa Birliği Komisyonu'nun en son 2005 tarihli istişari ziyaret raporunda da Cumhurbaşkanı'nın Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na üye atamasında yer almaması tavsiye edilmiştir. Kaldı ki, mevcut Kurul'da yürütmenin temsilcisinin yer alması sisteminin nasıl sonlandırılacağı hususunda bir açıklama taslakta yer almadan, yasama ve yürütmenin üye seçimi konusundaki yöntem (Kimler arasından, aday gösterme yönteminin nasıl olacağı gibi hususlar) açık değildir.

Yakında faaliyete geçecek olan istinaf mahkemelerinde görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcılarının ne şekilde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeliğine seçileceği de açıklanmamıştır. Yasama ve yürütme organları tarafından üye seçilmesi kabul edilirse, aynı düşünceyle yasama ve yürütme erkinde de yargının yer alması yoluna mı gidilecektir. Demokratik meşruiyet bu şekilde yorumlanamaz. Böyle bir yapılanma, Hâkimlerin sıradan memur haline getirildiği, yargı bağımsızlığını daha da geriye götürecek bir sistemi doğuracaktır.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yargının tümünü temsil edecek şekilde oluşturulması amacıyla ilk derece mahkemeleri ve faaliyete geçecek olan istinaf mahkemelerinden üye seçilmesi hususu 'taslakta yer almış ise de; benzeri 1961 Anayasa'sı ile uygulanan bu yöntem; görülen aksaklık ve ortaya çıkan sıkıntılar nedeniyle terk edilmiştir. Yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanamadığı bir sistemde önceden denenilen ve terk edilen bir oluşumun yeniden hayata geçi-

rilmesinin yararlı olmayacağı tabiidir. Yargıtay ve Danıştay üyelerinin sayısal olarak büyük bir bölümü ilk derece mahkemelerinde görev yapan hâkim ve Cumhuriyet savcılarından seçildiğinden. HSYK oluşumunda yargının tümünün temsili zaten sağlanmaktadır.

Ayrıca taslakta bu gerekliliğin hâkim ve savcılar üzerinde yüksek mahkemelerin vesayeti olduğu izleniminden kaynaklandığı belirtilmektedir. Yüksek mahkemelerin hâkim ve savcılar üzerinde, yargısal görevleri açısından bir denetimi bulunduğu açık olup bu durumun söz konusu yüksek mahkemelerin fonksiyonu ve Anayasa ile yasalarla belirlenen görev tanımlarından kaynaklandığı kuşkusuzdur. Taslakta, eğer hatalı bir yazıma yer verilmemiş ise, mevcut ve yasal bir üst mahkeme olgusu ve işleyişinin, hâkim ve savcıların yargısal faaliyetleri üzerindeki nesnel etkisinin “vesayet izlenimi” şeklinde tanımlanması şaşırtıcıdır. Söz konusu izlenimin, yargının işleyişinde ne gibi bir sorun teşkil ettiği açıklıkla ortaya konulmamış ise de, ima edildiği şekliyle, bu yasal durumun hâkim ve savcılar üzerinde bireysel bir “bağımlılık modeli” oluşturduğunu ileri sürmenin, yargı erkinin tüm kurum ve kuruluşları ile ilk derece ve üst mahkemeleri ile birlikte bütünlüğünü zedeleyici, son derece isabetsiz, abartılı ve tümüyle öznel nitelikte bir saptama olduğunu değerlendirmekteyiz.

Üstelik bu durumun HSYK'nun oluşumuyla doğrudan bir ilgisinin olduğu da söylenemez. Nitekim, 2461 sayılı Yasa'nın 3. ve 7. maddesi gözetildiğinde, bağımsız olarak görev yaptıkları süre içerisinde mensubu buldukları yüksek mahkemelerle bir görev ilişkileri bulunmayan kurul üyelerinin varlığı öne sürülerek, hâkim ve savcılar üzerinde yüksek mahkemelerin -taslakta kastedildiği şekliyle- ne doğrudan ve ne de nesnel nedenlerden ötürü dolaylı bir vesayeti bulunduğu sonucuna varmak doğru ve isabetli bir yaklaşım değildir.

Bu başlık altında tanımlanan temel önerme anlatılan nedenlerle hatalı iken, bu yöne ilişkin çözüm önerisinin de doğru ve amaca uygun olduğundan -doğal olarak- söz edilemez. Anayasal bir kuruluş olan HSYK'nun seçilmiş üyelerinin

kurul faaliyetleri açısından ifa ettikleri fonksiyon, mensubu buldukları üst mahkemeyi temsil görevi niteliğinde olmayıp, yukarıda da değinildiği üzere, mensubu buldukları üst mahkemeden bağımsız, yasayla tanımlanmış görevlerin ifasından ibarettir ve yargının tümüne yönelik olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, Yüksek Kurul'a üye seçiminde, taslakta belirtilen endişelerle kaynak çeşitlendirmesine gidilmesinde pratik bir yarar bulunmamaktadır. Üstelik HSYK'nun, mevcut durum itibariyle, yargının "tümüne" yönelik "temsili" nitelikte bir fonksiyonu da yoktur. Yargının, yasama ve yürütme organlarından farklı olarak, tek bir kişi yahut kurum tarafından temsil edilmesi söz konusu değildir. Bu itibarla, Yüksek Kurul'un seçimle gelen üyelerinin farklı kaynaklardan sağlanmasının ifa edilen göreve direkt ve olumlu bir etkide bulunacağını düşünmek doğru değildir. Yüksek Kurul'un daha verimli ve etkin çalışmasının önündeki temel sorun başkadır.

Taslakta Yüksek Kurul'un oluşumunda "demokratik meşruiyet" ilkesine yeterince uyulmamasının bir eksiklik olarak tanımlandığı göze çarpmaktadır. Bu başlık altında yapılan açıklamalarda hâkimlerin seçimi ve görevlendirilmesine ilişkin kimi farklı uygulamalardan söz edilerek sonuçta, Adalet Bakanı'nın Kurul'un doğal üyesi olarak benimsenmesinin, Anayasa'nın 9. maddesinde yer aldığı şekliyle milli egemenlik ilkesine uygun düştüğü, bu ilkenin daha da geliştirilmesi için yasama ve yürütme organına da Yüksek Kurul'a üye seçme olanağının tanınması gerektiği vurgulanmaktadır. Konuyla ilgili olarak yapılan kavramsal tartışmalara fazlaca girmeden söylemek gerekir ki, Anayasa'dan aldığı hakla Türk Ulusu adına yargı yetkisini kullanan Türk Yargısı'nın, "demokratik meşruiyet" gibi bir sorunu yoktur ve hiç olmamıştır. Taslakta, bu vahim kavramsal teşhis hatasına böylece yer verildikten sonra, HSYK'nun oluşumu konusunda, ilgili tüm kesimlerin hemen hemen üzerinde birleştiği temel bir eleştiriyi, Kurulda siyasi irade ve yürütmenin temsilcisi Adalet Bakanı ile ona bağlı olarak görev yapan Bakanlık Müsteşarı'nın bulunmaması gerektiği yolundaki değerlendirmeleri bile görmezden gelerek, sözde demokratik meşruiyeti sağlamak adına yasama ve yürütme organına HSYK'na üye seçimi konusunda geniş yetkiler tanınmasına yönelik önerilere yer verilmiş olmasının izahı mümkün değildir. Konuyla ilgili olarak

yer yer ayrıntıya girerek sıralanan “iyileştirme” önerilerinin, sonuçta Anayasa’nın kuvvetler ayrılığı ilkesine çok esaslı bir aykırılık oluşturacağı açıktır.

Anayasaya göre “Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir.” ve “Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır.” (M. 6/1-2) Anılan anayasal düzenlemeye göre egemenlik yetkisi yasama organında toplanmış değildir. Daha önce denenmiş ve fakat sakıncaları görüldüğü için kaldırılmış bir sisteme dönülmek istenmekte ve sakıncalı bu sistem “demokratik meşruiyet” kavramı ile meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Taslakta, HSYK’nun düzenlenişinden itibaren en büyük eleştiriyi almakta olan Adalet Bakanı ve Müsteşarın kurulda bulunması olumlu görülerek “1982 Anayasanın 159. maddesi ile kurulan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nda yürütme organı da temsil edilmek suretiyle, milli hâkimiyet ilkesine yönelik önemli bir adım atılmıştır.” denilmektedir. Bununla da yetinilmemekte ve devamında “Ancak, mevcut düzenlemeye göre gerek Kurul üyelerinin gerekse bir bütün olarak Kurul’un Yasama organına karşı herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir.” değerlendirilmesi yapılarak; adeta, Kurul üyelerinin yasama organına karşı sorumlu olmaları gerektiği gibi yargıç güvencesi, yargı bağımsızlığı ilkeleriyle bağdaşmayan ve dahası Anayasanın, Cumhuriyetin niteliklerinden saydığı (Ay. m-2) hukuk devleti ilkesine aykırı bir düzenleme yapılmasının gerekliliği vurgulanmakta, ayrıca Adalet Bakanının siyasi sorumluluğuyla HSYK’nun diğer üyelerinin sorumluluklarının birbiriyle ilgisi olmadığı düşünülmeden yapılan değerlendirme “demokratik meşruiyet” şemsiyesi ile örtülmektedir. Diğer ülkelerdeki farklı yapıların, her koşulda ülkemiz yönünden örnek olamayacağı düşünülmemektedir. Türk yargı geleneğine bakılmadan, denenmiş ve sakıncaları görülerek kaldırılmış yöntemlerin yeni öneri gibi getirilmesi, bu hususta yeterli inceleme yapılmaksızın düzenleme yapıldığı izlenimini vermektedir.

Öte yandan yapılmak istenilen değişiklikler taslağın başında referans olarak gösterilen belgelere de ters düşmektedir. Gerçekten de Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlanan Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi-

İstişari Ziyaret Raporu (28 Eylül 2003–10 Ekim 2003)'unda, "Hâkimlerin Bağımsızlığına Dair Avrupa Konseyi Tavsiye Kararının 1 (2) (c) prensibiyle uyum arz etmesi açısından; Türk Anayasasının 159. maddesinin, Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'ndan çıkartılmasını sağlayacak şekilde tadil edilmesini tavsiye ediyoruz." denildiği gibi, Anayasanın 140. maddesinin 6. fıkrasındaki "Hâkimler ve Savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdır", şeklindeki düzenleme de yargı bağımsızlığı konusunda Anayasal engel olarak görülmüş ve "Anayasanın 140. maddesinin 6. fıkrasının Anayasa metninden çıkartılarak bunun yerine yargının yönetsel işlemlerinde yegâne sorumluluğun yine bizzat yargının kendisine bırakıldığı bir düzenlemenin yapılmasını tavsiye ediyoruz" değerlendirmesi yapılmıştır. Aynı öneri daha sonra düzenlenen istişari ziyaret raporlarında da tekrarlanmıştır.

Tüm bunlara rağmen, Avrupa Birliği Komisyonu istişari raporlarında belirtilen Anayasanın 140/6 maddesi değişikliği taslakta yer almamıştır. 2005 yılı istişari ziyaret raporunda, Bakanlıktaki üst düzey görevlilerin hâkim olduğu şeklindeki açıklamaları da eleştirilerek, yanıtların zorlama olduğu, Bakanlıktaki görevlilerin hâkim ve savcılar arasından atanmasının önemli olmasına karşın, bu hususun Bakanlığın çıkarlarının, yargı bağımsızlığına tehdit konusu olduğunda öncelik taşıyacağı gerçeğini bertaraf edemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'ya göre Devletin başı olan Cumhurbaşkanı bu sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder. (Ay. m. 104/1) Bu düzenlemeye rağmen, Avrupa Birliği Komisyonunun tüm istişari Raporlarında "Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarının Yüksek Kuruldan çıkartılması. Yüksek Kurulun gerçek anlamda bağımsız bir kurul olarak yapılandırılmasına da yeterli olmayacaktır. Hâkimlerin mesleki gelecekleri konusunda mutlak yetkili otorite olan Yüksek Kurulun teşkilat ve işlevi açısından Adalet Bakanlığında bağımsızlaştırılsa bile, Cumhurbaşkanlığı kanalı ile yürütme erkinin yargı üzerindeki etkisi devam edecektir. ...Yüksek Kurul üyelerini atama yetkisinin Cumhurbaşkanıya verilmesi de Yüksek Kurulun bağımsızlığına önemli derecede gölge düşürmekte-

dir. Zira Cumhurbaşkanı kasten ya da bilmeyerek siyasal görüşlerini atamalarında yansıtabilir... Üye hâkimleri atama yetkisi bizatihi yine hâkimlerin kendisine verilmelidir.” denilmektedir.

İstişari Raporlar -İlerleme Raporları da- yukarıda belirtildiği şekilde HSYK'nun oluşumundaki Adalet Bakanı ve Bakanlık Müsteşarına ve seçimin doğrudan olmayıp dolaylı da olsa Cumhurbaşkanının etkisine itiraz getirirken, Taslağın başında aynı belgelere uyulduğunu gösterir şekilde referans verilmesi belgeleri okumayanlarda yanılsamaya sebep olacaktır. HSYK'nun oluşumu, seçimi ve geniş tabana dayanması gerekmekte ise de, Taslaktaki gibi bir yaklaşımın yanlış olacağı ve daha büyük sorunlar çıkaracağına hiç kuşku bulunmamaktadır. HSYK ile ilgili eleştiriler ve öneriler istişari raporlardaki gibi ulusal düzeyde de sürekli yapılmaktadır.

İstişari ve İlerleme Raporlarında HSYK'nun kendisine ait fonu, sekretaryası ve binaları olması ve bütçesini hazırlayabilmesi istenmesine karşın; Taslak, daha basit, yetersiz bir sekretarya öngörmekte, Bakanlığın hâkim gücüne dokunmamaktadır.

Taslakta “Diğer bazı Avrupa devletlerinde” parlamentonun yüksek kurula üye seçme yetkisi bulunduğu bahsedilmektedir. Ancak söz konusu ülkelerde demokratik parlamenter sistem bütün kural, kurum ve kuruluşlarıyla benimsenmiş ve uygulanmaktadır. Oysa ülkemizde yargı bağımsızlığı hâkim-savcı teminatı, hukukun üstünlüğü, demokratik, laik, sosyal hukuk devleti gibi anayasal ilkeler halen tartışma konusudur. Parlamentonun oluşum ve işleyişinde etkin biçimde söz sahibi olanlar, siyasi parti genel başkanlardır. Bu tabloda yasama organı tarafından seçilecek kurul üyeleri yönünden daha seçim aşamasında ve işin basında siyasallaşma söz konusu olacak, bazen tek partinin çoğunluk sağlayamadığı halde, uygulamada Sayıştay üyeleri seçimlerinde olduğu gibi uzun süre seçim dahi yapılamayacaktır, Ülkemizin bu konudaki özgün koşulları, demokrasi bilincinin yeterince gelişmemiş olması dikkate alındığında Parlamentonun Yüksek Kurula

üye seçmesi, keza yürütme organının temsilcisi Adalet Bakanlığı Müsteşarı'nın ve hatta etkin biçimde Adalet Bakanı'nın Kurulda yer alması isabetli olmayacaktır.

Öte yandan Yasama ve Yürütme organına, Kurul'a hâkim ve savcılar arasından üye seçimi görev ve yetkisinin verilmesi;

Kurumsal olarak yargıyı ve birey olarak yargıcı, siyasi iktidarın etkisi ve kontrolü altına sokacaktır ki, bu da yargının siyasallaşması ve yasama ve yürütme organı karşısındaki bağımsızlığını ve tarafsızlığını kaybetmesi demektir.

Böyle bir yapılanma, siyasi gücün hukuka egemen olması sonucunu doğurur. Parlamentoda çoğunluğu elde eden siyasi parti ve bunun içinden çıkacak siyasi iktidar, pratikte kurumsal olarak yargı denetimi dışında kalacaktır. Bu durumda da hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi zedelenecek, Devlet hukuk kurallarıyla yönetileceğine, siyasi güç, hukuku ve yargıyı yönetir hale gelecektir.

Esasen Avrupa Birliği ilerleme raporlarında da böyle bir öneri bulunmaktadır.

Yargı Bağımsızlığı ilkesi gözetildiğinde, Adalet Bakanı ve Müsteşarının HSYK bünyesinde yer almaması, Kurulun üye sayısı arttırılarak daha geniş kapsamlı bir hale getirilmesi, kurul üyelerinin Yüksek Mahkeme üyeleri arasından Büyük Genel Kurulları tarafından seçimle belirlenmesi gerekmektedir. Yargıtay ve Danıştay'a üye seçiminde Yüksek Mahkemeler aktif rol oynamalıdır.

Avrupa'nın ve Dünya'nın birçok ülkesinde olduğu gibi Yargıtay ve Danıştay Başkanlarının kurulda doğal üye olarak yer almaları da yargı bağımsızlığı ve bütünlüğünün sağlanması bakımından büyük yarar sağlayacaktır.

Kurul Kararlarına Karşı Etkin Bir İtiraz Sistemi Getirilmesi

Kurul kararlarına karşı yargı yolunun kapalı oluşu öteden beri eleştiri ko-

nusu olmaktadır. Kurul'un yapısı belirlendikten sonra mevcut itiraz müessesesinin iyi işletilmesi mi, yoksa yeni bir itiraz yapılanması mı getirilmesi veya dava açma yönteminin mi benimsenmesi gerektiği konusunda sağlıklı bir değerlendirme yapılmalıdır.

Avrupa Birliği istişari ve ilerleme raporlarında da HSYK'nun kararlarına karşı etkin bir başvuru yolu önerilmiş ve bu konuda Anayasanın 159. maddesinde değişiklik yapılması istenilmiştir.

HSYK'nun mahkeme niteliğinde olmaması ve burada yapılan işlemlerin daha çok idari nitelikte bulunması nedeniyle, kararlarına karşı yargı yolunun açık olmasında bir sakınca görülmemektedir. İlerleme raporlarında ve istişari raporlarda belirtildiği gibi Yüksek Kurul'un kararlarına karşı ya bağımsız yargı organına başvuru ya da Yüksek Kurul'un dairelere ayrılarak yeniden yapılandırılması halinde asıl kararı alanların dışında kalan üyelerden oluşacak bir kurula başvuru şeklinde bir düzenleme düşünülebilir.

Kurul'un Çalışma Yöntem ve Kararlarının Şeffaflık İlkesine Uygun Olması

Yargının temel ilkelerinden birisi alenilik ve şeffaflıktır. Kişisel verilerin korunması kaydıyla kurul kararlarının kamuoyuna açık olması kurula güveni artıracak, denetimi sağlayacak ve kurulun kararlarında istikrarı getirecektir.

HSYK'nın Yeniden Yapılandırılmasına Paralel Olarak Kurul'un Sekreteryasının ve Denetim Sisteminin Düzenlenmesi

Taslakta HSYK'nun sekreteryasının ve denetim sisteminin düzenlenmesiyle ilgili saptama ve önerilere yer verilmiştir. Bu başlıkta yer alan önerilerin de, tıpkı Kurul kararlarına karşı itiraz sisteminin iyileştirilmesi bahsinde olduğu gibi, diğer yapılandırma çalışmalarına koşul olarak ele alınacağını ifade edilmesi,

kanımızca acil bir gereksinimin karşılanmasında ötelemeye yol açacaktır.

Ayrıca, söz konusu başlıkta “teklif makamı” ve “karar makamı” gibi iki farklı kavramdan söz edilerek zihin karışıklığına yol açılacağı da izlenmektedir. Anladığımızı göre karar makamı olarak betimlenen Kuruldan bağımsız bir sekreteryaya hizmetinin “teklif makamı” sıfatıyla yapılandırılması amaçlanmaktadır ki, böylesi bir yapılanmanın Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü’nün Yüksek Kurul çalışmalarındaki mevcut rolünü, “reform” adı altında pekiştirmekten öteye gitmeyerek, yargının mevcut sorunlarına yeni sorunlar eklemesi kaçınılmaz görülmektedir. Keza, mevcut yapısıyla önümüzdeki dönemde Türk Yargısı için daha da büyük bir sorun teşkil edeceği muhakkak olan Teftiş Kurulu ile ilgili olarak bu başlık altında muğlâk ifadelerle yer verilmiş olmasının da bir eksiklik olduğu kanısındayız. Konuyla ilgili olarak, Teftiş Kurulu’nun, HSYK’nun mevcut yapısı içinde başkanlığını yürütmekte olan Adalet Bakanı’na bağlı olarak görev yaptığının kuvvetle vurgulanması nedeniyle, Teftiş Kurulu’nun dolaylı da olsa HSYK adına görev yapmakta olduğu gibi bir değerlendirmeyi içeren bu yol-daki saptamaların da gerçeği yansıtmaktan uzak olduğu düşüncesindeyiz. Avrupa Birliği istişari raporları ve ilerleme raporlarının hemen hemen tümünde; “Yargıyı düzenleyen temel kurum olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kendi bütçe ve yazmanlığına sahip olması, çalışma mekânının bağımsız olması, teftiş kurulunun Hâkimler ve Savcılar Kuruluna bağlanması gerektiği, Kurul’da Adalet Bakanı ve Müsteşarının yer almasının yürütmenin, hâkimlerin kararlarını ve mesleki geleceklerini etkilemesine yol açacağı açıklandığı halde, Taslaktaki aksi oluşum önerisi anlaşılmalıdır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 144. maddesindeki “Hâkim ve savcılarının görevlerini; kanun, tüzük, yönetmeliklere ve genelgelere (Hâkimler için idari nitelikteki genelgelere) uygun olarak yapıp yapmadıklarını denetleme; görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında suç işleyip işlemediklerini, hal ve eylemlerinin sıfat ve görevleri icaplarına uyup uymadığını araştırma ve gerektiğinde haklarında inceleme ve soruşturma, Adalet Bakanlığının izni ile adalet müfettişleri

tarafından yapılır. Adalet Bakanı soruşturma ve inceleme işlemlerini, hakkında soruşturma ve inceleme yapılacak olandan daha kıdemli hâkim veya savcı eliyle de yaptırabilir.” şeklindeki düzenleme uyarınca Bakan’a bağlı olarak çalışan Teftiş Kurulu ve Ceza İşleri Genel Müdürlüğü eliyle yürütülen inceleme ve soruşturma sonucunda ilgili hakkında soruşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmesi halinde Kurul’un anılan işlemin yeniden ele alınmasını yahut kendisine doğrudan yapılan ihbar ve şikâyetlerin derhal işleme konulmasını sağlayacak bir yetkisi bulunmamaktadır. Öncelikle soruşturma veya kovuşturma izni verilmeksizin sonlandırılan ihbar, şikâyet ve incelemelerin de Kurul denetiminden geçirilmesini sağlayacak anayasal ve yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunduğu düşünülmektedir. Ancak bu şekilde; tutarlı, eşit ve sürekli bir uygulamanın önu açılacaktır.

Teftiş sistemi ile ilgili olarak istişari raporlarda belirtildiği gibi “Yargı Bağımsızlığı Hakkında BM Temel Prensiplerinin 13–17. prensipleri ve Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Avrupa Konseyi Tavsiye Kararının 1(2) (c) prensibi ile de uyum arz etmesi açısından; Anayasanın 144 maddesi ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası değiştirilerek adalet müfettişlerinin Adalet Bakanlığı merkez teşkilatı içerisinde çıkarılıp Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun doğrudan denetimi altında çalışmak üzere yeniden atanmaları sağlanmalıdır.

Sonuç olarak; Kurulun ayrı bir sekreteryasının olması ve Teftiş Kurulunun HSYK’na bağlanması ve onun kontrol ve denetimi altında bulunması, kurulu daha özerk bir yapıya kavuşturacağı gibi, hâkim ve savcılardan gelecek şikâyetlerin önemli ölçüde azalmasını da sağlayacağı düşünülmektedir.

Ayrıca Kurul’a mali özerklik verilerek; ayrı bir bina sağlanması, ayrı bir bütçe oluşturulması da gerekmektedir. Hâkim ve Savcılar hakkında inceleme ve soruşturmanın Adalet Bakanlığı’nın izni ile yapılacağına dair Anayasa’nın 144. maddesindeki düzenleme yargı bağımsızlığı ile bağdaşmamaktadır. Bir yandan yargı daha bağımsız hale getirilecek denilirken, diğer yandan hâkim ve savcılarının

yargısal faaliyetlerine ilişkin olarak siyasi otoriteyi etkin kılmak çelişki yaratmaktadır. Bu konuda Anayasa değişikliği yapılarak, bu yetki HSYK'na verilmelidir.

Bu nedenle, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “Yargı Reformu Stratejisi Eylem Planı”nda bu konu ile ilgili olarak tek dereceli seçimin önerilmesi, sekreteryaya hizmetlerinin Kurul bünyesinde olmasının sağlanacağı, hâkim ve savcılarının denetiminin disiplin, inceleme ve soruşturma işlemlerinin Kurul bünyesinde gerçekleştirilmesi, Kurulun müstakil binasının olması, bağımsız bütçe kullanımının sağlanması yönündeki görüşler olumlu bulunmaktadır.

HSYK'nun Yeniden Yapılandırılması ve İstinaf Kanun Yolunun (Bölge Adliye Mahkemelerinin) Faaliyete Geçirilmesi ile Birlikte Not Sistemi Dahil Olmak Üzere Terfî Sisteminin Yeniden Değerlendirilmesi

Hâkim ve savcılarının terfî sisteminde; not oranı, iş yüzdesi ve sicil raporları esas alınmaktadır. Not, kararlardaki isabet oranı yönünden istatistiksel bir rol üstlenmektedir. Bu sistem yerine yeni ve geçerli bir yöntem öngörülmezsizin, Yüksek mahkemelerin bu yolla hâkim ve savcılar üzerinde idari otorite kurduğu, bunun Yüksek Mahkeme içtihatlarına koşulsuz uyulmasını sağlama çabası olduğu şeklinde değerlendirme yapılması yerinde değildir. Bu şekilde bir değerlendirme ülkemizdeki Yüksek Yargı'nın çalışma yönteminin doğru araştırılmamasından kaynaklanmaktadır.

Terfî açısından notların büyük önem taşıması nedeniyle hâkimlerin karar verme sırasında Yüksek Mahkeme içtihatlarına koşulsuz uyma kaygısı ile hareket ettikleri ve bu durumun içtihat gelişimine olumsuz etkide bulunduğu görüşü ile ilgili olarak şunlar söylenebilir; Temyiz mahkemelerinin varlık nedeninin, en başta, ilk derece mahkemelerinden verilen kararlar arasında birlik sağlanması olduğu unutulmamalıdır. Yüksek Mahkeme, içtihatlarıyla uygulayıcıya yol gösterecektir. Yüksek Mahkemelerin istikrar bulmuş olsa bile kararlarının, haklı ve yasal gerekçeye bağlanmış ilk derece mahkeme kararları karşısında her zaman

değiştirilmesi imkânı da vardır. Bu kararların uzun süre incelenip tartışıldıktan sonra verildiği bilinmelidir.

Hâkimlerin kararlarının yürürlükteki yasalara, hukuka uygunluğunun, doğruluğunun ve güvenilirliğinin sağlanması bakımından kanun yolları yasalarda öngörülmiştir. Hukuk devletinin niteliği gereği, mevcut sistem kurulmuş ve korunması için gerekli yasal düzenlemeler yapılmıştır. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması; mantıksal ve hukuksal dayanakları bulunması gereklidir. Hâkim kararını verirken dış etkilerden olduğu kadar kendi subjektif değerlendirmelerinden de uzak kalabilmelidir. Not sistemini değiştirme düşüncesi, yerine çok sağlıklı bir alternatif çözüm önerisi getirilemediğinden uygun görülmemektedir. Yargı kendi bütünlüğü içerisinde değerlendirme ve ölçme sistemini kurmuştur. Bu sistem özenle yürütüldüğünde, bir eksiklik olmadığı gibi yargı bağımsızlığı ihlalin-den de söz edilemez. Taslakta planlandığı şekilde bir terfi veya değerlendirme sistemi getirilmesi yargı bağımsızlığını zedeleyecek ve öncelikle adil yargılanma hakkının ihlali söz konusu olacaktır.

Verilen kararların sayısı, iş yüzdesi açısından önemli olmakla birlikte, kararlardaki isabet oranının tespiti ve yükseltilmesi ancak Yüksek Mahkemelerin denetimi ile mümkündür.

Bu konudaki değerlendirmede, sadece temyize tabi dosyalar değil, diğer işler de göz önüne alınabilir. Hâkim ve savcıların Yargıtay ve Danıştay'dan belli sayıda iş geçirmesi koşulu kaldırılabilir.

Ceza Yargılama Yasasıyla getirilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi yeni düzenlemeler karşısında, özellikle sulh ve asliye davaları bakımından temyizden geçirilememe (itiraz yolu) nedeniyle terfilerde sorunlar ve adil olmayan sonuçlar ortaya çıkmaktadır.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 24. maddesinde adalet müfettişlerinin denetimleri sırasında inceledikleri belgelere ve gözlemlerine dayana-

rak hâkim ve savcılar hakkında hal kâğıtları düzenleyecekleri, bu kâğıtların ilgilinin gizli sicil dosyasına konulacağı ve terfi sisteminde de hâkim ve savcıların etik kurallara uygunluğunun denetiminde müfettişler tarafından düzenlenen hal kâğıtlarının esas alınacağı hükmü bulunmaktadır. “Gözlem” kişiye göre değişen sübjektif bir kavramdır. Hal kâğıdını düzenleyen müfettişin kişisel doğruları ve kişisel değerlerine göre yapacağı “gözlem” sonucu düzenleyeceği hal kâğıdının her zaman objektif olabileceğinden söz etmek mümkün değildir. Yürütmeye bağlı denetim görevlilerince yapılan değerlendirmelerin keyfilikten uzak olması mutlaka sağlanmalı, bu belgelerin ilgili hâkim ve savcıya tebliğ edilerek, değerlendirmenin asıl öznesi konumunda bulunan bu kişilere cevap ve itiraz hakkı koşulsuz olarak tanınmalı, belgeleme yükümlülüğü denetim görevlisinde olmak üzere, itiraz sonuçlanmadan terfide dikkate alınmamalıdır.

Hâkim ve Savcılar arasında meslek kıdemi ve başarıya göre derecelendirme yapılması yerinde olsa da, “sınıf” sözcüğü iyi bir seçim olarak görülmemektedir. Üçüncü sınıf, ikinci sınıf ve benzeri hâkim ve savcı ifadesi, incitici olabileceği gibi, soruna yargılanan açısından bakıldığında da bir güven eksikliğini beraberinde getirebilir. Bu açıdan derecelendirmenin farklı bir kavram üzerinden yapılması yerinde olur.

Örgütlenme Hakkı Çerçevesinde Hâkimler ve Savcılar Birliğinin Kurulması

Örgütlenme hakkı çerçevesinde Hâkimler ve Savcılar Birliği kurulması son derece yararlı olacaktır. Ne var ki, bu yönde yapılacak örgütlenmede (bir yasa hükmü ile) belirli sıfatları taşıyan kişilerin doğal başkan ve yönetim kurulu üyesi olmalarının idari vesayetinin oluşması amacına hizmet edeceği unutulmamalıdır. Örgütlenme ve yönetiminin demokratik meşruiyet çerçevesinde oluşturulması esas alınmalıdır. Örgütlenme ve yönetim hakkına yapılacak her tür (yasal) müdahale bu hakkın göstermelik olarak sağlanmaya çalışıldığı izlenimi verecektir. Kurulacak yapının mülki birimlerin denetimine kapalı olması da önemli bir ayrıntı

tıdır.

Yargı Mensuplarına Yargı Bağımsızlığı Konusunda Eğitim Verilmesi

Özellikle Türkiye Adalet Akademisi'nin yeniden örgütlenmesi çalışmalarının, idari ve mali özerkliği tam olarak sağlanmış, gerçek bir akademik faaliyetin sürdürülebilmesine olanak sağlayan çağdaş bir yapıyı hedeflemesi gerekir. Yine Avrupa Birliği ilerleme raporlarında öngörüldüğü gibi hâkim adaylarının seçiminde Adalet Bakanlığının etkisinin kaldırılması ve seçimin tam özerkliği sağlanmış Adalet Akademisi'ne ya da HSYK'na bırakılması gerekmektedir.

Yargı bağımsızlığı hakkında BM Temel Prensiplerinden 9'uncusuna ve Chisinau deklarasyonuna uyum arz etmesi açısından, meslek öncesi ve meslek içi eğitimde Adalet Bakanlığının etkisinin kaldırılması, İstisari Raporda işaret edildiği gibi Adalet Akademisinin tam özerkliğinin sağlanması zorunluluğu bulunmaktadır.

Hukukun üstünlüğü ile yargı bağımsızlığı arasındaki bağı çok iyi görmek gerekir. Hukuk üstün tutuluyorsa, yargının bağımsızlığı mutlak olarak sağlanmalıdır. Hukuk ayak bağı görülüyorsa, mutlaka yargı baskı altındadır.

Yargının Tarafsızlığının Geliştirilmesi

Bilindiği gibi, yargı tarafsızlığı yargı bağımsızlığı içerisinde yer alan en önemli temel unsurlardan birisidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafsızlığı, subjektif ve objektif tarafsızlık olarak değerlendirmektedir. Subjektif tarafsızlık, hâkimin birey sıfatıyla kişisel tarafsızlığını, objektif tarafsızlık ise mahkemenin kişide bıraktığı izlenim yani, hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünümde bulunmayı öngörür. Hukuk sistemimizde tarafsızlık, yargı bağımsızlığı kapsamında yer aldığından yargı mensupları için geçerli olacak etik kuralların belirli bir metin haline getirilmesi olumlu bir yaklaşım olacaktır. Bu anlamda,

20.10.2007 gün ve 83/244 sayılı Yargıtay Ceza Genel Kurul kararında da belirtildiği üzere Bangalore Etik Kuralları ve Savcılar için Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları “Budapeşte İlkeleri” düzenlenecek belgenin esasını oluşturmalıdır.

Yargı Tarafsızlığı Konusunda Yargı Mensuplarının ve Kamuoyunun Bilinçlendirilmesi

Yargının tarafsızlığı konusunda devam eden soruşturma ve kovuşturmalara ilgili olarak sadece medya değil, yasama ve yürütme organı dahil, her kesimin hassasiyet göstermesini sağlayacak yeni önlemler alınması gerekmektedir.

Anayasanın 28. maddesi basının hür ve sansür edilemeyeceğine ilişkindir. 5680 sayılı Basın Yasası'nın 1. maddesi ile de buna paralel düzenleme getirilmiş, basın özgürlüğü Anayasal güvence altına alınmıştır. Bu güvence demokratik hukuk devletinin en önemli unsuru olan halkın bilgilendirilmesi ve iletişim hakkının korunmasına ilişkindir. Halka doğru bilgi vermek; eleştirileri, farklı görüşleri yansıtarak kamu yararını ön plana çıkarmak demokrasi kültürünün yerleşmesinde etkin rol oynar.

Şüphesiz yargı da eleştirilebilir. Yargı ile ilgili “haber” niteliğinin ötesinde “yorum” yapılırken, bu ayrımın gözetilmesi ve çok özen gösterilmesi gerekmektedir. Yargı ile ilgili haberlerde, gerçeklere dayanılmalı, doğruluğu ispatlanabilmesi, tarafsız davranılmalıdır.

Yorum sübjektif bir kavram olduğundan asla gerçekleri çarpıtmamalıdır. Yargılamanın devamı sırasında yapılan yorumların “Adil Yargılanma Hakkı”nı ihlale neden olacağı bilinmelidir.

Yargıya intikal eden konular hakkında yanlış ya da eksik bilgilerle yapılan yorumlar, yönlendirici yayınlar, kamuoyunu yanlış yönde etkilediği gibi; mahkemeler üzerinde de bir baskı unsuru olarak ortaya çıkacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin kurallar Anayasamızın 9, 19, 36, 37, 38, 138, 139, 140, 141 ve 159. maddeleri ile diğer yasalarda düzenlenmiştir.

Anayasanın, 36. maddesinde “Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” denilmektedir. Anayasamızın 138. maddesi ise adil yargılanma hakkının uygulamasına yöneliktir. 138/2 maddesinde “Hiçbir organ, makam, merci ve kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.” hükmü yer almaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 288. maddesinde ise; “Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” suçunu tanımlamakta ve yaptırımını göstermektedir.

5187 sayılı Basın Kanunu’nun 19. maddesinde de “Yargıyı etkileme” başlığı altında bir düzenleme yer almaktadır.

Anayasa’mızın 26. maddesinde düşünciyi açıklama özgürlüğünün yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amacıyla sınırlanabileceği öngörülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi adil yargılanma hakkının en önemli unsurunun bağımsız ve yansız yargı olduğunu belirtir. Yargının bağımsızlığı başta yasama, yürütme olmak üzere diğer erklerle karşı yargının korunması anlamını taşır. Sözleşmenin 10/2 maddesinde ise görev ve sorumluluk yükleyen özgürlüklerin yargı gücünün tarafsızlığını sağlamak için sınırlanabileceği ve yaptırımlara bağlanabileceğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

Yargının görevi, yasa koyucunun koyduğu hukuk normlarını uygulamaktır. Bu uygulama sırasında takdir hakkını ve vicdani kanaatini kullansa da, normların sınırlarını aşması mümkün değildir. Yasa Koyucunun iradesini yansıtan yasaların

anlam ve amacına uygun yorum yapılabilir. Bunun dışında yapılan yorumlar yasa ve yürütme alanına müdahale anlamını taşır ki, bu durumda da yargının siyasallaşması gibi tarafsızlığına da gölge düşüren en önemli etkenlerden birisi ortaya çıkacaktır.

Siyasallaşan yargının; yansızlığı, saygınlığı ve kendisine duyulan güveni yitirmesi kaçınılmazdır.

Siyasi erkin de yargının yansız ve bağımsız olarak görevini yapması hususunu sahiplenmesi, bunun için sistemli ve kararlı bir çaba göstermesi zorunludur.

Kişisel Verilerin Korunması Kaydıyla Yüksek Mahkeme Kararlarına Erişimin Sağlanması

Yüksek Mahkeme kararlarına erişim konusunda hiçbir hukuki engel bulunmamakta, bu konudaki aksaklıklar tamamıyla teknik ve yapısal sorunlardan kaynaklanmaktadır. Öyle ki, Yargıtay'dan her yıl beş yüz bin civarında karar çıktığı göz önünde bulundurulduğunda, tasnif edilmemiş ve kişisel verilerin gizlenmesi amacıyla işlenmemiş kararların hiçbir anlam ifade etmeyeceği gerçeği karşısında, sadece bir yıllık kararın yayına hazır hale getirilebilmesi için fazladan 70-80 personel istihdamına ve yine UYAP'ın mevcut sistemi dışında bu yoğunluğu taşıyacak ayrı bir sisteme ihtiyaç bulunmaktadır. Büyük bir bütçe gerektiren teknik altyapı eksikliğinin giderilmesi ve personel istihdamının sağlanması halinde, Yargıtay kararlarına erişim konusunda hiçbir engel kalmayacaktır.

Yargı Mensupları ile İlgili Disiplin Hükümlerinin Yeniden Ele Alınarak Nesnel Ölçütler Getirilmesi ve Değişik Kademelerdeki Yargı Mensupları İçin Paralel Düzenlemeler Yapılması

Bilindiği üzere, Anayasa'da, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi, Yük-

sek Mahkemeler olarak düzenlenmiştir. Anayasanın 154. maddesinde Yargıtay, 155. maddesinde Danıştay düzenlenmiş olup, 154. maddesinin son fıkrası “Yargıtay’ın kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başkan Vekilleri, Daire Başkanları ve Üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcı Vekilinin nitelikleri ve seçim usulleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir” hükmünü taşımaktadır. Anayasa’nın bu hükmü uyarınca düzenlenen 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nda, Yargıtay’ın kuruluşu ve mensuplarının çalışma esas ve usullerine ilişkin hükümler yer alır. Bu Kanunda Yüksek Mahkemenin konumuna uygun olarak başkan ve üyelere uygulanacak disiplin hükümleri de düzenlenmiştir. 2802 sayılı Kanunda öngörülen Hâkim ve Cumhuriyet savcılarında uygulanan disiplin hükümlerinin, Yüksek Mahkeme başkan ve üyelerine de uygulanmasını istemek ve bu yöne ilişkin düzenleme yapılmasını öngörmek Anayasa’nın yukarıda öngörülen hükümleri ve Yüksek Mahkemelerin konumları ile bağdaşır görülmemektedir.

2797 sayılı Yargıtay Kanunu’nun 19 uncu maddesinde Yargıtay mensupları için öngörülen “uyarma” ve “görevden çekilmeye davet” disiplin cezaları yerine 2802 sayılı Kanunun 62. ve devamı maddelerine paralel bir düzenleme Yargıtay için düşünülmemelidir ve bu yolda bir düzenlemeye gidilmemelidir. Taslaktaki “muğlâk ifadelerle kaleme alınmış”, “Yüksek mahkemelerin başkan ve üyeleri için disiplin suçlarının neler olduğu belirlenmediği gibi öngörülen disiplin cezaları da eylemin niteliğine ve ağırlığına göre orantılılık ilkesini sağlayabilecek nitelikte değildir.” şeklindeki yaklaşımlar Yüksek Mahkemeler için yerinde bir değerlendirme olmamaktadır. Yargıtay mensupları için, hangi eylemin “uyarı” hangi eylemin “görevden çekilmeye davet” olabileceği konusundaki değerlendirmenin, eylemin oluşuna, niteliğine, ağırlığına ve benzeri ölçütlere göre Yargıtay yetkili kurulları tarafından yapılmasına devam edilmesi gerekmektedir. Kademe ilerlemesini durdurma, derece yükselmesini durdurma, yer değiştirme gibi cezaların ise esasen Yargıtay mensupları için uygulama olanağı bulunmamaktadır.

Mevcut düzenlemeleri yürürlüğe koyan (önceki) yasama meclislerinin,

yargıya güven temelinde, onların meslek ve ahlaklarını korumaya ilişkin disiplin hükümlerine yer verirken, ilgili yargı biriminin nitelik ve konumunu da gözetererek değerlendirmeler yaptığı dikkate alındığında, bundan sonraki yapılacak düzenlemelerde de yargı kurumlarında oluşmuş bulunan etik yapının göz ardı edilmemesi uygun olacaktır.

Yargının Verimliliği ve Etkinliğinin Artırılması

Bu konuda, Adli yargıda istinaf mahkemelerinin (Bölge Adliye Mahkemelerinin) faaliyete geçirilmesi, idari yargıda istinaf mahkemelerinin kurularak faaliyete geçirilmesi; hâkim, savcı ve yargı çalışanı sayısının yeterli seviyeye getirilmesi, hâkim ve Cumhuriyet savcısı ile yazı işleri müdürü arasında hukuk fakültesi veya adalet meslek yüksek okulu mezunlarından oluşan adli hizmet uzmanlığı kadrosu ihdası için çalışma yapılması, birbirine yakın veya iş sayısı az olan adliyelerin en yakın adliyeler ile birleştirilmesi için çalışmaların yapılması, belirlenen ilkeler çerçevesinde adliyelerin Fiziki kapasitelerinin iyileştirilmesi çalışmalarının sürdürülmesi, ihtisas mahkemelerinin yaygınlaştırılması, Adli Tıp Kurumu kapasitesinin güçlendirilmesine devam edilmesi, belirlenen yurt dışı temsilciliklerinde adli müşavir görevlendirilmesi, heyet halinde çalışan mahkemelere atanan üye sayısının standart hale getirilmesi, UYAP'ın tamamlanması ve etkin bir şekilde kullanımının sağlanması, elektronik imzanın adli ve idari birimlerde yaygınlaştırılması, stratejik yönetim kapasitesinin artırılması için eğitim çalışmalarına devam edilmesi, Tebligat Kanunu'nun yeniden düzenlenmesi, yeni hukuk yargılaması kanunu hazırlanması, icra-iflas sisteminin etkinliğinin artırılması, bilirkişilik müessesesinin yeniden gözden geçirilmesi ve kamudaki hukuk müşavirlikleri ve hazine avukatlığı müessesesinin daha etkin ve geniş yetkilerle yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Adli Yargıda İstinaf Mahkemelerinin (Bölge Adliye Mahkemelerinin) Faaliyete Geçirilmesi

Bölge Adliye Mahkemelerinin kuruluş süreci konusundaki kesinlik ve somut bir takvime yer verilmesi olumlu bir gelişmedir.

5235 sayılı Yasa ile kurulan Bölge Adliye Mahkemelerinin, 2010 yılında faaliyete geçirileceği belirtilmiştir. Geniş hak ihlallerinin ve beklenmeyen sorunların yaşanmasının önüne geçilebilmesi için, kurulacağı yerler de saptanmış bulunan anılan mahkemelerin araç, gereç, fiziki koşullar ve personel bakımından, tam donanımlı olarak, kurulan her bölgede öncelik ve sonralık ayrımı yapılmaksızın, doğru bir zamanlama ile saptanacak bir tarihte hizmete sokulmasının önemi gözden uzak tutulmamalıdır.

“Eksikler sonra tamamlanır” anlayışı benimsenirse, giderilmesi güç olan hak ihlallerinin doğmasına ve yargıda bir kaos ortamının yaratılmasına neden olunacağı unutulmamalıdır. Öncelikle; Adli alt yapı hazırlanmalı, mesleğe yeni alınacak hâkim ve Cumhuriyet savcılarını ile yargı çalışanlarının en az beş yıllık mesleki kıdeme gelmeleri beklenmelidir. İlk derece mahkemelerinde oluşacak boşluk yeterli hâkim-savcı ve personelle doldurulduktan sonra Bölge Adliye Mahkemeleri faaliyete geçirilmelidir.

Yargıtay, bugün yoğun iş yükü nedeniyle, adeta ilk derece mahkemesi gibi çalışmaktadır. Bu iş yükünü hafifletmek amacıyla kurulan, hukuk ve maddi olay denetimi yapacak olan Bölge Adliye Mahkemelerinin faaliyete geçirilmesindeki olası gecikmeler karşısında öngörülü hareket edilerek, ilgili yasalarda gerekli düzenlemelerin yapılması suretiyle, özellikle ceza davaları yönünden, kesinlik sınırının gözden geçirilip, yeniden belirlenmesi yoluna gidilmesi yararlı olacaktır.

Türkiye üniter yapıya sahip bir devlettir. Coğrafi bölgelere göre farklı yargı uygulaması söz konusu olamaz. Bu nedenle ülkemizde istinaf mahkemelerinin ülkenin genelinde ve aynı anda faaliyete geçmesi yargı birliği için zorunludur.

Yargıtay'daki iş yükünün geçen yıllara oranla çok fazla arttığı bilinen bir gerçektir. Yargıtay'da inceleme sırası bekleyen dava dosyası sayısı neredeyse bir milyonu aşmıştır.

Bu konuda bir fikir vermek amacıyla 2007 ve 2008 yıllarına ilişkin tabloyu sunmak istiyorum.

	2007'den Devir	2008'de Gelen	2008'de Çıkan	2009'a Devir
HUKUK	95.953	350.313	326.109	120.157
CEZA	194.318	245.604	197.365	242.547
Toplam	290.271	595.917	523.474	362.704
YCBS	349.898	277.739	260.672	366.965
				729.669

2008 yılında toplam (2007'den devir ve 2008'de gelen)	1.253.153,
2008'de toplam çıkan	523.474,
2009 yılına devir	729.669;

2007 yılında toplam (devir ve gelen)	1.036.082,
2007 yılında toplam çıkan	455.540,
2008 yılına toplam devir	640.169

görüldüğü gibi bir yıldaki dosya sayısındaki artış 200.000'den fazla olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Yargıtay'ın iş yükünün azaltılması ve davaların kısa sürede sonuçlandırılabilmesi için Bölge Adliye Mahkemelerinin kısa vadede çözüm olacağını düşünmüyoruz. Ayrıca yukarıda belirtildiği üzere mevcut kadroların oluşabilmesi için de zamana ihtiyaç vardır.

Türk Yargı sisteminin verimliliğini olumsuz olarak doğrudan etkileyen önemli bir husus da çok sıklıkla yapılan yasa değişiklikleridir. Bu konuda da özen gösterilmesi gerekmektedir.

Yasaların günün koşullarına uygun hale getirilmesinin olumlu bir yaklaşım olduğunda kuşku yoktur. Ancak, yeterli hazırlık ve ön çalışma yapılmaksızın aceleyle yasa çıkartılması beraberinde bir takım çelişkileri ve sorunları da getirmektedir. Adaletin gecikmesinden olumsuz etkilenen yurttaşların tepki göstermesini de haklı görmek gerekir.

Yargıda İş Yükünün Fazlalığı Konusu

İdari nitelikteki işlemlerden kaynaklanan anlaşmazlıkların denetiminin idari makamlara bırakılması ve verilen kararlara karşı adli yargıda itiraz yolunun açık tutulması Yargıtay'ın iş yükünün azalmasına yönelik bir tedbir olarak düşünülmelidir.

Örneğin, veraset belgelerinin nüfus müdürlüklerince düzenlenmesi, tapu kayıtlarındaki maliklerin kimlik bilgilerindeki basit hataların tapu sicil müdürlük-

lerince giderilmesi ve bunlara karşı sulh mahkemelerine itiraz, yolunun açılması ve benzeri işlemler.

Adli iş yükünün ve dava dosyalarının sürekli artmasına bağlı olarak, yargılamada güvenli, hızlı ve isabetli çözümlere ulaşmayı engelleyen sorunların gittikçe yoğunlaşması yanında sürekli artış gösteren nüfus oranı ve diğer yandan uzmanlık mahkemeleri ile bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçirilecek olması nedeniyle hâkim, savcı, personel temininde çözüm güçlüğünün daha da artmış olması mahkemelerin örgütlenmesinde sulh-asliye mahkemesi şeklindeki sınıflandırmaya gidilmiş olması yargıda görev, işbölümü uyumsuzluklarına yol açmaktadır. Yargılama usulünü düzenleyen yasaların karmaşıklığı ve özellikle maddi hukuka ilişkin bazı yasalarda usuli kurallara da yer verilmiş olması, davaların iş yoğunluğunun uzamasına yol açtığı gibi mahkemelerde önemli usul hatalarına neden olmakta ve adil yargılanma ilkesini olumsuz etkilemektedir.

Mahkeme ve hâkim sayısının az, dava sayısının çok olması icra mahkemelerinin özellikle icra prosedürü içindeki yetkilerinin sınırlı olması, yargısal etkinliği azalttığı gibi icra-iflas takiplerinden kaynaklanan uyumsuzluklar nedeniyle de hukuk davalarında sürekli artışa yol açmaktadır.

Hâkimlerin atanma, tayin, nakil ve yetkilendirilme işlemlerinde müktesebata yeterince dikkat edilmemesi de verimliliği azaltmaktadır.

Avrupa Birliği Komisyonu tarafından hazırlanan tüm istişari raporlarda Cumhuriyet Savcılıklarına doğrudan bağlı bir adli polis gücünün olması tavsiye edilmiştir. Yargı bağımsızlığından söz edilebilmesi için gerçek anlamı ile bir adli kolluğun kurulması, yargılama sürecinin hızlandırılması için de adli tebligat memurlarının adli teşkilat içinde yer alması gerektiği düşünülmelidir. Polis ve jandarma gibi genel idari kolluğun yanında tamamen yargıya bağlı adli kolluk örgütünün oluşumunun büyük yarar sağlayacağı muhakkaktır.

İdari Yargıda İstinaf Mahkemelerinin Kurulması ve Faaliyete Geçirilmesi

İdari yargıda istinaf sistemine geçilmesi 1982 yılındaki düzenlemeler sonrasında zor olmayacaktır. Unutulmaması gereken, Türk Yargı Sisteminde reform niteliğindeki bu denli köklü değişikliklerin, geniş katılımlı çalışmalar sonucu değerlendirilerek yapılmasıdır.

Hâkim, Savcı ve Yargı Çalışanı Sayısının Yeterli Düzeye Ulaştırılması

Hâkim adaylığına atamaların yürütme organı içindeki Adalet Bakanlığı tarafından yerine getirilmesi ve siyasi iradenin bu süreçte belirleyici olması, açık olan kadro sayısı da gözetildiğinde yargıda siyasallaşma endişelerine yol açmaktadır. Hâkim ve savcı adaylarının seçimi Adalet Bakanlığı'ndan alınarak Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun yetkisine bırakılmalıdır.

Görev alacak yetmişmiş hâkim ve Cumhuriyet savcılarını ile gerekli altyapı ve personel sağlanmadan istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi sorunların daha da artmasına ve verimliliğin düşmesine yol açacaktır.

Hâkim, Cumhuriyet savcısı ve yargı çalışanlarının sayılarının yeterli düzeye getirilmesi yanında, sadece nicel değil nitel yeterlilik de sağlanmalıdır. Bu bağlamda;

- Yeterli öğretim üyesi olmadan hukuk fakültesi açılmamalıdır.
- Hukuk fakültelerinde yeterli sayıda öğretim üyesi yetiştirilmesi için gerekli koşullar bulunmalıdır.
- İyi bir hukuk eğitimi ve öğretimi için gereken olanaklar sağlanmalıdır.

Avrupa Birliği ilerleme ve istişari raporlarında; Temel prensiplerin 10. ilkesi ve Hâkimlerin Bağımsızlığına dair Avrupa Konseyi Tavsiyesinin 21 (2) (c)

ilkesi uyarınca Adalet Bakanlığının hâkim adaylarını seçme sürecindeki rolünün kaldırılmasının tavsiye edildiği, ayrıca Avrupa Hâkimleri Dayanışma Konseyinin(CCİH) yargının bağımsızlığıyla ilgili standartlar (23 Kasım 2001) hakkındaki 1. no'lu görüşü (2001) uyarınca aday hâkimin seçiminin, liyakat esasına dayalı olarak yetenek, verimlilik, dürüstlük ölçütleri dikkate alınmak suretiyle yapılabilmesini teminen, Aday hâkim seçimi yapan veya bu konuda aday hâkimlerin atanmasında tavsiyelerde bulunan (Bu konunun Adalet Akademisi veya Hâkim ve Savcılar Yüksek Kuruluna bırakılması teklif ediliyor) otoritelerin objektif kriterler belirlemeleri, bu kriterleri yayımlamaları ve uygulamaları tavsiye edilmiştir (2005 istişari ziyaret raporu). Ayrıca anılan raporda; Hâkim adayı sınavının (ÖSYM) tarafından yapılması kriterini objektif bulduklarını, sorunun önceki istişari raporlarda da belirtildiği üzere Adalet Bakanlığı görevlilerinden oluşan kurul tarafından yapılan sözlü sınav olduğu belirtilmiş, bu mülakatın yargı bağımsızlığını zedelemesinin kaçınılmaz olduğu açıklanmıştır. Konuyla ilgili önceki tavsiyelerinin sözlü sınavın HSYK tarafından yapılması olduğunu 2005 istişari ziyaret raporunda yinelemişlerdir. Hatta önerilerini değiştirmeme nedeni olarak Yargıtay Başkanlar Kurulunun bu yöndeki açıklamasını göstermişlerdir (30.06.2005 tarihli basın açıklaması).

Adli Tıp Kurumu

Adli Tıp Kurumunun kapasitesinin güçlendirilmesi yönündeki çalışmalar yerinde olmakla beraber, ülkemiz hukukuna katkıları dikkate alınarak Adalet Bakanlığına bağlı bir kuruluş olmaktan çıkarılıp, mali, idari ve bilimsel özerkliğinin sağlanması yönünde düzenlemeler yapılması yararlı olacaktır. Taşra örgütünün yeterli donanım ve örgütlenmeye kavuşturulamamış olması, adli tıp hizmetlerinin verimli ve düzenli bir şekilde gerçekleşmesini güçleştirmektedir.

UYAP'ın Tamamlanması ve Etkin Şekilde Kullanılması

UYAP sistemi bugün için yeterli verime ulaşamamıştır. Öncelikle sistem

ağır işlemektedir ve karmaşıktır. Daha basit yönergelerle ulaşım sağlanmalı ve hız artırılmalıdır. Sorgu yapma, emsal karar arama gibi işlemler uzun zaman almaktadır.

Mevcut koşullarda sistemden umulan yarar elde edilememiştir. Ortaya çıkan teknik sorunlar yargılama faaliyetini kesintiye uğratabilmektedir. Bu konuda altyapının ve teknolojinin güçlendirilmesi gerekmektedir.

Yüksek Mahkemelerin İlk Derece Mahkemesi Sıfatı ile Baktıkları Davalar

Yüksek Mahkemelerin ilk ve son derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalar çok sınırlı sayıda olup, bulunulan görevin veya konunun önemi dikkate alınarak bu yol seçilmiştir. Bu durumun, adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu yaratmadığı, AİHM kararlarında belirtilmektedir. 2008 yılında bu tür dava sayısının 120 olduğu göz önüne alındığında Yüksek Mahkemelerin iş yükünü arttırması gibi bir sorun söz konusu değildir. Üstelik bakılan işlerin önemi dikkate alındığında sorun olarak görülmemesi gerektiği düşünülmektedir.

Yüce Divan

Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarla ilgili olarak yeni bir düzenlemenin yapılması gereği 9. Kalkınma Planı özel ihtisas komisyonu raporunda yer almıştır.

Yargılama birliği güçlü yargının vazgeçilmez bir ilkesidir. Bu birliğin sağlandığı ülkelerde güçlü yargıya, güçlü devlet ve bireye, güçlü demokrasiye ulaşılmış, hukukun üstünlüğü ilkesi yaşama geçirilebilmiştir. Mevzuatımızda bu ilkedен sapmanın en önemli örneğini Yüce Divan müessesesi oluşturmaktadır. Çağımızda ceza hukuku, diğer hukuk dallarından ayrı, hukuk kavramlarını kendi amacına göre tanımlayan özerk bir dal haline gelmiştir. Yargıtay'ın yıllardan beri

baktığı davaların nitelikleri ve sayıları, Yargıtay üyelerinin yetişme biçimleri ile donanımları nazara alındığında Yüce Divan görevinin, yargılama birliğinin bir gereği olarak, yargılanacak kişiler bakımından oluşturacağı hukuksal güvence de dikkate alınmak suretiyle Yargıtay'a verilmesi zorunlu hale gelmiştir ve doğru olan da budur.

Anayasa mahkemesinin kuruluş amacı Anayasa Yargısı olduğuna göre işlevinin de Anayasa Yargısı ile sınırlı olması gerekir. Yüce Divan yetkisinin daha önce Anayasa Mahkemesine verilmiş olması, yanlışlığın sürdürülmesine gerekçe olamaz. Bu düzenleme Hukuk Devleti ilkelerine uygun düşmemektedir. 4709 sayılı Kanunla Anayasa'nın 36/1. maddesi değiştirilerek "adil yargılanma hakkı" temel hak olarak Anayasamızda yerini almıştır. Temel insan hakları kapsamında bulunan adil yargılanma hakkının gereği olarak Yüce Divan görevinin Yargıtay'a verilmesi gerekmektedir.

Burada son zamanlarda yeniden gündeme gelen Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınmasına ilişkin görüşlere de değinmek istiyorum.

Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti)

Bireysel başvurunun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan başvuruya benzer bir iç hukuk uygulaması olduğu, kamu gücü tarafından yapılan insan hakları ve özgürlükleri ihlallerinin "olay bazında belirlenmesi, ihlal edilen hakkın onarılması için gerekli önlemlerin alınması", bu suretle ülkemiz aleyhine açılacak davaların azaltılması ve iç hukuk yollarının bu şekilde tüketileceği gerekçe gösterilerek Anayasa Mahkemesi tarafından bu görüş önceki yıllarda taslak halinde yetkili kişi ve kurumlara iletildiği gibi, değişik yer ve toplantılarda açıklanmış olup, konunun yeniden gündeme getirilmiş olması nedeniyle buna ilişkin Yargıtay görüşünün açık, net ve somut gerekçelerle ortaya konulmasına gerek duyulmuştur.

• Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesine göre, bireysel başvuru ile temel insan hak ve özgürlüklerinin olay bazında belirlenmesi, ihlal edilen hakkın onarılması ve gerekli önlemlerin alınması için bu yetkinin mahkemeye verilmesi önerilmektedir.

Anayasa Mahkemesi tarafından istenilen yetki ile yüksek mahkemelerden verilen kararların değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. İhlalin onarılması ve önlenmesinin başka türlü yapılması olanaksızdır.

Yapılmak istenen, yüksek mahkeme kararlarının denetlenmesi ve yeniden karar oluşturulmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin görevi kanunların, kanun hükmünde kararname-lerin ve Meclis İçtüzüğü'nün Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektir. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesi yasama organının tasarruflarını incelemek ve değerlendirmekle görevlidir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru isteği sonucu itibariyle diğer yüksek mahkemelerin kararlarını denetlemeyi gerektirecektir.

Yasama tasarruflarını soyut bazda denetleyen mahkeme, yargı tasarruflarını somut bazda, olay bazında denetleme isteminde bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu istemi, yeni bir üst temyiz istemi niteliğinde olup, aynı konuda iki kez temyiz yolu kabul edilebilir değildir.

• Ülkemizde yüksek mahkemelerin görevleri ve işlevleri Anayasa ile kuruluş kanunlarında belirtilmiştir. Hiçbir yüksek mahkeme diğerinin kararını ortadan kaldıramaz, değiştiremez ve kararı uygulanamaz hale getiremez. Yüksek mahkemelerin denkliği esastır. Bu denkliğin bozulması yargıda kaos yaratır, yüksek mahkemelerin çatışması sonucunu doğurur. Yarar yerine zarar getirir.

• Bazı ülkelerde yargı birliği gereği tek bir yüksek mahkeme, bizim ülke-

mizde ise birden ziyade yüksek mahkeme vardır. Anayasa Mahkemesi de yüksek mahkemelerden sadece bir tanesidir. En yüksek mahkeme değildir. Yüksek mahkemeler arasında üstünlük sıralaması bulunmamaktadır. Bu husus Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından açıkça belirtilmiş ve Anayasa’da bu doğrultuda düzenlemeler yapılmıştır (Danışma Meclisi Tutanak Dergisi, 19.09.1982 gün, sh. 154–155). Anayasamızın 3. bölümünün başlığı “Yargı”, II. Alt bölümün başlığı ise “Yüksek Mahkemeler”dir. Yukarıda açıklandığı şekilde bireysel başvuru yetkisi verilerek Anayasa mahkemesine üstünlük tanınması söz konusu olamaz.

• Bireysel başvuru hakkı demokrasinin, temel insan hak ve özgürlüklerinin temel ögesi olarak gösterilmektedir.

Avrupa Birliği üyesi olan ve olmayan pek çok ülkede Anayasa Mahkemesi olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi olan pek çok ülkede bireysel başvuru hakkı bulunmamaktadır.

Anayasa yargısında Amerikan modelini uygulayan A.B.D., İngiltere, Danimarka, Estonya, İrlanda, Norveç ve Hollanda gibi ülkelerde kanunların anayasa uygunluğu genel mahkemeler tarafından denetlenmekte, bu ülkelerde Anayasa Mahkemesi bulunmamaktadır.

Avrupa modelini uygulayan ve Anayasa yargısı denetimi müstakil mahkeme tarafından yapılan pek çok ülkede ise, soyut norm denetimi yapılmakta ve somut norm denetimine ilişkin bireysel başvuru hakkı kabul edilmemektedir.

Bireysel başvuru hakkının, genelde federal devletlerde veya tek bir yüksek mahkemenin bulunduğu ve yargı birliğinin gerçekleştirildiği üniter devletlerde kabul edildiği görülmektedir.

• Kişisel başvuru hakkı ile yüksek mahkemelerden geçerek kesinleşen yargı kararlarının yeniden incelenmesi öngörülmektedir.

Kesinleşen bir yargı kararının hangi amaç ve gerekçe ile olursa olsun başka

bir yüksek mahkeme tarafından incelenmesi kesinleşen kararlara karşı güven duygusunu ortadan kaldırır ve kararları tartışmalı hale getirir.

Bu hususun hukukun temel ilkelerinden olan “kesin hüküm” kavramı ile de hiçbir şekilde bağdaşamayacağı ortadadır.

• Bütün yüksek mahkemeler ile yerel mahkemeler üstün norm olan Anayasa kuralları ile Anayasanın değişik 90. maddesi uyarınca uluslar arası sözleşmeleri ve kanunları uygulayarak ve yorumlayarak, temel insan hak ve özgürlüklerini korumak durumundadırlar. Yetkinin münhasıran Anayasa Mahkemesi’ne aidiyeti doğrultusunda bir düzenleme yargı sistemimize tamamen aykırıdır.

• Yerel mahkemeler ile yüksek mahkemelerin görülmekte olan davalarla ilgili def’i yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne iptal davası açma yetkileri bulunmaktadır.

Mahkemeler tarafından açılan iptal davası, yetkili merciiler tarafından açılan davaların beş katından fazladır. Bu husus mahkemelerce norm denetimi yapılarak konunun Anayasa Mahkemesi’ne intikal ettirildiğini göstermektedir.

Anayasaya aykırılık nedeniyle soyut dava açma yetkisi bulunan mahkemelere, insan hak ve özgürlükleri ile ilgili olarak somut inceleme ve değerlendirme yetkisi verilebilir. Bu konuda Anayasa’nın değiştirilmesi de gerekli değildir. Bu yetki, kanunlardaki yargılamanın yenilenmesine ilişkin maddelere ekleme yapılmak suretiyle sağlanabilir.

• Ülkemizde adli yargı iki kademeli iken 01.06.2005 tarihinde Bölge Adliye Mahkemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle üç kademeli olmuştur. Anayasa Mahkemesi’ne bu şekilde bir yetki verilmesiyle adli yargı dört kademeli olacaktır!

Bu durumda iç hukuk yolları ancak Anayasa Mahkemesi’ne yapılacak bi-

reysel başvuru ile tükenecektir.

Adli, idari ve askeri yargı davaları genel hukuk kültürünün yanında özel uzmanlığı gerektiren işlerdir.

Anayasa Mahkemesi üyelerinin bazılarının adli ve idari davalarla ilgisi, yakınlığı ve uzmanlığı bulunmamaktadır. Böyle bir kurulun somut norm denetimi yaparak yargı kararlarını incelemesi kabul edilemez. Zira inceleme yapacak merciin, kararı incelenen merciden daha bilgili, birikimli, deneyimli ve donanımlı olması gerekir.

• Bireysel başvuru davaları öğretide “popüler dava” olarak kabul edilmektedir. Anayasa değiştirilerek bu hakkın kişilere tanınması ile bu yol yeni bir kanun yolu olarak algılanacak, gerek kesin olarak verilen, gerekse istinaf ve temyiz yoluyla kesinleşen davalarda, yoğun bir şekilde bu yola başvurulacaktır. Bu hakkın tanınması dava açılmasını özendirerek ve teşvik edecektir. Davayı kaybeden herkes bir de bu yolu deneyecektir.

Bireysel başvuru hakkının tanınması halinde, onbinleri, yüzbinleri bulacak başvuruların altından nasıl kalkılacağı da iyi düşünülmesi gereken bir husustur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile ceza dairelerine devir ile birlikte 2008 Yılında 439.922 adet dava intikal etmiş, bunun 197.375 adedi karara bağlanmıştır. Ceza davalarının hemen hepsi temel insan hak ve özgürlükleri ile ilgilidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve hukuk dairelerine 2008 yılında toplam olarak 446.266 adet dosya gelmiş, bunun 326.109’u karara bağlanmıştır. Adil yargılanma hakkı da göz önünde tutulduğunda bu davaların çok büyük bir bölümü de temel insan hak ve özgürlüklerini ilgilendirmektedir.

Yargıtay’da 2008 yılında 523.484 dava dosyası karara bağlanmıştır. Bu davaların en az % 20’sinin bireysel başvuru yoluna başvurusu olasıdır. Bu durumda da adli yargıdan intikal edecek muhtemel dava sayısı 104.696’dır.

Bu rakama temyiz yolu kapalı olan kararlarla, idari yargı ve askeri yargıdan verilen kararlar da dahil edildiğinde durumun vahameti daha da artacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin üye sayısı çoğaltılsa bile bu kadar çok sayıda başvurunun ne kadar sürede sonuca bağlanabileceğini düşünmek bile mümkün değildir.

- Adil yargılanma hakkının temel bir ögesi de davaların “makul” sürede sonuçlandırılmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınması halinde kişilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmaları önlenemeyecektir. Zira bu kez iç hukukta yargı yolu Anayasa Mahkemesi'ne başvuru ile tükenecek, bundan sonra da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurulacaktır.

İç hukuk yolları 4 kademededen geçerek tükenecek, 4 kademeli yargılama ve kararların yazımı yılları gerektirecek, bu kez ülkemiz her davada “makul süreye” uyulmadığı gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından mahkûm edilecektir.

- Bireysel başvuruyu kabul eden Almanya ve diğer bazı ülkelerde yoğun dava akımı karşısında bu yoldan dönüşün çareleri aranmaktadır.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Başkan Yardımcısı 1951 ila 2003 yılları arasında 141.000 bireysel başvuru yapıldığını ve bunun % 2,5 kadarının başarılı olduğunu açıklamıştır (Anayasa Yargısı 21, sahife 164).

Bütün bu konular göz önüne alındığında;

Bireysel başvuru sonucunun çok başarılı olmadığı, aleyhte sonuç alanların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidebilmeleri karşısında, beklenen faydayı sağlayamadığı görülmektedir.

Her ülkenin yapısı, ortamı ve koşulları farklıdır. Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınmasının, adli, idari ve askeri yargıda sonuç alamayanların çok büyük çoğunluğunun bu yola başvurması sonucu yoğun bir dava akımına neden olacağı gibi yargı sistemimizde de olumsuz etki yaratacağı muhakkaktır.

Bütün bu açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru hakkı tanınması kabul edilebilir nitelikte görülmemektedir. Türk yargısına yarar yerine zarar getirecektir.

Hazine Vekilleri

Başta devlet olmak üzere kamu hukuku tüzel kişilerinin taraf olduğu uyuşmazlıkların çözümünde kamu Avukatlığı kurumunun işleyiş şekli, özellikle taraf olunan tüm kararlara karşı yasal yollara gidilmesi zorunluluğunun duyulması iş yükünü çoğaltmaktadır.

Ayrıca kamuda görevli hukuk müşavirleri ve hazine vekilleri ile ilgili olarak mesleki bağımsızlık, yetki alanları, mali ve özlük hakları ile statüleri açısından acilen ve yeniden yasal düzenlemeye gereksinim duyulmaktadır.

Bütçe

Merkezi yönetim bütçesinden adalet hizmetleri ve yargı alanına yeteri kadar mali kaynak ayrılmamaktadır.

Ülkemizde ne yazık ki, dava ve yargılama sürelerini hızlandırma konusunda çalışmalar usul ve yasa değişikliği ile sınırlı kalmıştır. Cumhuriyetin ilk yıllarında tüm zorluklara ve olanaksızlıklara rağmen bütçeden yargıya ayrılan payın bugünün 4-5 katı olduğu bilinmektedir. Bu koşullarda ileri gitmesi beklenen yargı hizmetinin mevcut durumunu bile sürdürmesi güçlüğüle sağlanabilmektedir. Sınırlı imkânlarla, sürekli artan ya da yeni ortaya çıkan ihtiyaçların karşılanması-

nın mümkün olmadığı dikkate alınmalıdır. Bütçeden yargıya ayrılan pay bu seviyelerde kaldığı takdirde, Anayasa'mızdaki erkler ayrılığı ve erklerin birbirine üstünlüğü olmadığı ilkesi ütöpik bir kavram olmaktan öte anlam ifade etmeyecektir.

Toplumun ekonomik, siyasal ve sosyal yapılaşmasındaki gerileme ve kargaşa yargıyı kaçınılmaz biçimde olumsuz etkileyecektir. Yargı mensuplarının kişisel özverileri ile bu sorunun çözülebilmeye olanağı bulunmamaktadır. Yargıya yatırım sonuçta topluma "adalet" olarak dönecektir. Diğer erklerle göre kaynak kullanımında kıyaslanmayacak ölçüde geride bulunan yargı için yeterli olanak sağlanmasında zorunluluk vardır.

Yargısını çağdaş bir yapıya kavuşturamayan ülkelerde demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti ilkeleri aksayacaktır. Bu konuya taslakta hiç yer verilmediği gibi yargıya bütçeden kendi konumuna ve ihtiyaçlarına uygun pay ayrılmasını sağlayabilecek bir düzenleme yapılması konusuna değinilmemiştir. Yargı bağımsızlığının temel koşulu olan yargının mali özerkliğe kavuşturulması konusunun mutlaka gündeme alınması gerekmektedir.

Yargıtay Daireleri Arasındaki İş Bölümü

Hukuk davalarında, Yargıtay Daireleri iş bölümüne ilişkin bilgiler internet sayfamızda yer almaktadır. Ayrıca anılan bilgileri içeren kitapçığın ilgili birimlere dağıtılmış olmasına rağmen mahal mahkemelerince ilgili Dairenin belirlenmesinde çoklukla hata yapıldığı görülmektedir. Dava dosyaları daireler arasında gereksiz şekilde dolaşmaktadır. Yıllık iş cetveli'nin incelenmesinde aidiyet kararları bazı dairelerde %25-30 civarındadır. Bu oran hiç de azımsanacak ölçüde değildir, çok büyüktür. Yerel mahkemelerin bu konuda özenli davranmasında büyük yarar olduğu bilinmelidir. Geciken adaletin, en büyük adaletsizlik olduğu unutulmamalıdır.

Tebliğat Kanununun Yeniden Düzenlenmesi

Tebliğat Kanunu 2004 yılında değiştirilerek, kişinin bildirilen adresinde bulunmasa bile tebliğatın geçerli olması hükmü getirilmiştir. Ancak yargılamanın hızlandırılmasının önündeki en büyük engellerden biri de taraflara sağlıklı şekilde veya hiç tebliğat yapılamamasıdır. Bunun nedenlerinden biri ülkemizdeki nüfus hareketleridir. Kırsal kesimde yaşayan nüfusun büyük bir kısmının çeşitli nedenlerle şehirlere yönelmesiyle son yıllarda şehirli nüfus artmıştır. Ancak büyük şehirlerde yaşamının ekonomik zorlukları nedeniyle şehirde yaşayanlar da tamamen kırsal kesimden kopamamıştır. Ülkemizde bu şekilde hem şehirli hem de kırsal kesimde yaşamını sürdürmekte olan önemli bir nüfus oluşmuştur. Tebliğat hususunda asıl güçlük bu kişilerin sabit ikametgâhının kırsal kesimdeki yerleşim yeri mi yoksa şehirler mi kabul edilmesi gerektiği konusundadır. Ancak günümüzün gelişmiş iletişim teknolojileri ile sorunun aşılması o kadar da zor değildir. Adli yazışmalar ile usulsüz tebliğ işlemleri, özellikle yurtdışı tebliğat işlemlerindeki olanaksızlıklar davaları uzatmaktadır.

Bilirkişilik Müessesesinin Yeniden Gözden Geçirilmesi

Mahkemelerce hâkim ve savcıların kendi hukuksal bilgi ve birikimleri ile çözümlenmesi mümkün olmayan özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye başvurulacağı bir gerçektir. Mevcut usul kanunlarında bu konuya ilişkin hükümler bulunmakla birlikte bilirkişilik müessesesi ile ilgili yapılmış özel bir düzenleme yoktur. Bu durum aynı nitelikteki davalarda farklı yorum, değerlendirme ve hesaplamalara yol açmaktadır. Yargıya güven sarsılmakta, emek ve zaman kaybına neden olmaktadır. Sadece özel ve teknik bilgiyi gerektiren konular yerine, hukuksal sorunların çözümünde de bilirkişilere başvurulması doğru değildir.

Bilirkişilik müessesesi resmi hale getirilmeli, her bölgede yerel mahkemeler bünyesinde hâkim, Cumhuriyet savcıları ve gerekirse meslek odalarından

seçilecek görevlilerden oluşacak komisyonlarca konularına göre uzman bilirkişiler saptanıp ilan edilmeli, çalışma şekilleri son derece titiz biçimde kurallara bağlanmalı, bilirkişilerin belirli sürelerde ilgili yüksek mahkemeler ve Adalet Akademisi'nde eğitimleri sağlanmalı, bilirkişiler donanımlı, konularında uzman hale getirilmeli ve bu konuda gerekli yasal düzenlemeler yapılmalıdır.

Yargıda Mesleki Yetkinliğin Artırılması

Adalet Akademisi

Yargıda mesleki yetkinliğin artırılması yönünden meslek içi eğitimlerin sürdürülmesi, bilimsel toplantılar düzenlenmesi ve özellikle yabancı dil eğitimine önem verilmesi konusundaki çalışmaların daha da yoğunlaştırılmasının uygun olacağı düşünülmektedir. Türkiye Adalet Akademisi'nin örgütsel yapısının gözden geçirilerek kapasitesinin artırılması ve lisansüstü eğitim verebilecek özerk bir statüye kavuşturulması, tam bağımsızlığının sağlanması açısından Adalet Bakanlığı'nın etkisinden uzaklaştırılması da üzerinde durulması gereken önemli konulardan birisidir.

Özerk bir yapılanmaya kavuşan Adalet Akademisi hâkim ve savcıların gerek meslek öncesi eğitimlerinde ve gerekse çalışma süreci sırasında mutlaka daha büyük katkı sağlayacaktır.

Yargı Örgütü Yönetim Sisteminin Geliştirilmesi

İstinaf Mahkemelerinin Faaliyete Geçmesi ile Birlikte Yargıtay ve Danıştay'da Tetkik Hâkimliği Müessesesinin Gözden Geçirilmesi

Tetkik hâkimliği, Türkiye Cumhuriyeti'nde Yüksek Yargı organlarının kurumsal kimliğinin bir parçası olup, Yüksek Yargı'daki yeri korunmalı ve sürdürülmelidir; çünkü Yüksek Yargı organları hukukun üretildiği içtihat mahkemeleri

olmaları nedeniyle kurul halinde çalışırlar ve kural olarak, kararlarını duruşmasız verirler. İşte tetkik hâkimliği, bu çalışma sisteminin getirdiği bir zorunluluktan doğmuştur. Konjonktüre bağlı bir kurum değildir. Yüksek Yargı organlarının yapısal bir bölümü haline gelmiştir.

Bu nedenle;

Yüksek Mahkemelerin iş yükünün göreceli olarak azalmasından sonra dahi bu müessesenin tümden ortadan kaldırılmasının doğru bir yaklaşım olmayacağı, konuyla ilgili yapılan kimi değerlendirmelerin de mevcut gerçeği tümüyle yansıtmadığı kanısındayız. Tetkik hâkimliği müessesesinin özellikle, raportörlük niteliğiyle, mevcut sayının azaltılması suretiyle de olsa korunması ve bu nitelikteki hâkimlerin görev koşullarının iyileştirilmesi, kadrolarının Cumhuriyet Savcıları ile birlikte Yargıtay'a dahil edilmesi suretiyle sürdürülmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Personel

Yargılama faaliyeti hâkim ve savcı ile yargı çalışanlarının ekip çalışması ile yürütülmektedir. Tüm Yargı çalışanlarının özlük hakları ile ilgili olarak adil bir ücret sisteminin oluşturulması gerekmektedir.

Yargıtay ile ilgili olarak;

- Yargıtay'da birim amiri konumunda birinci derece kadroda görev yapan müdürlerin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na ekli II sayılı cetvelin ikinci sırasında sayılan makamlar kapsamına alınarak, anılan, düzenlemedeki ek göstergeden yararlanabilmelerine yönelik düzenleme,

- Daire yazı işleri müdürlüklerinde görevli şeflerden kıdem ve sicil durumu uygun olan bir veya birden fazlasının müdür yardımcısı unvanıyla çalıştırılarak, bu unvana uygun özlük haklarından yararlanmasına yönelik düzenleme için ge-

rekli çalışma,

- Yargıtay'a başvuru harcı ile elektronik ortamda verilen hizmetlerden yararlanmalardan elde edilecek katkıdan oluşturulacak fondan, Yargıtay personeline ödeme yapılabilmesi için gerekli mevzuat çalışması,

- Adalet hizmetleri tazminatının artırılması için gerekli çalışma,

- Adli yargı ilk derece mahkemelerinde yol gideri veya başka bir ad altında elde edilen gelirlerden Adalet Bakanlığı merkez teşkilatına ayrılacak payın yanında Yargıtay personeline de pay verilmesinin sağlanması konusunda gerekli mevzuat çalışması yapılması gerekmektedir.

Yargıya Güvenin Artırılması

Bunun için yukarıda yaptığımız açıklamalara ek olarak, Yüksek Yargı ve diğer mahkemelerde basın ve halkla ilişkiler birimlerinin etkinleştirilmesi sağlanmalıdır.

Adalet Erişiminin Kolaylaştırılması

Adli yardımın etkinleştirilmesi için bu müessesenin yeniden gözden geçirilmesi, adliyelerin internet sitelerinin standart olarak hazırlanarak etkin bir şekilde kullanımının sağlanması, adalet hizmetlerinden yararlananların elektronik ortamda dava açmaları ile ilgili çalışmaların sonuçlandırılması ve mahkemelerdeki tercüme hizmetlerinin standarda bağlanmasına ilişkin düzenlemeler yapılması gereklidir. Ancak; kuvvetler ayrılığı ilkesi ile çelişki yaratmayacak Yargı bağımsızlığı bağlamında yeni bir yapılanmaya gidilmelidir.

Uyuşmazlıkları Önleyici Nitelikteki Tedbirlerin Etkin Hale Getirilmesi ve Alternatif Çözüm Yolları Geliştirilmesi

Temel hukuk bilgilerinin ilköğretim çağından itibaren öğretilmesinin sağlanması, kişilerin, hak ve yükümlülükleri ile ilgili hukuki işlemler ve süreçleri hakkında ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bilgilendirilmelerinin temini, ceza usulünde yer alan uzlaşma müessesesinin etkinleştirilip geliştirilmesi, hukuki uyuşmazlıklarda arabuluculuk ve uyuşmazlıkların alternatif çözüm yollarının geliştirilmesi, tahkim kurumunun etkinleştirilmesi, idarenin işlemlerinde ve diğer faaliyetlerinde benzer nitelikte ve istikrar kazanmış emsal yargı kararlarını ve gerekçelerini gözetmesi için gerekli önlemlerin alınması, idari yargıda uyuşmazlıkların yargı öncesi çözüm usullerinin geliştirilmesi ve etkin hale getirilmesi, kamu denetçiliği kurumunun faaliyete geçirilmesi yargı organının yoğun iş yükünü azaltmanın bir yolu olarak görülebilir.

Ceza İnfaz Sisteminin Geliştirilmesi

Ceza infaz kurumlarının uluslar arası standartlara uygun hale getirilmesi yönündeki çalışmalara devam edilmesi, küçük ve yetersiz ceza infaz kurumlarının kapatılması, denetimli serbestliğin etkinleştirilerek yaygınlaştırılması, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların etkin şekilde uygulanması ve yaygınlaştırılması, ceza infaz kurumlarındaki iş yurtlarının yaygınlaştırılması ve geliştirilmesine devam edilmesi, adliye personelinin eğitiminin de yapılabileceği şekilde ceza infaz kurumları ve tutukevleri personeli eğitim merkezlerinin kapasitesinin ve sayısının artırılması, ceza infaz kurumlarının dış güvenlik hizmetlerinin Adalet Bakanlığına devredilmesi ve ceza infaz kurumlarında etkin bir halkla ilişkiler biriminin kurulması yönünde çalışmalar yapılmalıdır.

Avrupa Birliği Müktesebatına Uyum Sürecinin Gerektirdiği Mevzuat Çalışmalarının Sürdürülmesi Gerekmemektedir

Bu konudaki çalışmalara devam edilmesi gerekmekte olup Yargıtay yasal çerçevede tasarımlarla ilgili görüş sorulduğunda hukuki bağlamda cevaplarını vermekte, düşüncelerini bildirmektedir.

Yargı Reformu Stratejimizin Hedeflediği Amaçlar:

- Yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi,
 - Yargı tarafsızlığının geliştirilmesi,
 - Yargının verimliliğinin ve etkinliğinin artırılması,
 - Yargıda mesleki yetkinliğin artırılması,
 - Yargı örgütü yönetim sisteminin geliştirilmesi,
 - Yargıya güvenin artırılması,
 - Adalete erişimin kolaylaştırılması,
 - Uyuşmazlıkları önlemek için alternatif çözüm müesseselerinin getirilmesi,
 - Ceza infaz sisteminin geliştirilmesi,
 - Avrupa Birliğine uyum sürecinde mevzuat oluşturulması,
- başlıkları altında açıklanmış bulunmaktadır.

Hukuk devletinin amacı, yargılamanın adil, ekonomik ve makul sürede sonuçlandırılmasıdır. Ülkemizde de bu konuda, bilimsel araştırmalar, yasa çalışmaları yapılmakta, AB'ye tam üyelik sürecinde programlar hazırlanmakta, çeşitli

panel ve sempozyum gibi toplantılarda yargı reformuna ilişkin görüşler ortaya konulmaktadır.

Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulması yanında, adliye sayısının azaltılması, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısının değiştirilmesi, hâkim ve Cumhuriyet savcısı ile personel sayısının çoğaltılması, temel kanunlarda değişiklik, fiziki alt yapının görevin gereğine ve saygınlığına uygun bir biçimde oluşturulması gibi konular öncelik taşımaktadır.

Bu reformların gerçekleştirilmesi yanında, yargının etkinliğinin ve çabukluğunun sağlanmasına yönelik pratik çözüm arayışlarımız da sürmektedir.

Bu konuda da şunlar söylenebilir.

Pratik çözümler olarak;

• Birlikçilik sorunlarının çözülmesi, birlikçiliğin belli standartlara bağlanması, Adli Tıp Kurumunun gerçek işlevine kavuşturulması,

• Mahkemelerin uzmanlaşması,

• Hâkimlerin uzmanlaşması,

• Etkili eğitim verilmesi,

• Not sisteminin etkinleştirilmesi için sadece isabet değil, dosyanın makul sürede sonuçlandırılması, dosyaların düzeni, eksiklik bulunup bulunmadığı gibi kriterlerin de aranması,

• Temyizi mümkün olmayan dosyaların Yargıtay'a gelişinin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması,

• Yargıtay'da başka dairelere gönderme kararlarının en aza indirilebilmesi için ön inceleme biriminin kurulması, düşünülebilir.

Bunun için de Yargıtay'a, Mahkemelere, HSYK'ya, Adalet Akademisi'ne ve Adalet Bakanlığı'na düşen görevler bulunmaktadır.

Yargıtay'a düşen görevler;

- Not sisteminin yeniden düzenlenmesi,
- Eğitim faaliyetlerinin desteklenmesi,
- Emsal kararların erişebilirliğinin sağlanması (veri tabanının etkinleştirilmesi),
- Reformlar konusunda güçlü bir iradenin oluşturulması,
- Yargıtay'da strateji geliştirme biriminin kurulması,

Mahkemelere düşen görevler;

- Dosyalama sisteminin geliştirilmesi,
- Yargıtay'a gönderilecek dosyaların dairesinin belirlenmesinde özen gösterilmesi,
- Temyizi kabil olmayan dosyalara ilişkin temyiz taleplerinin mahallinde reddine karar verilmesi,
- Dosyaların Yargıtay'a geri çevirmeye neden olmayacak şekilde eksiksiz gönderilmesi,

HSYK'ya düşen görevler;

• Hâkimler ve Cumhuriyet Savcılarının uzmanlaşmalarının desteklenmesi, tayin ve yetkilendirmelerde bu hususun gözetilmesi,

• Hâkim ve Cumhuriyet Savcılarının başarı kriterlerinin daha net biçimde belirlenmesi,

• Mahkemelerin başarı standartları belirgin bir biçimde tespit edilerek tayin ve terfilerde bu standartların esas alınması,

• Tayin ve terfilerde liyakat esasına ağırlık verilmesi,

Adalet Akademisi'ne düşen görevler;

• Konularına göre ana bilim dallarının oluşturulması,

• Bilgi bankasının oluşturulması,

• Ders notlarının oluşturulması,

• Eğitim el kitaplarının oluşturulması,

• Yüksek Mahkemeler ile yerel mahkemeler arasındaki bağın güçlendirilmesi,

Adalet Bakanlığı'na düşen görevler;

• Denetim sisteminin yenilenmesi,

• Eğitim olanaklarının geliştirilmesi,

• İkincil mevzuatın oluşturulmasına katkı sağlanması,

• Temyiz isteminin reddi ve ilgili (hukuk) dairelerinin belirlenmesinde Bil-

gi İşlem Daire Başkanlığı'nın program geliştirmesi,

- Yüksek Mahkemelerin düzenleyici ve bilgilendirici bilgi kitapçıklarının basım ve dağıtımında katkı sağlanması,

- Elektronik ortamda eğitimin geliştirilmesi,

Yargının sorunlarının çözümlenmesi konusunda, Barolara, Yazılı ve Görsel Basına, Üniversitelere, Noterler Birliğine ve diğer sivil toplum kuruluşlarına düşen görevler de;

- Bilirkişilik, uzmanlık eğitimlerinin verilmesi,

- Üyelerinin ve kamuoyunun reformlar konusunda bilgilendirilmesi suretiyle, yargının imajının düzeltilmesi ve yargıya duyulan güvenin artırılması,

- Organizasyon ve mekân sağlama gibi konularda destek,

olarak sayılabilir.

Bu konuda sonuç olarak şunlar söylenebilir;

İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin 10. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddelerinde adil yargılanma hakkı için "bağımsız ve tarafsız" mahkemelerin varlığı temel şart olarak öngörülmüştür.

Hâkim, Yasama ve Yürütme organlarına karşı bağımsız olmalı ve korunmalıdır. Toplu mahkemelerde hâkim, diğer üyelere karşı da bağımsız olmalıdır. Hâkimler doğrudan veya dolaylı baskı, etki, tehdit ve teşvike kapalı olmalı; Anayasa, kanun, hukuk ve vicdani kanaatlerine uygun olarak karar vermelidirler.

Hâkim bağımsızlığı ve teminatı, yargılama işlevini yerine getiren hâkimler için bir ayrıcalık olmayıp, yargılananlar için adil yargılanma hakkının güvencesi-

dir. Bağımsız ve teminatlı olmayan bir mahkemenin adalet dağıtması, temel insan hak ve özgürlüklerini koruması mümkün değildir.

Hâkim bağımsızlığı ve teminatı hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz şartını oluşturmaktadır. Bağımsız, tarafsız, adil ve hızlı işleyen bir yargı; sosyal barışın, güven ve huzurun teminatı olduğu kadar Devletin de varlık nedenidir.

Yargının, Anayasal gücü ile orantılı duruma getirilmesi zorunludur. Personel, bütçe yetersizliği gibi yıllardır süregelen sorunların yavaş çözümlenmesinin Yargıtay'ı ciddi endişelere sevk ettiği bilinmelidir. Davaların irade dışı uzaması sonucunda adalete karşı inanç ve güvenin zedelenmesinin manevi sorumluluğunu yargıya yüklemenin haksızlık olacağı, Yargıtay Birinci Başkanları tarafından her adli yıl açılışında dile getirilmektedir.

Yargı, temel taşlarından biri olduğu devlet sisteminden asla soyutlanmamalıdır. Üstelik, işlevini yerine getirirken yasama ve yürütmenin etkisine girmeden karar vermesi gerektiği de temel kural olarak bilinmelidir.

Bu kavram zedelendiğinde, öncelikle adaletin siyasallaşacağı ve bu durumdan en büyük zararı devletin ve milletin göreceği unutulmamalıdır.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Her gün yazılı ve görsel basında çıkan haberlere baktığımızda, yargının hep ön planda olduğunu görüyoruz. Oysaki demokratik hukuk devleti kurallarının üst düzeyde kabul gördüğü bir sistemde yargının bu derece gündemde olmaması gerekir. Yargının böylesine gündemde olması toplumda bir takım huzursuzlukların, rahatsızlıkların bulunduğunun, uzlaşmazlıkların çokluğunun göstergesidir.

Adalet mekanizmasının iyi işlememesi, her gün kamuoyuna yansıyan ve

kafalarda, vicdanlarda soru işaretleri oluşturan, yanlış uygulamalar, usule aykırılıklar, özellikle de iletişimin dinlenilmesindeki yasaya aykırı işlemler, davaların ve tutukluluk sürelerinin makul süreyi aşacak derecede uzaması, toplumda kuşku ve endişe yaratmakta, yargıya olan güven duygusunu azaltmaktadır.

Türk yargısının Avrupa'da sınıfta kaldığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde defalarca mahkûm olan Türk yargısının Avrupa çitasını tutturma sınavını veremediği, hukuk üretemeyen, üretilmiş hukuku içselleştiremeyen bir yargı niteliğinde bulunduğu şeklinde basında çıkan eleştiriler bizi derinden yaralamaktadır.

İnanıyorum ki yeterli olanaklar sağlandığında ve yeterli ortam oluşturulduğunda, yargı görevini en iyi şekilde yerine getirecektir.

Tek koşul, yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına hiç kimse tarafından müdahale edilmemesidir.

Ne yazık ki çeşitli nedenlerle yargıya güveni sarsacak, tarafsızlığına gölge düşürecek bir takım yanlışlıkların yapıldığı da yadsınamaz bir gerçektir.

Burada bir hukukçunun sözlerini sizlere hatırlatmak istiyorum.

“Bilim der ki; siyaset soylu ve özverili bir kamu hizmetidir. Ama bir tutamcık siyaset yargıya karışır, virüse döner. Yargı hastalanır, kirli adalet salgılar.

Soruşturmanın gizliliği gerekçesi çok insancadır, çok güçlüdür, çok tutarlıdır. Kuşkulunun öz saygısı, şerefi örselenmemeli. Suç işledikleri sanılan insanlar incitilmemeli, lekelenmemeli. Ön soruşturma asla bir güç gösterisine dönüştürülmemeli.

Özel yaşam ve konut dokunulmazlığını çiğneyen arama, mülkiyet hakkını örseleyen el koyma, birey özgürlüğünü ortadan kaldıran gözaltı, tutuklama gibi

işlemler birer önlemdir. Kural gereği istisnadır. Zorunlu olduğunda başvurulması gereken son çaredir, sıra dışıdır. Öyleyse özenle kullanmak gerekir. Bunlar asla bir cezaya, yaptırıma, kurala dönüşmemeli. Gözaltı, tutukluluk süresi gereksiz yere uzatılmamalıdır.

Dedikodu kanıt değildir. İddianamenin dayanakları arasında yer alamaz.

Anayasal düzene karşı suçları bizzat savcı soruşturmak zorundadır. Kolluk ifade alamaz.

Herkesin ve özellikle tutuklu bulunan kuşkuluların iddianameleri makul sürede yazılmalıdır. Yazılmazsa ve hangi eylemden dolayı yargılandıklarını bilme hakkına saygı duyulmazsa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine göre adil yargılanma hakkı çiğnenmiş olur.”

Yargıtay Onursal Başkanı Sayın Sami Selçuk’un bu sözlerinin altına, köşesinde yer veren yazarın dediği gibi kim imza atmaz ki*.

Bunlar tüm meslektaşlarımızın görevlerini yaparken kayıtsız şartsız uymaları gereken evrensel insan haklarının gereği olan kurallardır.

Bir ülkede hukuka, adalete güven kalmazsa, düzen de kalmaz. Adil, bağımsız ve etkin bir yargı sistemi kurulmadan bu eleştirilerden kurtulmak da mümkün değildir.

Gerek soruşturma, gerekse kovuşturma evrelerinde yapılacak usule aykırılıklar gerçek adaletin sağlanmasını engelleyecek, suçluların kurtulmasına neden olacaktır.

İnanıyorum ki; tüm yargı mensupları, hiçbir zaman demokratik hukuk dev-

* 5 Haziran 2009 tarihli Hürriyet Gazetesi, 22. Sayfa, Tufan TÜRENÇ.

Onursal Yargıtay Başkanı Sami SELÇUK’un “Adıyla Siyasallaşan Bir Dava” isimli kitabından

leti ilkelerinden ödün vermeyecekler, her hal ve koşulda, temel hak ve özgürlükleri gözetecekler, insan onuruna aykırı uygulamalara göz yummayacaklar, hukuka aykırı olarak elde edilen, hukuki geçerliliği bulunmayan delillere itibar etmeyeceklerdir. Yargıtay'ın bu konudaki istikrar kazanmış kararlarını daima göz önünde tutacaklardır.

Gerçek adalet ancak bu şekilde sağlanır, yargıya güven bu şekilde gerçekleşebilir.

Bunu yapabilmek için de elbetteki yoğun bir şekilde artarak devam eden sorunlarımızın bir an önce çözümlenmesi gerekmektedir.

Altyapı sorunları çözümlenmeden yapılacak reformlar hiçbir sonuç veremeyecek, yargının daha da fazla tıkanmasına neden olacaktır.

Başta iş yükü sorunu olmak üzere personel yetersizliği, özlük haklarının yetersizliği, sağlık mensuplarımızın sorunları, fiziki altyapı yetersizliği, emeklilerimizin özlük hakları ile ilgili sorunlar, protokol sorunu hepsi artarak devam etmektedir.

Tüm yargı mensupları bütün bu dağ gibi sorunlara karşın özveri ile olağanüstü bir çaba göstererek çalışmaktadırlar. Yapılabilecek fazlası ile yapılmaktadır. Ancak çok büyük boyutlara ulaşan iş yükü karşısında daha fazlasını yapmak mümkün olmamaktadır. Ne yazık ki, yangın büyümektedir. Bir an önce çaresine bakılması gerekmektedir.

Ya yargıya mali özerklik de dahil tam bağımsızlığı verilmeli, yani yargı yargıya bırakılmalı ya da bu konuda yetkili kişiler, makamlar gereğini bir an önce yerine getirmelidirler.

Gereksiz gündemlerle, abartılı gündemlerle bu sorunlar unutturularak, göz ardı edilerek bir yere varılamayacağını herkesin bilmesi gerekir.

Her zaman söylendiği gibi, geciken adalet, adalet değildir. Adaletle olan güven sarsılırsa toplumda huzur da kalmaz, kutuplaşmalar daha da keskinleşir.

Adaletin en yüksek değer olduğuna inanıyorsak, adalet işimize geldiği zaman iyidir demiyorsak bu sorunları bir an önce halletmemiz gerekir.

Yandaş yargıyı değil, tam bağımsız ve tarafsız yargıyı oluşturmak için uğraş vermeliyiz.

Özgürlükçü demokrasinin, demokratik hak ve özgürlüklerin toplumun tüm bireyleri için gelişip gerçekleşmesi ancak, hukuk devleti, hukukun üstünlüğü ilkelerinin bağımsız yargı temelinde bütün kurum ve kuralları ile hayata geçirilmesi suretiyle mümkün olabilir.

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar,

Değerli meslektaşlarım,

Bütün bu olumsuzluklara rağmen, Yüce Önderimiz Mustafa Kemal Atatürk'ün çizdiği yolda, gösterdiği ilkeler doğrultusunda, şaşmadan, yılmadan, yolumuza devam edeceğimizden, varlığımızın nedeni olan Cumhuriyeti, üniter devlet yapısını koruyup, kollama görevimizi sarsılmaz bir inançla sürdüreceğimizden hiç kimsenin kuşkusunu olmamalıdır.

Geçen yılki konuşmamda da söylediğim gibi, her yönü ile aydınlık, Cumhuriyet ilkelerine gönülden bağlı, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olmanın koşullarını tam anlamı ile yerine getirmiş bir Türkiye'yi, tüm yargı mensuplarının, görev ve yetki sorumlulukları ile uyumlu, Avrupa Birliği ve çağdaş

lkeler standartlarında, her türlü maddi-manevi olanağa sahip olarak, yargılama görevini, adalet hizmetini tam bir güven ortamı içerisinde yerine getirdikleri günleri en kısa sürede görmek dileğiyle sözlerimi burada bitirirken, bu anlamlı günde bizlerle birlikte olmanızdan duyduğum mutluluğu bir kez daha yineleyerek sizlere en içten saygılarımı ve sevgilerimi sunuyorum.

Hasan GERÇEKER
Yargıtay Birinci Başkanı



2009-2010 YARGI YILI AÇILIŞ KONUŞMASI

Av. Özdemir ÖZOK (★)

Sayın Cumhurbaşkanım;

Yüksek yargı organlarının saygın üyeleri, seçkin konuklar, değerli meslektaşlarım, basınımızın özverili temsilcileri 2009-2010 yargı yılı açılış törenine onur veren sizleri saygıyla selamlıyorum.

Yeni adli yılın Türk yargı erki mensupları için başarılı, halkımız için adaletli, toplumumuz için huzurlu, güvenli ve verimli geçmesini diliyorum.

Bu dileklerimi tam dokuz yıldır buradan dillendirmeme karşın üzümlere ifade etmek isterim ki her gelen yıl gidene aratmaktadır.

Özellikle 2004-2005 yargı yılı açılış konuşmamda yaptığım "...Türk yargı sistemine yönelik eleştiri boyutlarını aşan ve doğrudan yargı erkinin varlık ve yetkilerini hedef alan saldırılara maruz kalınan..." tespit ve değerlendirmesi, son aylarda yaşananlar karşısında çok etkisiz ve hafif kalmıştır.

(★) *Türkiye Barolar Birliği Başkanı.*

Hatırlanacağı gibi son birkaç yıldır Anayasa Mahkemesi başta olmak üzere, idari ve adli yargıda süren kimi davalarla ilgili olarak koparılan fırtınalar, Türk yargı tarihine geçecek talihsiz olaylardır. Tüm bunların yanı sıra, yargıç ve savcılarla ilgili olarak çıkarılan yaz kararnamesinin görüşülmesi sırasında Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile Adalet Bakanlığı arasında yaşananlar bu kurumun yapısı, işlevi ve konumu ile ilgili kaygılarımızın ne denli doğru olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Bakanlık Personel Genel Müdürlüğü'nün hazırladığı listeyi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin incelemesi, değişiklik önermesi ve yargının daha iyi işlemesi için müdahalelerde bulunması, belirli bir kesim tarafından şiddetli eleştirilere ve direnmeye neden olmuştur. Oysa bilindiği gibi Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun varlık nedeni bu işlemleri yapabilmesidir.

Yaşananlar şu acı gerçeği bir kez daha gözler önüne sermiştir. Hiçbir siyasal iktidar siyasetin doğasından kaynaklanan nedenlerle yargıya karşı saygın, ölçülü, mesafeli ve duyarlı olmamıştır. Yargı, hep icraatı engelleyen bir ayak bağı gibi algılanmıştır. Siyasal iktidar ülke yönetiminden ve ülkenin kaderinden sadece kendisini sorumlu kabul etmiş ve kendisi dışındaki güçleri, kurumları ve yurtseverleri yok saymıştır. Bunun sonucu olarak en sade yurttaştan en sorumlu kamu görevlisine kadar yaygın bir dinleme düzeneği kurularak onlar kontrol edilmeye çalışılmıştır. Bu hukuk ve ahlak dışı dinlemelere dayanarak birçok kişi hakkında iddianameler düzenlenmiş, sayfa sayfa yazılar, öyküler ve romanlar yazılmıştır. Bu durumda yapılacak tek şey; toplumun huzuru, barışı ve güvenliği için büyük sorumluluklar yüklenen yargıç ve savcılarımızın yargı erkini ve “yargı bağımsızlığı” ile “yargıç güvencesi”ni sahiplenerek cesur ve kararlı duruşlar sergilemeleridir. Cumhuriyetin müeyyidesi olan sayın savcılarımızın ve yargının yılmaz temsilcileri sayın yargıçlarımızın bu sorumluluk bilinciyle hareket edeceklerine olan inancımızda yaşanan bunca olumsuzluklara karşın, hala bir eksilme olmamıştır.

Türkiye Barolar Birliği kurulduğu 1969 yılından bu yana, her platformda ısrarla “yargı bağımsızlığı”, “yargıç güvencesi”, “yargılama diyalektiği” gibi temel yargı sorunlarında çağdaş, akılcı ve “hukuk devleti” ilkelerine uygun çö-

zümleler önermiştir. Maalesef bu istek ve öneriler kimi “dar görüşlü” politikacı ve hukukçular tarafından “siyaset yapmak” olarak algılanmış, bunun sonucu içeriği ve kapsamı hep göz ardı edilmiştir.

Hadi bir an için diyelim ki, bizler sırf siyasal iktidarı önyargılı eleştirmek için yıllardır ciltler dolusu yazıp çiziyoruz. Peki, aynı şeylerin Avrupa Birliği İstişari Ziyaret raporlarında Anayasa, Yargıtay ve Danıştay başkanlarının konuşmalarında ısrarla vurgulanmasına neden duyarsız kalınıyor ve yargının temel sorunlarına kurumsal değil kişisel ve politik yaklaşıyor?

Bu sorunun yanıtı çok açık... Siyasal iktidar sözcüleri iktidara gelinen yılların ilk günlerinde, tarafsızlık ve bağımsızlığına güvenemediklerini açık bir şekilde ifade ettikleri yargıyı, “bağımlı” hale dönüştürmeyi tercih etmişlerdir.

Bunun en somut göstergesi;

Kritik davaların savcı ve yargıçlarının önemli bağımsız kuruluşların üyeliklerine atanması,

Kimi savcı ve yargıçlara Adalet Bakanlığı’nın olağanüstü gayretlerle sahip çıkması,

Adalet Bakanlığı’nın yasal yetkisi olmadığı halde yargıç ve savcı adayları ile yargıçlık sınıfında olanlar hakkında arşiv araştırması yapması,

Yargı ve hukuk adına görevlerini yapmaya çalışan kimi yargıç ve savcılarının fişlenmesi ve

Haklarında teftiş kurulu aracılığıyla soruşturma başlatılması iddialarıdır.

Hepsinden önemlisi yargıç ve savcı adaylığı sınavlarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması gerekirken, evrensel ilkelere ve yasal hükümlere aykırı biçimde kimi usulsüzlükler içeren sınavlarda ısrar edilmesidir.

Silivri’de görülmekte olan ve tüm kamuoyunu ilgilendiren davanın savcılarıyla ilgili benim kişisel olarak asla katılmadığım Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun tasarruf talebine karşın, Adalet Bakanlığı’nın gösterdiği direnç ve yandaş medyanın günlerce Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu aleyhine yazdıkları, geçtiğimiz yıl Yargıtay üyesi seçimleri sırasında Adalet Bakanlığı’nın kendine yakın üyelerin seçimi için yaptığı engellemeler yanı sıra dönemin müsteşarının sırf toplantıları erteletebilmek için tartışmalı rapor aldığı iddiaları, “yandaş yargı” yaratmanın somut göstergeleridir. Bir an için düşünün, “altında Başbakanın zırhlı aracı, arkasında Adalet Bakanlığının koşulsuz desteği ve yanında yandaş medyanın gücünü hisseden bir savcının” bu konumu karşısında söylenecek tek şey “sancının savcım geliyor” dur.

Bugün usul yasalarında yapılan radikal değişikliklere rağmen savcılık kurumlarınca düzenlenen iddianamelerle açılan kamu davaları, yüzde ellinin üzerinde beraatla sonuçlanmaktadır.

Numaralandırılan iddianamelerle hakkında dava açılanlar için günlerce süren yazılar, televizyon söyleşileri ve yorumlarla yargısız infaz yapılmakta ve Anayasanın 138. maddesi, TCK’nın 277. maddesi ve Basın Kanunu’nun 9. maddesi ihlâl edildiği gibi, hukukun evrensel kuralları “masumiyet karinesi”, “lekelenmeme hakkı” ve “adil yargılanma hakkı” yok sayılmakta ve bunlarla ilgili ciddi hiçbir soruşturma yapıldığı kamuoyuna yansımamaktadır. Bütün bu hukuksuzlukları ortaya koyanlar ise yargılananlarla özdeş sayılmaktadırlar. Oysa adalet ve yargı tarihi bu tür girişimlerin hiç kimseye ve hiçbir iktidara yarar sağlamadığını gösteren acı örneklerle doludur. Yapılması gereken toplumun tüm bireylerinin, iş ve aş kadar istediği ve her fırsatta dillendirdiği “hukukun üstünlüğü” ilkesinin egemen olduğu “hukuk devleti”ni bütün kurum ve kurallarıyla yaşama geçirmektir. İnsanımız artık şuna inanmıştır ki, yaşanan bunca olumsuzluklar, adaletsizlikler, eşitsizlikler, dengesizlikler, yönetim zaafı, ancak “hukukun üstünlüğü”nün egemen olduğu “hukuk devleti” ile aşılabılır. Çünkü insanlığın ulaştığı bilim çağı ve teknoloji, insanlar ve toplumlar arasındaki eşitsizliği, adaletsizliği, haksızlığı en önemlisi yaşam kaynağı olan gelirin dağılımındaki dengesizliği,

dolayısıyla emeğe yapılan saldırıları giderememiştir. Bu olumsuzlukların asgari düzeye indirildiği toplumlarda “hukuk” ile onun ideal biçimi olan “hukuk devleti” ve “hukukun üstünlüğü” önem kazanmıştır. “Hukuk devleti”nin yaşama geçtiği toplumlarda her şeyi, aklın ürünü toplumun gereksinimi olan “hukuk” belirler, temel ölçüt “özgür birey”dir. “Tebaa” yoktur, “kul” yoktur; sorgulayan, irdeleyen, yargılayan “özgür yurttaş” vardır. Son günlerde hedef tahtası haline gelen Türkiye Cumhuriyeti’nin kuruluşundaki temel felsefenin de “özgür birey/yurttaş” yaratılması olduğunu burada anımsatmak isterim.

Yeni bir Avrupa için Paris Şartı’nın önsözünde “demokrasinin temelinde insana saygı ve hukukun üstünlüğü yatar. Kimse hukukun üstünde değildir.” denilmek suretiyle “hukukun üstünlüğü”nün ulus üstü evrensel bir kavram olduğuna vurgu yapılmıştır.

Kısaca “hukuk devleti”, toplumun bireyleri yanında, devletin tüm organ ve görevlilerinin de faaliyet, işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına ve anayasal ilkelere uyması, kendisini bu kurallarla bağlı sayması demektir.

Ancak itaat, biat ve cemaat kültüründen gelen kimselerin dillerinden düşürmedikleri, akla dayalı bu evrensel ilke ve kavramları yaşama geçirmeleri için doğası gereği mümkün değildir.

“Hukuk devleti”nin gerçekleşmesinde en önemli etken ve olmazsa olmaz koşul “yargı bağımsızlığı” ve “yargıç güvencesi”dir.

“Yargı bağımsızlığı” yargı mensuplarına verilmiş bir imtiyaz ya da sınırsız kullanılacak bir olanak değildir. “Yargı bağımsızlığı” bireylerin, doğru, adil ve hakkaniyete uygun “adil yargılanma hakkı”nın güvencesi olarak tanımlanmıştır.

Toplumda adalet duygusunun oluşmasını ve korunmasını sağlayacak “bağımsız yargı” aynı zamanda çağın yönetim biçimi olan “demokrasi”nin de olmazsa olmaz koşuludur.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan kısmen “yargı bağımsızlığı” ve “yargıç güvencesi”ni de kapsayan “Yargı Reformu Stratejisi”, daha önce olduğu gibi Bakanlığın kapalı kapıları ardında ve hiçbir kurumun haberi olmadan hazırlanarak öncelikle AB temsilcilerine sunulmadı, bizlere de haber verilerek ortak çalışmayla son şekli verildi. Türkiye Barolar Birliği olarak bu çalışmaya her türlü katkıyı sunduk, önerilerimizin önemli bir bölümü Bakanlık yetkilileri tarafından dikkate alınarak belgeye konulmuştur. Bu işbirliği ve yaklaşımlarından dolayı Adalet Bakanı ve Bakanlık üst düzey yöneticilerine teşekkür ediyoruz.

Adalet Bakanlığı “Yargı Reformu Stratejisi Eylem Plânı”nda, on ana başlıkta yapılacak değişiklikler detaylarıyla sıralanmıştır. Bunların birçoğunu desteklediğimiz halde bazıları hakkında çekincelerimizi ve karşı önerilerimizi bildirdik. Kuşkusuz bu başlıklar önemli ve yapılması gereken düzenlemelerdir.

Ancak biz bu çalışmalar sırasında da belirttiğimiz ve her fırsatta dillendirdiğimiz görüş ve iddialarımızı bir kez daha yineleyeceğiz. Özellikle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili düzenlemelerde bizim yıllardır dilendirdiğimiz ve AB İstişari Ziyaret raporlarında vurgulanan Adalet Bakanı ve Müsteşarı’nın kuruldan ayrılması, yargıçlık ve savcılık sınavlarının Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından yapılması konularında bu pakette hiçbir düzenleme yoktur. Türkiye Barolar Birliği’nin 2007 tarihli Anayasa Önerisi’nde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun yargılama diyalektiğine uygun hale getirilmesi, yargıçlar ile savcılarının ayrı kurullar tarafından yönetilmesi düzenlenmiştir. Aynı ayrı kurulacak yüksek kurulların oluşumu da buna göre şekillenmektedir. Türkiye Barolar Birliği önerisinde bu konuda ayrıntılar bulunmaktadır. Bunlar hakkında önerilerimizi yinelemeyeceğim.

Yargıç ve savcılarının kurullarında Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin seçeceği üyelerin varlığı “yargının siyasallaşması” sonucunu doğuracaktır.

1961 Anayasası ile denenen yerel yargıçların seçecekleri üyelerin sayı ve nitelikleri konusunda ise çok dikkatli olunması gerektiği kanısındayız. Bunların az sayıda olması halinde de Türkiye Barolar Birliği temsilcisi ile birlikte kurulların çalışmalarının şeffaflığını sağlayabileceği ve kamu adına denetim konusunda yararlı olabileceği düşüncesindeyiz.

Ayrıca bugün yapılması ön görülen değişikliklerin birçoğunun yasa ile değil, geniş bir işbirliği ile yapılacak Anayasa değişikliğiyle gerçekleştirilmesi gereken hususlar olduğunu da anımsatmak isterim.

Hangi ad altında, hangi değişikliği yaparsanız yapınız, yargı sistemimizde yıllardır yerleşmiş ve oturmuş klasik yapıyı değiştirmedeğiniz; özellikle “yargılama diyalektiği”ni oluşturan sav -savunma - karar yapısını yeniden düzenlemediğiniz, yargıyı oluşturan bu unsurları yetki, görev ve sorumluluk bakımından yeni baştan kurgulamadığınız takdirde, asla “yargı bağımsızlığı” ve “yargıç güvencesi”ni gerçekleştiremezsiniz. Çünkü yargılama diyalektik bir süreçtir ve tarihin bu özelliği taşıyan ilk sosyal ve kamusal eylemi olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanlık tarihinin en eski diyalektik uygulaması sav-savunma ve karar üçlüsüdür. Bu yapılanma ülkemizde tarihsel gelişimi itibariyle iddiayı oluşturan savcılık kurumunu diğer iki unsurdan daha güçlü ve donanımlı hale getirmiştir. Mevcut yapı içerisinde savcılık kurumunu savunma ile kıyaslamak dahi istemiyoruz, bu ilişki-deki farklılık yıllardır dillendirilmektedir. Savcının, sadece duruşma salonundaki yerinin bir basamak aşağıya alınmış olması, “silahların eşitliği” konusunda ironik bir deneme olarak düşünülmelidir.

Özellikle son yıllardaki önemli davalar nedeniyle savcılık kurumunun yürütmenin de desteğini alarak hüküm kuran yargıçlık kurumundan da etkili ve güçlü bir konuma geldiği gözlenmiştir. Yapısı ve konumu itibariyle yürütmenin temsilcisi Adalet Bakanlığıyla yakın temas içinde olan savcılık kurumu bu konumu yargılama diyalektiğinde kendi lehine kullanmakta ve yargıçlığın tüm güvenceleri yanında idari ve yönetsel yetkilerini de kurumsal olarak avantaja dönüştürebilmektedir. Yargıçtan beklenen tarafsızlık ve objektiflik nedeniyle, yargıçlar

yürütmenin temsilcisi Adalet Bakanlığı da dâhil olmak üzere, tüm ilişkilerinde kendilerini soyutlamış ve bir anlamda dosyalarıyla vicdanları arasında baş başa kalmışlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ceza davasında sanık ile savcının eşit olmasının gerektiğini vurgulamıştır. Bizim sistemimizde bırakın sanıkla müdafininin eşit olmasını, savcılık kurumu ile yargıç dahi eşit koşullara sahip değildir.

Yine bu konuda Fransız Yargıtay'ı AİHS' nin 6.maddesinde yer alan yargı bağımsızlığının savcılar açısından söz konusu olamayacağını, zira savcıların yargılama yapmadıklarına karar vermiştir.

Savcılık kurumunun yargıda ve adliyelerdeki sınırsız yetki ve olanakları yeniden düzenlenmediği sürece yargı bağımsızlığını gerçekleştirmeye olanak yoktur. Mevcut çarpık sistemde yargı, bağımsız ve tarafsız karar verebiliyorsa bu büyük ölçüde kişisel inisiyatiflerin sonucudur.

Ülkemizde yürürlükte bulunan klasik yapı ve mevcut sistem değişmediği sürece, “yargı bağımsızlığı” ve “yargıç güvencesi” yanında “adil yargılanma” koşullarını gerçekleştirmeye olanak yoktur. Bilindiği gibi, genel kural gereği “sistemden beslenenler sistemi değiştiremezler”. Bu nedenle yakın zamanda bu değişikliğin gerçekleşmesi mümkün görülmemekte ve yargı üzerindeki tartışmaların bir süre daha sürüp gideceği anlaşılmaktadır.

Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde “...Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder...” denilmek suretiyle savunma hakkının evrensel gelişimine uygun bir tanım yapılmıştır. “Savunma”nın olmadığı yerde yargılamadan söz edilemez, yargının kurduğu hükmün hukuki ve yasal dayanağı, varlık nedeni savunmadır. Bu denli önemli olan “savunma” ve onun hukuk savaşçıları avukatlar yargılama diyalektiğinde istenen, beklenen ve hak ettiği yerde değildir. Bu durum devam ettiği sürece ülkemizde “hukukun üstünlüğü”nden, “hukuk devleti”nden ve onun olmazsa olmaz koşulu olan “yargı

bağımsızlığı”ndan söz etmeye olanak yoktur. Çünkü çağdaş ve donanımlı avukatlar, buldukları ülkelerde, hak ve adalet başta olmak üzere hukukun üstünlüğüne dayalı “hukuk devleti” ve “yargı bağımsızlığı”, “yargıç güvencesi” gibi ilke ve kavramların yaşama geçmesi için mücadele verme yanında, buldukları toplumun da her konuda sözcülüğünü ve savunmasını yaparlar.

Bu nitelikleriyle avukatlar buldukları toplumdaki hukuk ve hak ihlalleri yanında, toplumsal sorunların çözümünde de sözcü ve öncü durumundadırlar.

Bu denli önemli görev ve sorumlulukları olan savunma örgütü barolar ve onun özverili üyeleri avukatlar istenen, beklenen ve özlenen konumda değillerdir. Yıllardır verilen mücadelelerle yasaya konulan sınav, birkaç stajyer avukatın siyasal iktidar temsilcilerine yaptıkları kulis sonucu bir gece ansızın kaldırılmıştır. O gün kulis yapan bugün avukat olan stajyerler yaşadıkları olumsuzluklar karşısında yaptıklarının çok yanlış olduğunu bize itiraf etmektedirler. Bu yüzeysel ve popülist yaklaşım sonucu, bugün dünyanın hiçbir yerinde örneği olmayan bir şekilde, herhangi bir mesleğe giremeyen hukuk mezunları, hiç olmazsa avukat olurum diye barolara başvurmakta ve hiçbir engelle karşılaşmadan avukatlık ruhsatı alabilmektedir.

ABD’de il barolarının alacakları stajyerlerle ilgili olarak mezun olunan okulları belirleyebildikleri, her hukuk mezununu stajyer olarak almadıkları, ayrıca çok sıkı sınav ve staj yöntemleri uyguladıkları, Avrupa’da da baroların yine çok sıkı sınav ve staj uygulamaları yaptığı, Japonya’da en zor elde edilen mesleklerin başında avukatlığın geldiği binlerce başvurudan ancak çok az kimsenin avukat olabildiği gerçeği karşısında Türkiye Barolar Birliği olarak her ay 550–600 avukat ruhsatı düzenlemekteyiz. Bu olumsuzluğun süratle giderilmesi ve avukatlık mesleğini hak ettiği, özlenen ve beklenen konuma kavuşturulması gerekmektedir. Çünkü yukarıda da değindiğim gibi barolar ve onun üyeleri avukatlar bir yandan hukuk ve hak ihlallerine karşı mücadele verirken öte yandan toplumun önemli sorunları karşısında da gerekli duyarlılıklarını göstererek öncü görevini sürdür-

mektedirler.

Avukatların bu özelliği evrensel nitelik taşımaktadır.

Dünya siyasi tarihinin incelenmesinden de anlaşılacağı gibi, başta Fransız ihtilâli ve Amerikan bağımsızlığı sırasında dünyanın ilk yazılı anayasası olan Amerika Anayasası'nın yapımı olmak üzere, devrim niteliğindeki tüm eylemlerde, dünya tarihini değiştiren ve dönüştüren tüm siyasi olaylarda gerek eylem, gerekse düşünce lideri olarak avukatlar hep öncü olmuşlardır.

Amerikalı avukat Luis Land'ın "Avukat" isimli şiiri bu özellikleri çok güzel ifade etmektedir.

"Ben avukatım.

Kaba gücün yerine merhameti, adaleti, hakkaniyeti koydum.

İnsanoğluna, diğerlerinin hakkına, mülkiyetine, hürriyetine saygıyı;

Vicdan, ifade ve toplanma özgürlüğünü ben öğrettim.

Haklı davaların sözcüsü;

Yoksulun, mazlumun, dul ve yetimin savunucusuyum.

Çarşıda pazarda onuru sürdürürüm.

Halkın sevmediği, popüler olmayan davaların şampiyonu benim.

Zulmün, baskının, bürokrasinin düşmanıyım.

On emre giden yolu ben hazırladım,

Yunanistan'da kölelerin, Roma'da esirlerin özgürlüğü için ben savaştım.

Stamp Act'le ben mücadele ettim.

İnsan hakları ve özgürlükleri bildirgesini ben yazdım.

Köleleri ben savundum,

Kölelik karşıtım.

Kölelik Kurtuluş bildirgesini yayımlayan bendim.

Her ülkede, her iklimde haini cezalandırır, masumu korur, düşeni kaldırır,

Adaletsizliğe ve vahşete karşı çıkarım.

Tüm savaşlarda özgürlük için savaşan bendim.

Halkın yaygarasına ve çoğunluğun despotluğuna karşı duran benim.

Adaletin gerçekleşmesini engelleyen önyargı olmasın diye zenginleri savunur;

Yoksulun tüm hak ve imtiyazları teslim edilsin diye davasında ısrar ederim.

İrk, renk, sınıf, cinsiyet ya da din ayrımı yapmaksızın insanlığın eşitliği için çalışırım.

Hilebazlıktan, dalavereden ve sahtekârlıktan nefret ederim.

Adaletten ödün vermekten ya da menfaati zıt iki müvekkile hizmet etmekten yasaklıyım.

Geçmişin muhafazakârı, bugünün liberali, geleceğin radikalıyım.

Adalet ve hakkaniyeti gerçekleştirmek için uzlaşmaya inanırım.

Aynı nedenle şekilciliğin ve kırtasiyeciliğin Gordion düğümünü kesip atarım.

Tüm buhranlarda insanlığın lideriyim.

Dünyanın günah keçisiyim.

İnsanlığın haklarını avucumun içinde tutarımda, kendi haklarımı sağlamayı bir türlü beceremem.

Ben öncüyüm.

Geçmişten vazgeçecek, bugünü ve var olanı yıkmak isteyen en son kişiyim.

Ben adil hükümdar, dürtüst yargılayıcıyım.

Mahkûm etmeden önce dinler, herkes için en iyiyi araştırırım.

Ben Avukatım.”

Sayın Cumhurbaşkanı;

Son günlerde kamuoyunun gündemini bu güne kadar çok ağır bedeller ödenen, kimilerine göre “Güneydoğu sorunu”, kimilerine göre “terör sorunu”, kimilerine göre “Kürt sorunu” olarak tanımlanan sorun oluşturmuştur.

Siyasal iktidar temsilcilerinin bu kronik sorunu, başlangıçta “Kürt açılımı”, arkasından “Demokrasi açılımı” adı altında ülke gündemine alma konusundaki, zamanlama tercihlerinin gerçek nedenini, bazı iddialara karşın, bilemiyoruz.

Ancak, hangi nedenle olursa olsun, bu denli önemli sorunun gündeme alınmasını önemsiyor; soğukkanlı, önyargısız ve gerçekçi yaklaşımlarla çözüm aranmasını diliyoruz.

Tek endişemiz önceki açılım ve girişimler gibi bu açılımın da sonuçsuz kalmasıdır. Şu ana kadar yaşananlar karşısında zamanlaması ve alt yapısı yeterince oluşturulmadan ortaya atılan “Kürt açılımı” da diğer açılımlar gibi gerçekçi ve yapıcı bir çözüme ulaştırılmazsa, olumsuz sonuçlarını düşünmek dahi istemiyorum.

Bu noktada Sayın Cumhurbaşkanımızın dillendirdiği “Herkesin başını kumdan çıkarması” önerisine yürekten katılıyorum. Ülkemizin temel sorunlarının başında gelen ve belki de tek ciddi sorunu olan bu sorun, çok dikkatli ve soğukkanlı yaklaşılması gereken, özensizlik ve duyarsızlığa asla tahammülü olmayan bir konudur. Çağımızda modernleşmenin güçlendirdiği milliyetçilik hareketlerini inceleyen bilim adamı-gazeteci M.İgnatiyef, Avrupa’da Yeni Milliyetçilik adlı kitabında, milliyetçiliğin daha yıkıcı hal almasını engellemenin yolunu akılcı biçimde göstermektedir. Kısaca, bütün etnik grupların devlete güven duymasını sağlamak için bütün etnik gruplara eşit davranan bir devletin, kısaca bir “hukuk devleti”nin varlığı şarttır. Ayrıca sorunları zor kullanılarak değil, tartışarak halletme kültürünün varlığı da ön koşuldur.

Bu nedenle, tartışmanın tüm yanlarının en sade yurttaşımızdan en sorumlu kamu görevlisine kadar “başını kumdan çıkararak” konunun, sosyolojik, tarihsel ve toplumsal boyutları yanında, Türkiye Cumhuriyeti’nin varlık nedenlerini de göz önünde tutarak, gerçekçi ve kalıcı çözüm önerileri getirmesi gerektiğine inanmaktayım. Oysa demokrasinin güvencesi olan muhalefet partileri ile siyasal iktidar temsilcilerinin, herkese güven sağlayabilecek “demokrasi”, “insan hakları” ve “hukuk devleti” ilkeleriyle asla bağdaşmayan “dağa çıkmak”, “idam sehpalarını yeniden kurmak” ve “vatana ihanet” gibi sığ suçlamaları, terör örgütünün hain saldırılarını sürdürmesi bu sorunların çözümünün daha çok uzaklarda olduğu acı gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Çünkü sorunun çözümü için, terör örgütünün silahlarını bırakması yanında, “insan haklarına dayalı”, “hukukun üstünlüğü”ne bağlı, temel hak ve özgürlükleri sınırlamayan, düşünce ve örgütlenmeden yana, çok kültürlü, çoğulcu, katılımcı, devletin bir hizmet kurumu olarak algılandığı, çağdaş bir vatandaşlık anlayışının benimsendiği, toplumun tüm kesimlerinin üye-

rinde anlaşma sağladığı sivil bir anayasaya şiddetle ihtiyaç vardır. Kuşkusuz bu anayasanın adresi milli iradenin ve demokrasinin temsil edildiği Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir.

Beni sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum; yeni adli yılın hepimiz için, başarılı geçmesini diliyorum; saygılar sunuyorum.



TÜRK CEZA HUKUKU'NDA TEKERRÜR

Hasan DURSUN (★)

ANLATIM DÜZENİ: I. GENEL OLARAK, A. Kavram, B. Hukuki Niteliği, II. TEKERRÜRE İLİŞKİN TEORİLER, A. Tekerrürü Kabul Etmeyen İlga Teorisi, B. Tekerrürü Kabul Eden Teoriler, 1. Cezanın Yetersizliği Teorisi (Klasik Okul Yaklaşımı), 2. Suçun Ağırlığı Teorileri (Neo Klasik Okul Yaklaşımı), 3. Sübjektif Teoriler, C. Türk Ceza Kanunu'nun Kabul Ettiği Teori, III. TEKERRÜR SEBEBİYLE UYGULANAN MÜEYYİDEYE İLİŞKİN SİSTEMLER, A. Cezanın Ağırlığı Sistemi, B. Cezanın Ağırlaşması Ve Emniyet Tedbiri Uygulanması, C. Nisbi Süresi Belli Olmayan Hüküm, IV. TEKERRÜRÜN ÇEŞİTLERİ, A. Özel Tekerrür-Genel Tekerrür, B. Gerçek Tekerrür-Varsayılan Tekerrür, C. Süreli Tekerrür-Süresiz Tekerrür, D. Ulusal (Milli) Tekerrür-Uluslararası Tekerrür, E. Zorunlu Tekerrür-Takdiri Tekerrür, F. Türk Ceza Kanunu'nun Kabul Ettiği Sistem, V. TEKERRÜRÜN KOŞULLARI, A. DAHA ÖNCE MAHKÛM OLMA ŞARTI, 1. Genel Olarak, 2. Mahkumiyette bulunması gereken nitelikler, a. Ceza Mahkumiyeti Olmalı, b. Verilen Ceza Kesinleşmiş Olmalı, c. Kesinleşen Cezanın İnfazının Gerekli Olmaması, d. Ceza Mahkumiyetinin Tekerrüre Esas Olmasını Engelleyen Haller, e. Tekerrüre Esas Olmayan Mahkumiyetler, aa. Onsekiz Yaşını Doldurmamış Kişiler Hakkında Verilen Mahkûmiyetler, bb. Disiplin Hapsini Gerektiren Mahkûmiyetler, cc. Temyizi Mümkün Olmayan Mahkûmiyetler,

(★) Şabanözü Cumhuriyet Savcısı, Ankara Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

dd. Kabahatlerle Cürümler Arasında, f. Mahkûmiyet Hükümünün Adli Sicilden Silinmesinin Tekerrüre Etkisi, B. YENİ BİR SUÇUN İŞLENMESİ ŞARTI, 1. Genel Olarak, 2. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanamayacağı Haller, a. Kasıtlı Suçlar İle Taksirli Suçlar Arasında, b. Sırf Askerî Suçlarla Diğer Suçlar Arasında, c. Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Hükümlerle, Ulusal Mahkemeler Tarafından Verilen Hükümler Arasında, d. Onsekiz Yaşını Doldurmamış Kişiler Hakkında Verilen Mahkûmiyetler, C. YENİ SUÇUN BELİRLİ SÜRE İÇERİSİNDE İŞLENMİŞ OLMASI ŞARTI, 1. Sürenin Niteliği, 2. Sürenin Uzunluğu, Başlangıcı ve Bitimi, V. TEKERRÜRÜN SONUÇLARI, A. Mahkûmiyet Hükümünün İçeriği, B. Seçimlik Ceza Öngörülen Hallerde, Hapis Cezasının Takdir Edilmesi, C. İnfaza İlişkin Sonuçları, 1. İnfazda Özel Rejim Uygulanması, 2. Koşullu Salıverme Hükümlerinin Uygulanmasında Meydana Getirdiği Farklılıklar, 3. Cezanın İnfaz Edilmesinden Sonra Denetim Serbestlik Tedbirine Hükmedilmesi, a. Genel Olarak, b. Denetimli Serbestlik Tedbirine Karar Verecek Merci, VI. ÖZEL KANUNLARDA TEKERRÜR UYGULAMASI, VII. TEKERRÜR HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINDA 765 ve 5237 SAYILI TCK HÜKÜMLERİ ARASINDA LEHE KANUNUNUN TESPİTİ, A. Genel Olarak, B. 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenen Suçlar Açısından Tekerrür Uygulanması, 1. Tekerrürün Uygulanamayacağını Savunan Yazarlar, 2. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanacağını Savunan Yazarlar, C. Suçun İşleniş Tarihine Göre Tekerrür Uygulanması, 1. Her İki Suçunda 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenmiş Olması Durumu, 2. Sadece İlk Suçun 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenmiş Olması Durumu, 3. 765 sayılı TCK Hükümlerine Göre Verilen Erteli Cezalara İlişkin Mahkûmiyetlerin Durumu, SONUÇ

I. GENEL OLARAK

A. Kavram

Tekerrür, kelime anlamı itibariyle “tekrarlama” anlamına gelmektedir¹. Ceza hukukundaki anlamı itibariyle tekerrür ise; bir ceza mahkûmiyetine uğradıktan sonra yeniden suç işleyen kimse demektir. Bu halde bulunan kişiye ise “mükerrir” denir. Mükerrir olmayıp ilk defa suç işlemiş olan kimselere ise “ilk suçlu” adı verilmektedir².

Kişilerin ilk kez suç işledikten sonra, iki veya daha fazla suç işlemelerinin birçok sebepleri bulunmaktadır. Bu sebepler özel ve genel olarak ikiye ayrılabilir. Suçluluğun sebeplerinden olan sefalet, serserilik vb. gibi durumlar aynı zamanda tekerrürün genel sebeplerini oluştururlar. Bunların yanında, cezaevlerinin durumu, suçluların tam olarak ıslah edilememeleri, cezaevinden çıkan kişilerin sosyal hayata karışmakta zorluk çekmeleri, cezaevinden sonra mahkûmlara psikoloji, sosyal ve ekonomik yardımların yapılamaması gibi nedenler ise, tekerrürün özel sebepleri arasında sayılabilirler³.

B. Hukuki Niteliği

Tekerrür, failin önceki mahkûmiyeti neticesinde bundan etkilenmediğini, kendisine uygulanan cezanın ıslah edici olmadığını, failin suç işleme konusundaki inat ve kararlılığını gösteren bir durumdur. Dolayısıyla, tekerrür uygulanmasının sebebi, failin bulunduğu kusurlu halin yaptırıma tabi tutulmasıdır.

765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'da tekerrür bir artırım sebebi olarak düzenlenmemiştir. Tekerrüre ilişkin düzenleme, 5237 sayılı

1 Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2005, s.2172; DEMİRBAŞ: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, 4.B., s.596.

2 GÖKÇEN, Ahmet: Türk Ceza Hukukunda Tekerrür, http://www.akader.info/KHUKA/2003_eylu/turkcezahuk.htm (13.02.2008).

3 GÖKÇEN: 13.02.2008.

TCK'nın güvenlik tedbirleri başlığı altında bulunan 58. maddesinde düzenlenmiştir. Tekerrüre ilişkin olarak 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesinde de bir düzenleme yer almakta olup, mükerrirlere özgü infaz rejiminin ne olduğu ve nasıl infaz edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

765 sayılı TCK döneminde tekerrürün, cezanın artırılmasını gerektiren, mükerririn şahsına bağlı, cezayı artırıcı bir neden olarak maddi ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğu kabul edilmekteydi.⁴

5237 sayılı TCK'nın 58 ve 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesinde yer alan düzenlemeler ışığında tekerrürün, maddi ceza hukukunu ilgilendiren bir düzenleme mi, yoksa infaz hukukuna ilişkin bir düzenleme mi olduğu hususu tartışmalıdır. Tekerrürün maddi ceza hukukuna veya infaz hukukuna ilişkin bir müessese olduğunun kabulü çeşitli açılardan önemlidir. Maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurum olarak kabul edildiği takdirde, tekerrürün uygulanacağına dair mahkûmiyet hükmünde karar verilmemiş olması, aleyhe temyiz olmadığı takdirde sanık açısından kazanılmış hak teşkil edecek; sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulaması yapılamayacaktır. Tekerrürün infaz hukukuna ilişkin bir kurum olarak kabul edilmesi halinde ise, mahkemenin mahkûmiyet kararında tekerrüre ilişkin karar vermemiş olması bir eksiklik teşkil etmeyip, sanık lehine kazanılmış hak doğurmayacak, bu konuda her zaman karar verilebilecektir.

Doktrinde bir kısım yazarlar⁵ tarafından tekerrürün, düzenleniş yeri ve sonuçları itibariyle, infaz hukukuna ilişkin bir kurum olduğunu; infaza ilişkin kurallar açısından "derhal uygulanma" ilkesinin geçerli olmasına rağmen, zaman ba-

4 GÖKÇEN: 13.02.2008.

5 ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006, s.121-122; DEMİRBAŞ: s.138; TOROSLU, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2007, s.66.; CENTEL, Nuri/ ZAFER, Hamide- ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.B, İstanbul 2006, s.605; BAKICI, Sedat: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. B., Ankara 2008, s.75; Tekerrürün bir güvenlik tedbiri olduğunu, bu nedenle derhal uygulanma ilkesine tabi olması gerektiğini, TCK'nın 7/3. maddesindeki düzenlemenin tekerrür açısından doğru olmadığını savunan görüş için bkz. SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Ankara 2005, s.129-130; ÖZBEK, Veli Özer: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2006, 3.B., s.206-207.

kımından uygulanma hususunda TCK'nın 7/3. maddesi uyarınca maddi ceza hukukuna ilişkin kurallara tabi kılındığını, bu nedenle maddi ceza hukuku kuralı sayılamayacağı belirtilmiştir.

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre ise⁶; tekerrürün kanunda "güvenlik tedbirleri" başlığı altında düzenlenmiş olmasının ve 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesinde yer alan "hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır" şeklindeki düzenlemenin, tekerrürü infaz hukukuna ilişkin bir kurum haline getirmeyeceği; tekerrürün bir güvenlik tedbiri olmayıp, işlenen ikinci suçtan dolayı cezanın infaz biçimini değiştiren bir kurum olduğu savunulmuştur. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak tekerrürün, ikinci suçtan dolayı verilecek cezanın artırılması değil, sadece cezanın infaz biçiminde değişikliğe yol açmasının, kurumun hukuksal niteliğinde bir değişikliğe yol açmayacağı; aksi durumun kabulü halinde cezanın infaz biçimini değiştiren ertelemeyi de güvenlik tedbiri olarak kabul etmek gerekeceğini, bunun ise mümkün olmadığını belirtmişlerdir.

Yargıtay genel olarak, tekerrürün infaz hukukuna ilişkin değil, maddi ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme olduğunu kabul eden kararlar vermesine karşın⁷, infaz hukukuna ilişkin olduğunu kabul eden kararları da bulunmaktadır.⁸

Kanaatimizce tekerrür; 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi ve 5275 sayılı

6 ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. B., Ankara 2006, s.332-333; Tekerrür, infaz şartlarını ağırlaştırıcı maddi ceza hukukuyla bağlantılı güvenlik tedbiridir şeklinde de nitelendirilmektedir. OTACI, Cengiz: "Ceza Hukukunda Lehe Kanununun Tespiti Ve Bazı Sorunlar" http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/Ceza_Hukukunda_Lehe_Kanun_ve_Baz%C4%B1_Sorunlar.doc, 15.05.2008.

7 CGK., 17.04.2007, 71/98: "5237 sayılı Yasa'nın 58. maddesinde düzenlenmiş bulunan tekerrür, güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer almakta ise de, anılan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir. Hükümlülüğün yasal sonucu olmaması nedeniyle 5275 sayılı Yasanın 98 vd. maddeleri uyarınca infaz aşamasında bu konuda karar alınması mümkün değildir" (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>, 15.05.2008); Yargıtayın tekerrürü maddi ceza hukukuna ilişkin kabul eden kararları doktrinde eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. ÖZGENÇ: s.121, dph. 198-199.

8 11.CD, 03.07.2007, 4117/4584: "01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda 5237 sayılı Yasa'nın lehe olduğunun tespiti ile ceza tayini halinde infaza ilişkin olması nedeniyle tekerrür hükmünün uygulanamayacağı gözetilmeden yazılı şekilde "sanık hakkında TCY'nın 58. maddesi uyarınca denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması-na" karar verilmesi" (BAKICI: s.1356).

Yasa'nın 108. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, 765 sayılı TCK düzenlemesinden farklı olarak, maddi ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme olmayıp infaz hukukuna ilişkin bir düzenlemedir. Yasa koyucu tekerrür kurumunu, faili cezalandırma aracı olarak görmeyip, failde bulunan kusur yoğunluğu ve tehlikelilik halini değerlendirerek, onu tekrar topluma kazandırmayı amaçlamıştır. Bunu gerçekleştirmek amacıyla da, mükerrirler hakkında 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddesinde özel bir infaz rejimi öngörmüştür. 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesinde yer alan düzenleme de, tekerrürün bu niteliğini açıkça ortaya koymaktadır. Tekerrür hükümleri açısından; infaz hukukuna ilişkin bir kurum olması nedeniyle, derhal uygulanma ilkesi geçerli iken, TCK'nın 7/3. maddesi buna istisna getirecek, önceki ve sonraki yasal düzenlemeler açısından, lehe olanın uygulanacağını hükme bağlamıştır.

II. TEKERRÜRE İLİŞKİN TEORİLER

Tekerrür üzerindeki tartışmalar uzun yıllardır devam edegelmektedir. Tekerrüre yani mükerrirliğe ilişkin düzenlemeler hemen hemen bütün ülke ceza sistemlerine girmeye başlamıştır⁹. Yukarıda da belirtildiği gibi tekerrür kelime anlamı itibariyle tekrarlama, yineleme, tekrar etme anlamlarına gelmektedir. Bununla birlikte tekerrürün ceza hukuku açısından ise birçok tanımı yapılmaktadır. Yapılan tanımlar kabul edilen sisteme göre farklılık göstermektedir¹⁰. Ancak genel itibariyle tekerrür; bir kişinin suç işleyip, kesin olarak mahkûmiyete uğradıktan sonra, yeniden bir veya daha fazla suç işlemesi olarak tanımlanabilir. Benimsenen sisteme göre, tekerrür halinde ya failin cezası artırılır veya mükerrirlere özgü infaz rejimine ve infazdan sonra da tedbire tabi tutulmasına karar verilir¹¹.

Tekerrür konusunda yapılan tartışmalar iki ana başlık altında toplanabilir. Birincisi, tekerrürü kabul etmeyen ve yasalarda yer almasını istemeyen ilga teori-

9 DÖNMEZER, Sulhi-ERMAN, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.III, İstanbul 1997, s. 125 vd.

10 ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-II, B.2, İstanbul 1992, s.643; DEMİRBAŞ: s.596-597;

11 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.603; ÖZBEK: s.609.

sidir. İkinci görüş ise, tekerrürü kabul eden ve yasalarda yer almasını savunan görüştür. İkinci görüşü savunan yazarlar tekerrürü kabul etmekle birlikte, tekerrürün özünün ne olduğu ve neden cezanın artırılması nedeni olduğu üzerinde farklı fikirler ileri sürmüşlerdir. Bunun temel nedeni, kurumu açıklamaya çalışan hukukçuların, tekerrürü farklı ceza okulları ilkelerine göre değerlendirmeleridir¹². Tekerrür konusunda ortaya konulan düşünceler önceleri kişisel yorumlar şeklindeyken, zamanla belirli teoriler etrafında toplanmış ve ceza hukukunun en önemli konularından birisi olmuştur¹³.

A. Tekerrürü Kabul Etmeyen İlga Teorisi

İlga teorisi taraftarları tekerrürü kesin olarak kabul etmemektedirler. Bu görüşü savunanlar, tekerrürün haksız bir kurum olduğunu, bu nedenle ceza kanunlarından çıkarılması gerektiğini söylemektedirler¹⁴.

Bu görüşü savunanlar tarafından tekerrürün haksızlığını ve gereksizliğini ispat konusunda çeşitli fikirler ortaya konulmuştur. İleri sürülen fikirleri aşağıdaki şekilde kısaca özetlemek mümkündür:

a. Bir kişinin işlenen ikinci suç nedeniyle verilecek cezasının, işlediği birinci suç nedeniyle artırılması, ceza hukukunun genel bir ilkesi olan "non bis in idem" kuralına aykırıdır¹⁵. Bir suç için faile, tek bir ceza verilir. Aynı fiil nedeniyle kişi, birden fazla cezalandırılmaz. Fail, birinci suça ilişkin cezasını çekerek topluma karşı olan borcunu ödemiştir. İşlenen önceki ve sonraki suçlar arasında ceza bakımından herhangi bir ilişki kurulamayacağına göre, tekerrür nedeniyle

12 Ceza hukukunda yer alan okullar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER-ERMAN: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I, İstanbul 1997, s.49 vd.; TOROSLU, Nevzat: "Ceza Hukukunda Okullar", Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, İstanbul 1998, s.367 vd.; ARTUK, Mehmet Emin- GÖKÇEN, Ahmet- YENİDÜNYA, A.Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara, 2006, s.43 vd.; DEMİRBAŞ: s.76 vd.; SOYASLAN: s.212 vd.; ÖZGENÇ: s.135 vd.

13 EREM, Faruk: "Tekerrürün Esası", AD., 1949/10, s.1417.

14 EREM, 1418; GÖKÇEN: 13.02.2008; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.604.

15 DÖNMEZER-ERMAN: C.III, s.137; GÖKÇEN: 13.02.2008.

ikinci cezanın artırılması mümkün değildir. Aksi durumun kabulü “cezaların kanuniliği”¹⁶ ilkesine de aykırılık teşkil edecektir¹⁷.

b. Tekerrür nedeniyle ceza artırılmamalı, aksine azaltılmalıdır. Çünkü suç işlemeyi itiyat haline getiren kişinin iradesi zayıftır. Mükerririn manevi suçluluğu, ilk defa suç işleyenden daha azdır. Suç işleme konusunda iradi yönden zafiyet içinde bulunan bir kişinin cezası ile ilk defa suç işleyen ve suç işleme konusunda daha iradi davranan bir kişinin cezalandırılmaları farklı olmalıdır. İlk defa suç işleyen kişinin iradesi serbesttir, suça engel olucu karşı nedenler zayıf değildir. İradesi daha kuvvetli olan bir kişinin kusurluluğu daha fazladır. Bundan dolayı, mükerrirlere daha az ceza verilmelidir¹⁸.

c. Suçun, mükerrir ile mükerrir olmayan kişiler tarafından işlenmesi halinde, sonuçları ve meydana getirdiği zararlar açısından bir farklılık doğmamaktadır. Sonuç itibariyle meydana gelen zarar her zaman aynı olur. Kanunlar tarafından öngörülen ceza, suçun tekrar suç işlenmesine engel olamıyorsa, bu durumda sorumlu ikinci kez suç işleyen kişi değildir. Bu halde yapılması gereken, o suç için daha ağır veya başka bir ceza belirlemektir¹⁹.

d. Mükerrirlik bir fiilin isimlendirilmesi değil, failin sıfatıdır: Sıfatlar ise cezalandırılmaz. Mükerrirlerin ahlaken zayıf oldukları ve bu nedenle cezalarının artırılması gerektiğine ilişkin iddia da yerinde değildir. İkinci kez suç işleyen bir kişinin, ilk kez suç işleyen bir kişiye göre daha düşük bir ahlakın sahibi olduğu iddiası, ispatı zor hayali bir iddiadır²⁰.

e. Cezaların artırılması ancak haklı bir sebebe dayanılarak yapılabilir. Te-

16 Cezaların kanuniliği ilkesi için bkz. DÖNMEZER-ERMAN: C.I, s.361 vd. TOROSLU: s.37 vd.; DEMİRBAŞ, s.112 vd.; SOYASLAN: s.212 vd; SOYASLAN, s.37 vd.; ÖZGENÇ: s.92 vd.

17 EREM, Faruk/ DANIŞMAN, Ahmet/ ARTUK, M. Emin: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.620.

18 EREM: Tekerrürün Esası, s.1418; GÖKÇEN: 13.02.2008; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.604-605.

19 EREM: Tekerrürün Esası, s. 1419; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.620; GÖKÇEN: 13.02.2008.

20 EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.620; GÖKÇEN: 13.02.2008.

kerrürün meydana gelmesinde, birçok neden etkilidir. Ekonomik, sosyal, ahlaki vb. birçok etkenin birleşmesi ile meydana gelen mükerrirlik hali nedeniyle, failin cezasının artırılması haksızlıktır²¹. Bu halde mükerrire ceza verilmesi ile toplum, kendi kusurunun cezasını başkasına çektirmiş olmaktadır²².

f. Tekerrür nedeniyle cezanın ağırlaştırılmasının nedeni failin kişisel niteliğidir. Failin, İşlenen ikinci suçtaki niteliği göz önüne alındığında, cezanın ağırlaştırılması değil; mükerririn kişiliğine uygun bir güvenlik ve ıslah tedbirinin uygulanması gereklidir²³.

İlga teorisi çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bu eleştirilere kısaca değinirsek; bu görüşü savunanlara göre tekerrür itiyadı meydana getirmekte, bu da iradeyi zayıflattığından daha az ceza verilmesini gerektirmektedir. Faili önceki yaptıklarından ayrı tutarak değerlendirmek mümkün değildir. Yapılan her hareket, öncekilerden belirli izler taşır. İkinci suçun işlenmesinde de, ilk suçun etkileri vardır. İkinci suçu anlayabilmek için, ilk suçunda dikkate alınması gereklidir. Mükerrire bu nedenle daha az ceza verilmesi, haksız sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Bu durumun kabulü halinde, ilk suç işleyen kişiye çok, mükerrire ise daha az ceza vermek gerekecektir ki, bu durum adalet ve eşitlik kavramına aykırıdır.²⁴

Tekerrür nedeniyle cezanın artırılmasının tek sebebi daha önceden suç işlenmiş olması değildir. İkinci suçun işlenmesinde ilk suçta etkilidir. İkinci suçun değerlendirilmesinde, daha önceki mahkûmiyetlerin göz önüne alınması “non bis in idem” kuralına aykırılık teşkil etmez. Çünkü mükerrire ilk suçuna göre fazla ceza verilmesi, onun önceki suçlarının dikkate alınması değildir. Cezanın artırıl-

21 EREM; Tekerrürün Esası, s.1419; DÖNMEZER/ERMAN: C:II, s.137; GÖKÇEN: 13.02.2008.

22 DÖNMEZER/ERMAN: C:III, s.137; EREM: Tekerrürün Esası, s.1419; GÖKKOYUN, Uğur: Teori ve Uygulamada Tekerrür, İstanbul 1996, Yüksek Lisans Tezi, s.23; GÖKÇEN: 13.02.2008; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.604; YÜCEL, Mustafa Tören: “Mükerrirliğin Görünümü (Bilimsel Bir Yaklaşım Doğru)”, YD, 1976/1-4, s.56 vd.

23 GÖKKOYUN: s.22; GÖKÇEN: 13.02.2008; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.604.

24 TAŞKIN, Ozan Ercan: Tekerrür (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2002, s.14.

masının nedeni, halen devam eden mükerrirlik durumudur²⁵. Ceza artırılırken, daha önceden işlenen ve tekerrüre esas teşkil eden cezanın yerinde olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılmaz. Bu nedenle bir suçtan dolayı ancak bir defa ceza verileceği ilkesi ihlal edilmemektedir²⁶.

Tekerrür nedeniyle cezanın artırılması ile hukuk alanından çıkılıp, ahlak alanına girilmiş olunmamaktadır. Hukukun aynı kişiler tarafından sürekli olarak ihlali, hukuka olan güveni sarsar ve bir endişeye sebebiyet verir. Bu nedenle mükerririn suç işlemekteki direnişi, objektif olarak ikinci suçun daha ağır sayılması gerektirir. Bu halde faile yapılacak en uygun hukuki işlem, cezanın artırılmasıdır²⁷.

B. Tekerrürü Kabul Eden Teoriler

İlga teorisi karşısında, tekerrür nedeniyle cezanın artırılmasını kabul eden görüşler bulunmaktadır. Bu görüşü savunanlar arasında da fikir birliği mevcut değildir. Tekerrürün niteliği ve sonuca varma yolları açısından birbirlerinden ayrılırlar. Tekerrürü kabul eden teorileri, üç başlık altında toplamak mümkündür. Bunlar; cezanın yetersizliği teorisi (klasik okul yaklaşımı), suçun ağırlığı teorisi (neo-klasik okul yaklaşımı) ve sübjektif teorilerdir²⁸.

1. Cezanın Yetersizliği Teorisi (Klasik Okul Yaklaşımı)

Bu teorinin kurucusu Carrara'dır. Bu teoriye Carrara teorisi de denilmektedir²⁹. Teoriye göre, failin tekrar suç işlemesi ona ilk suç için uygulanan cezanın yetersiz geldiğinin bir göstergesidir. Bu nedenle ikinci suça daha fazla ceza verilmesi gereklidir. İkinci suçun işlenmesi ile failin, ilk suç nedeniyle ıslah olmadı-

25 EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.621; GÖKÇEN: 13.02.2008.

26 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.138; GÖKÇEN: 13.02.2008.

27 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.138; GÖKÇEN: 13.02.2008.

28 TAŞKIN: s.19; GÖKÇEN: 13.02.2008; DEMİRBAŞ: s.597.

29 EREM: Tekerrürün Esası, s.1421; DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.142; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.604.

ğı, suç işlemeye eğilimli olduğu da ortaya çıkmış olur³⁰.

Yasa koyucu tarafından belirli suçlara, belirli cezalar öngörülmüştür. Öngörülen cezanın, suçun işlenmesini engelleyeceği, suç işlendikten sonra cezanın tadılmasından sonra fail tarafından tekrar suç işlenmesinin önüne geçeceği varsayılır. Fail ilk suçun cezasını çektikten sonra yeniden suç işlemesi, önceki suçla ilişkin cezanın yeterli gelmediğini gösterir. İşlenen ikinci suç nedeniyle faile aynı cezanın verilmesi faydasızdır. Buna cezanın “maddi (fiziki) yetersizliği” denilir. Cezanın, suçlunun ıslahına yetmediği anlaşıldığından, artırılması gerekir³¹.

Suç için öngörülen cezanın, suçlunun ıslahını sağlayacağı öngörülür. Bu öngörü, vatandaşların suçların önleneyeği düşüncesi ile güven içerisinde yaşamasını sağlar. İşlenen suç nedeniyle toplumda meydana gelen kaygı ve güvensizlik duygusu, cezalandırılma ile ortadan kalkar. Daha önceden suç işleyen failin yeniden suç işlemesi, kaygıları yeniden ortaya çıkarır. Buna cezanın “manevi kuvvetinin yetersizliği” denilir. Tekerrür nedeniyle cezanın artırılmaması halinde, toplumda oluşan bu kaygı ortadan kaldırılamayacaktır³².

Tekerrür nedeniyle cezanın arttırılmasının nedeni, suçun tekrar işlenmesini önlemek yani suçlunun ıslah edilmesini sağlamak değildir. Cezanın artırılmasının amacı, suçla bozulmuş vatandaştaki güvenlik düşüncesinin tekrar sağlanmasıdır³³.

Cezanın yetersizliği teorisine göre, tekerrür cezayı ağırlaştırıcı bir neden değildir. Suçluların kişisel niteliklerini yasa karşısında aynı düzeye getiren bir nedendir³⁴.

Bu teoride çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Tekerrür nedeniyle cezanın artı-

30 TAŞKIN: s.19; GÖKÇEN: 13.02.2008; DEMİRBAŞ: s.597.

31 EREM: Tekerrürün Esası, s.1421; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.622, TAŞKIN: s.20; GÖKÇEN: 13.02.2008.

32 EREM: Tekerrürün Esası, s.1421-1423; GÖKÇEN: 13.02.2008.

33 EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.623; GÖKÇEN: 13.02.2008.

34 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.142; GÖKÇEN: 13.02.2008.

rılmasına dayanak teşkil eden, suçluda cezaya karşı hissizliğin olduğu varsayımı soyut bir ilkedir. Bunun doğruluğunu ispatlamak çok zordur. Mükerrirler tarafından birden çok suç işlenmesinin sebebi adli veya idari olmaktan çok sosyal nedenlere dayanmaktadır. Cezaya karşı duyarlı olmasına karşın bir kişi, çeşitli nedenlerle suç işlemek durumunda kalabilir³⁵.

Öngörülen cezanın amacı suçlunun ıslahı ise ve yeteri ceza verildiği takdirde failin yeniden suç işlemeyeceği varsayılıyorsa, ikinci cezada yapılacak artırma oranının önceden belirtilmesine ve belirli sınırlar dâhilinde öngörülmesine gerek yoktur. Çünkü bütün mükerrirler için yeterli gelebilecek bir ceza artırım oranının önceden belirlenmesi olanaksızdır³⁶.

2. Suçun Ağırlığı Teorileri (Neo Klasik Okul Yaklaşımı)

Bu konuda ileri sürülen teorilerin hepsinin ortak noktası, mükerrirlerin işlediği suç, ilk defa suç işleyen kimsenin fiiline göre daha ağır saymalarıdır. Bundan dolayı da, daha ağır olan suç nedeniyle, mükerrire verilecek cezanın artırılması gerekecektir. Bu görüş sahipleri cezanın artırılmasını ceza teorisine ilişkin sebeplerle değil, suç teorisine ilişkin esaslarla izah etmişlerdir³⁷.

Bu konuda ileri sürülen çeşitli teoriler vardır. Bu teoriler; sorumluluğun ağırlığı teorisi, sosyal endişe teorisi, kusurluluğun ağırlığı teorisi, önceki mahkûmiyet nedeni ile ağırlaştırma teorisidir. İleri sürülen teorileri ve eleştirileri ana hatları ile incelemeye çalışacağız.

Sorumluluğun ağırlığı teorisini savunan yazarlara göre, her suç, korunan iki menfaati ihlal eder niteliktedir. İhlal edilen birinci menfaat ceza normunun kendisidir, ikincisi ise hukuk dokunulmazlığından ibaret olan “genel menfaat”in

35 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.142; EREM: Tekerrürün Esası, s.1424.

36 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.141-143; EREM: Tekerrürün Esası, s.1425.

37 EREM: Tekerrürün Esası, s.1422.

ihlali ve tehlikeye sokulmasıdır. İlk suç işleyen kişinin fiilinde, ikinci menfaatin birincisinden ayrılması zordur. Tekerrür halinde, mükerririn bu konudaki iradesi daha belirginleşmiş ve failin ısrarı ortaya çıkmıştır. Hukuk düzenini ve buna ilişkin genel güveni korumakla görevli olan devletin bu durumda, daha ağır bir suç haline gelen mükerririn ikinci fiiline, daha ağır ceza vermelidir. Bu nedenle teker-rür, kişisel bir ağırlatıcı sebeptir³⁸. Bu görüş, sosyal endişe kavramının açık ol-maması, bir karineye bağlanmış olması, belirsiz bir kavramının hukuk düzeninin ihlalinin ölçüsü olamayacağı hususları belirtilerek eleştirilmiştir³⁹.

Sosyal endişe teorisini savunan yazarlara göre suçun tabii ve sosyal ağırlığı olmak üzere iki tür ağırlığı bulunmaktadır. Failin bazı sıfatları, örneğin mükerrir olması, suçun toplumsal (siyasal) ağırlığını artırmaktadır. Bu halde toplumda daha büyük bir sosyal endişe doğar. Bundan dolayı daha fazla ceza vermek gere-kir. Mükerririn işlediği suçun doğurduğu sosyal zarar, ilk defa suç işleyen kimse-ninkine göre daha fazladır. Bu nedenlerle tekerrür, failin sorumluluğunu artıran bir sebeptir⁴⁰.

Kusurluluğun ağırlığı teorisini savunan yazarlara göre, kusurluluğun tespiti-nde failin son fiili değil, bütün geçmişi göz önüne alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Mükerrirlerin kusurluluğu, ilk defa suç işleyenlere göre fazladır. Eğer işlenen fiil ile fail arasında bu şekilde orantılı bir bağlantı kurulmazsa, veri-lecek ceza işlenen suçun karşılığı olmaktan çıkar. Daha ağır kusurla suç işleyen mükerririn cezasının artırılması gerekir⁴¹. Bu teori; önceki ve sonraki suçun so-nuçları itibariyle herhangi bir farklarının bulunmadığı, mükerririn eyleminde farklı bir kusur çeşidinin bulunmadığı, aksi durumun kabulünün pozitif hukuka

38 EREM: Tekerrürün Esası, s.1423.

39 EREM: Tekerrürün Esası, s.1425-1426.

40 EREM: Tekerrürün Esası, s.1423-1424.

41 EREM: Tekerrürün Esası, s.1428; DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.145; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.625-626.

aykırı olduğu şeklinde eleştirilmiştir⁴².

Önceki mahkûmiyet nedeni ile ağırlaştırma teorisini savunan yazarlara göre; daha önceki işlediği suç nedeniyle mahkûm olan kimse, yeniden suç işlemekle, sadece belirli bir hukuk kuralını ihlal etmekle kalmaz, aynı zamanda öncesi mahkûmiyet nedeniyle kendisine yapılan ihtaraya uymadığını da göstermiş olur. Mahkûmiyet hükmünden beklenen ıslah etme işlevinin yerine gelmemiş olduğu görüldüğünden, mükerrire daha ağır bir ceza verilmelidir⁴³.

3. Sübjektif Teoriler

Tekerrürü sübjektif açıdan izah eden teorilere göre, tekerrür halinde suçun ağırlığına etki eden bir neden yoktur. Mükerririn cezasının artırılmasının sebebi, daha tehlikeli olması ve bir takım özel nitelikler taşımasıdır. İlk defa suç işleyeninki ile mükerririn fiili arasında herhangi bir fark yoktur. Mükerririn cezasının artırılmasının sebebi, kendisinden kaynaklanan nedenlere dayanmaktadır⁴⁴.

C. Türk Ceza Kanunu'nun Kabul Ettiği Teori

Yeni Türk Ceza Kanunu'nda, Eski TCK'nın kabul ettiği sistemden farklı bir sistem belirlenmiştir. Yeni sistemde, tekrar suç işleyen kişinin yani mükerririn cezası, Eski TCK sisteminden farklı olarak artırılmamakta, seçenekli olarak belirtilen yaptırımlardan hapis cezası tercih edilmekte, koşullu salıverilme şartları değiştirilmekte ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaktadır (TCK m.58).

Yeni TCK, tekerrür nedeniyle cezanın artırılmamasını öngören ilga sistemini kabul etmiş ve bunu TCK'nın 58. maddesinin gerekçesinde "tekerrür dolayı-

42 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.146.

43 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.146.

44 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.131; EREM: Tekerrürün Esası, s.1429; YAŞAR, Yusuf: "Tekerrürün Çeşitleri- TCK Sistemi", <http://www.e-akademi.org/ara.asp?aranacak=tekerrur%FCr+%E7e%FEitleri&kriter=sitede> (15.05.2008).

sıyla kişinin cezasında artırma yapan sistemden vazgeçilmiştir” şeklinde belirtmiştir. Mevcut düzenleme karşısında Yeni TCK tekerrürün hukuki niteliğini değiştirerek, kurumu güvenlik tedbiri olarak düzenlemiştir⁴⁵. Tekerrür, Yeni TCK’da güvenlik tedbirleri içerisinde ele alındığından, mükerririn cezasının artırılması yerine, infaz biçiminin değiştirilmesi tercih edilmiştir. Tekerrür halinde olan suçluların, tehlikeliliklerinin ortadan kaldırılması gereği doğrultusunda yasa koyucu, özel bir infaz rejimi (5275 sayılı Kanun’un 108. maddesi) öngörmüştür⁴⁶.

III. TEKERRÜR SEBEBİYLE UYGULANAN MÜEYYİDEYE İLİŞKİN SİSTEMLER

A. Cezanın Ağırlığı Sistemi

Bazı ceza kanunları tekerrür halinde hâkime, sadece cezayı ağırlaştırma imkânı tanırlar. Bunun yanında başka bir yaptırım uygulanmasına yer vermezler. Yasal mevzuat içerisinde tekerrürün cezası bakımından, mükerrirler arasında bir gruplandırma yapılarak, gruplar arasında ağırlaşacak ceza farklılık gösterebilir.

Cezanın artırılması konusunda hâkime takdir hakkı tanınmayarak belirli bir oran belirlenebileceği gibi, cezanın aşağı ve yukarı sınırları arasında bir artırım sistemi de kabul edilebilir⁴⁷.

B. Cezanın Ağırlaşması Ve Emniyet Tedbiri Uygulanması,

Bazı ceza kanunları tekerrür halinde cezanın artırılmasını kabul etmekte, bununla birlikte ve yanında emniyet (güvenlik) tedbirlerinin uygulanmasını da hükme bağlamışlardır.

45 ÖZBEK: s.609-610; ÖZGENÇ: s.629; ŞEN, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.1, İstanbul 2006, s. 187; YURTCAN, Erdener: Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, 2. B., İstanbul 2006, s. 121; BAKICI: s.1322.

46 SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3. B., Ankara 2005, s.514.

47 765 sayılı TCK’nın 81 ve 82. maddelerinde tekerrür halinde cezanın belirli oranlar arasında artırımı sistemi kabul edilmiştir.

C. Nisbi Süresi Belli Olmayan Hüküm

Bu sistemi benimseyen ceza kanunlarında mükerrirlerin, uslanacağı veya tehlike halinin sona ereceği ana kadar, aşağı ve yukarı sınırları belirlenmiş süreler içerisinde, gözaltında bulundurulacakları kararlaştırılmıştır.

IV. TEKERRÜRÜN ÇEŞİTLERİ

A. Özel Tekerrür- Genel Tekerrür

Tekerrür hükümlerinin uygulanması için, önceki suçla, sonradan işlenen suç arasında ayniyet veya benzerlik aramayan sisteme genel tekerrür, arayan sisteme ise özel tekerrür denir⁴⁸.

Özel tekerrür sistemi taraftarlarına göre, cezanın artırılmasının sebebi önceki cezanın yetersizliğidir. Önceki suç ile sonraki arasında ayniyet veya benzerlik bulunmaması halinde cezanın yetersizliğinden bahsedilemez. Tekerrür nedeniyle cezanın artırılmasının sebebi, suç inat ve itiyadını önlemektir. Suçta itiyat benzer suçlar arasında olabilir. Aynı suç işlememesi halinde suçlu, önceki suç işlemek hususundaki eğiliminden kurtulduğunu açığa vurmuş olur. Failin aynı veya benzer suç işlemesi ve bunu itiyat haline getirdiğinin ortaya çıkması durumunda, ceza artırımına gidilmesi mümkündür⁴⁹.

Genel tekerrür sistemini savunanlara göre, tekerrür nedeniyle cezanın artırılmasının sebebi, edinilen kötü alışkanlıktan, itiyattan ziyade, mükerririn cezanın doğurduğu ıstıraba karşı olan duygusuzluğudur. Bundan dolayı, cezanın tekerrür nedeniyle artırılması için mükerririn daha önceden belirli bir suçtan dolayı mahkûm edilmiş olmasının bir önemi yoktur. Burada aranan itiyat, belirli bir fiili

48 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.132; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.604; DEMİRBAŞ: s.597; YAŞAR: 15.5.2008; ÖZTÜRK/ERDEM. s.335; TEKİN, Nuh: "Tekerrür", AD, 1986/1, s.48.

49 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.132; Özel tekerrür nedeniyle cezanın ağırlaştırılacağını kabul eden kanunların başında Hollanda Ceza Kanunu (m.421) gelmektedir. Bunun yanında İzlanda Ceza Kanunu'nun 71. maddesi, Danimarka Ceza Kanunu'nun 81. maddesi, Norveç Ceza Kanunu'nun 61. maddesi, Polonya Ceza Kanunu'nun 60. maddelerinde de özel tekerrür benimsenmiştir, YAŞAR: 15.5.2008.

tekrarlamak şeklinde değil, yasayı ihlal şeklinde ortaya çıkar⁵⁰.

Genel ve özel tekerrürü savunan yazarların yanında, karma sistemi savunanlar da vardır. Buna göre, daha önceden işlediği suç nedeniyle mahkûm olduktan sonra yeniden suç işleyen kimse mükerrir sayılmalı ve cezası artırılmalıdır. Ancak önceki suç ile sonraki arasında aynıyet veya benzerlik varsa mükerririn cezası diğerlerine nazaran fazla artırılmalıdır⁵¹. Ancak özel tekerrür nedeniyle cezanın daha fazla artırılması ve miktarının ceza yasalarında yer almasının doğru olmadığı, bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

765 sayılı TCK'nun tekerrürü düzenleyen 81. maddesinde genel ve özel tekerrür sistemini kabul eden hükümlere yer verilmesine karşın, 5237 sayılı TCK'nın tekerrürü düzenleyen 58. maddesinde özel tekerrür sistemine yer verilmemiştir. 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde sadece genel tekerrür kabul edilmiştir.

B. Gerçek Tekerrür-Varsayılan Tekerrür

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi açısından önceki cezanın kesinleşmesinin yanında, infaz edilmesini de şart koşan sisteme gerçek tekerrür denilirken; önceki cezanın kesinleşmesinin yeterli olduğunu, bunun infaz edilmesinin şart olmadığını savunan sisteme ise varsayılan (mefruz) tekerrür adı verilir⁵².

Gerçek tekerrür sistemini savunan yazarlara göre, kesin bir mahkûmiyetten sonra ancak infazdan önce yeniden suç işleyen bir kimse, sadece yasayı hiçe saydığını ortaya koymuş olur. Bu durum tek başına ikinci suç nedeniyle verilecek cezanın artırılmasını haklı göstermez. Daha önceden işlediği suç nedeniyle verilen

50 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.133; ; Belçika Ceza Kanunu'nun 54-57. maddeleri, Fin Ceza Kanunu, Yunan Ceza Kanunu'nun 88 ile 89. maddeleri, Lüksemburg Ceza Kanunu'nun 54 ile 57. maddeleri, İsviçre Ceza Kanunu'nun 67. maddelerinde genel tekerrür sistemi benimsenmiştir, YAŞAR: 15.5.2008.

51 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.133; YAŞAR: 15.5.2008; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.605; Mülga 765 sayılı TCK'da yer alan ve 81 ile 82. maddelerinde düzenlenen tekerrür sisteminde karma sistem benimsenmiştir.

52 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.129; DEMİRBAŞ: s.597; YAŞAR: 15.5.2008; ÖZTÜRK/ERDEM: s.334;

cezası infaz edilmiş olsa idi, failin farklı davranma olasılığı daima vardır. Mükerrire verilen cezanın etkin olup olmadığı belirsizdir. Bu olasılık nedeniyle, mükerrirlerin cezasının artırılabilmesi için, önceki mahkûmiyetin infaz edilmiş olması zorunludur⁵³. Cezanın infaz edilmesi ile amaçlanan şey suçlunun ıslah edilmesi, uslanmasıdır. Cezanın infazına rağmen suç işleyen kimse yasayı, yargıcı ve cezayı hiçe saymış olur⁵⁴. Cezanın verilmesi ile kişinin uslanacağı sadece bir varsayımdır. Mükerririn ahlaki yönden kötülüğünden bahsedebilmek için ilk suçun cezasının infazından sonra yeni bir suç işlenmesi gerekir⁵⁵.

Varsayılan tekerrür sistemini savunanlara göre ise ilk mahkûmiyetin kesinleşmiş olması yeterlidir. Cezanın infazı zorunlu değildir⁵⁶. Tekerrürü 'suçun ağırlığı teorisi' ile açıklayan ceza hukukçuları, cezanın çekilmiş olması şartını aramazlar. Çünkü hareket noktaları cezanın yetersizliği değildir. Verilen ceza nedeniyle suçlunun ıslah olması, yasa koyucu tarafından sadece umut edilir. Tekerrür nedeniyle ceza artırımını, önceki cezanın yetersizliğine dayandırmak için, işlenen önceki ve sonraki suçların aynı türden olmasını şart koşmak gerekir⁵⁷. Ayrıca daha önceki cezanın çekilmesinin şart koşulması, cezanın infazından kaçarak daha tehlikeli bir hal gösteren kişiyi ödüllendirmek olur. Beraber suç işleyen şeriklerden her biri aynı cezaya mahkûm olduktan sonra, biri cezasını çekmesine rağmen diğeri kaçmaya devam etse ve her ikisi de daha sonradan suç işleyerek mükerrir sayılırsalar, cezasını infaz eden mükerririn cezası tekerrür nedeniyle artırılabakken, infazdan kaçan failin cezası artırılamayacaktır⁵⁸. Bu durum kişilerin

53 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.130; TAN, Hadi: "Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Cezanın Çekilmiş Olması Şarttır", AD 1945/3, s.339; BAYRAMOĞLU, Reşad: "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart mıdır Değil mi-dir?", AD, 1944/12, s.1003 vd.

54 TAN:, s.339.

55 EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.632-633.

56 EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.633; EREM, Faruk: "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir", Adalet Dergisi, 1945/5, s.464,

57 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.130.

58 KUNTER, Nurullah: "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir", AD, 1945/1, s.13-14; DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.131.

sisteme olan güvenlerini sarsan, adaletsiz uygulamalara sebebiyet verecektir. Ayrıca kişinin mahkûm olduğu para cezasının, idarenin yavaşlığı ve beceriksizliği nedeniyle tahsil edilememesi halinde, idarenin kusurundan dolayı kişinin mükerrir sayılması mümkün olmamalıdır⁵⁹.

765 sayılı TCK sistematığında gerçek veya varsayılan tekerrür sistemlerinden hangisinin benimsendiği hususu “cezasını çektiği veya cezanın düştüğü” ibarelerinden yola çıkarak, tartışılmıştır. Yargıtay uygulamalarında gerçek tekerrür sisteminin geçerli olduğunu kabul ederek, tekerrür için cezanın infazının gerektiğini kabul etmiştir⁶⁰.

5237 sayılı TCK’nın 58. maddesinde yapılan düzenleme, tekerrür uygulaması açısından önceki mahkûmiyetin infazının gerekli olup olmadığı hususunda 765 sayılı TCK döneminde yapılan tartışmaları bitirecek netlikte açtır. 5237 sayılı TCK’nın 58/1. maddesinde; “tekerrür hükümlerinin uygulanması için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez” denilmiştir. 5237 sayılı TCK’nın, açık olan bu düzenleme karşısında, varsayılan tekerrür sistemi kabul edilmiştir. Ancak TCK’nın 58/2. maddesinde belirtilen ve tekerrür uygulamasının yapılabileceği süreyi gösteren üç ve beş yıllık sürelerin başlaması için, önceki mahkûmiyet nedeniyle verilen cezanın infazının gerekli olduğu belirtilerek, bu açıdan varsayılan tekerrür sistemi benimsenmiştir. 5237 sayılı TCK da yer alan düzenleme incelendiğinde, karma bir sistemin kabul edildiği söylenebilir.

C. Süreli Tekerrür-Süresiz Tekerrür

Cezanın infazından sonra, tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için belirli bir süre içerisinde ikinci suçun işlenmesini arayan sisteme “süreli tekerrür”,

59 KUNTER: s.15.

60 8. CD., 9.11.1989, 7949/9174: “...saniğin önceki mahkûmiyeti suçun işlendiği tarihten sonra infaz edildiği ve tekerrüre esas alınamayacağı gözetilmeden, tekerrürden dolayı artırma yapılması bozmayı gerektirmiştir” (YAŞAR: 15.05.2008).

herhangi bir süre öngörmeyen sisteme ise “süresiz tekerrür” adı verilir⁶¹.

Sürelî tekerrür sistemini savunanlara göre, birinci suçtan dolayı verilen cezanın etkisi süresiz değildir. Zaman geçmesi ile ceza etkisini kaybeder. Belirli bir süre sonra işlenen suç ile ilk mahkûmiyet arasında bağlantı kurulması mümkün değildir. Ceza zamanasını ve dava zamanasını ile tekerrür için süre belirlenmesinin nedenleri aynıdır⁶².

Süresiz tekerrür sistemini savunan yazarlara göre, belirli bir zamanın geçmesi ile işlenen suç ve sonuçları ortadan kalkmaz. Süre belirlenmesi keyfidir. Belirli bir sürenin geçmesi sonuca etkili olmamalıdır. Failin önceki mahkûmiyet nedeniyle uslanmadığı, işlenen yeni suç ile ortaya çıkmış olacaktır. Çekilen ceza hiçbir zaman unutulmamalıdır. Yeniden suç işleyen bir kimse, suç işleme eğiliminin kaybolmadığını ortaya koymuş olur. Zamanasını ile tekerrür için belirlenen sürelerin amaçları farklıdır. Zamanasını ile zayıflayan ve önemini kaybeden somut olaylardır. Mükerrirlik ise psikolojik bir durumdur. Bir cezayı çeken kişi, ömür boyunca bunu hatırlayarak suçtan uzak durmalıdır⁶³.

765 sayılı TCK'nın 81 ve devamı maddelerinde olduğu gibi, 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi düzenlemesinde de, süreli tekerrür sistemini kabul edildiği açıktır⁶⁴. Her iki kanun arasında, belirlenen sürelerin uzunluğu ve sürelerin başlangıç noktaları açısından farklılık bulunmaktadır. 5237 sayılı TCK sistemi genel itibarıyla varsayılan tekerrür sistemini benimsemekle birlikte, tekerrürün uygulanabilmesi için belirlenen sürelerin başlangıç tarihi olarak, önceki mahkûmiyetin infaz edilmiş olmasını hükme bağlamıştır (5237 sayılı TCK m.58/2). Diğer bir anlatımla, önceden mahkûm olduğu cezayı infaz etmeyen kişi, hangi tarihte suç

61 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.134; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.606; DEMİRBAŞ: s.597; YAŞAR: 15.5.2008; ÖZTÜRK/ERDEM: s.335.

62 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.134; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.642.

63 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.135; EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.643.

64 TOROSLU: s.366.

işlemiş olursa olsun hakkında tekrerrür hükümleri uygulanacaktır. Cezasını infaz etmeyen kişi açısından, 5237 sayılı TCK'nın süresiz tekrerrür sistemini kabul ettiği söylenebilir. Kanaatimizce buradaki süresizlik ceza zamanaşımı süresinin dolmasına kadar olmalıdır. Ceza zamanaşımı süresi dolduktan sonra, 5237 sayılı TCK'nın 58/2. maddesinde belirlenen süreler de geçtikten sonra, ceza zamanaşımına uğrayan mahkûmiyet tekrerrüre esas olmamalıdır.

D. Ulusal (Milli) Tekerrür-Uluslararası Tekerrür

Tekerrür uygulamasında sadece ulusal yargı makamları tarafından verilen mahkûmiyetlerin esas alınması gerektiğini kabul eden sisteme “ulusal tekrerrür”, önceki mahkûmiyetin ulusal veya uluslararası mahkemeler tarafından verilmiş olması arasında fark görmeyerek, her ikisini de tekrerrüre esas kabul eden sisteme ise “uluslararası tekrerrür” denilir⁶⁵.

Ulusal tekrerrürü savunanlar, “egemenlik” kavramı üzerine görüşlerini oturarak, başka ülkelerin yasalarından hareketle tekrerrür hükümlerinin uygulanmasını egemenliğe aykırı görürken; uluslararası tekrerrür sistemini kabul edenler ise “değer” kavramını temel alarak, mükerririn tehlikeli halinin ülkeden ülkeye değişmeyeceğini, başka ülkelerde işlenen suçlarında göz önünde bulundurulmasının gerekliliğini vurgularlar⁶⁶.

765 sayılı TCK'nın 87/4. maddesinde yabancı mahkemelerce verilmiş mahkûmiyet hükümlerinin, Türkiye’de işlenen yeni suçlar bakımından tekrerrüre esas teşkil etmeyeceğini hükme bağlamıştır. Ancak aynı maddede, kabul edilen milli tekrerrür sistemine bir kısım istisnalar getirilmişti.

5237 sayılı TCK’da da milli tekrerrür sistemi benimsenmiştir. TCK’nın 58/4. fıkrasında açıkça benimsenen bu sisteme, yine aynı maddede bir kısım suç-

65 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.136; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.606; DEMİRBAŞ: s.597; YAŞAR: 15.5.2008; ÖZTÜRK/ERDEM: s.335.

66 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.136; YAŞAR: 15.05.2008.

lar açısından istisnalar getirilmiştir. Buna göre; kasten adam öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik suçlarına ilişkin yabancı ülke mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararları Türkiye’de yeniden işlenen suçlar bakımından tekerrüre esas teşkil edecektir. Mevcut düzenleme ile mülga 765 sayılı TCK hükümleri arasında hemen hemen fark bulunmamakla birlikte, önceki düzenlemeden farklı olarak milli tekerrüre getirilen istisnalara kasten adam öldürme, kasten yaralama, yağma ve dolandırıcılık suçları eklenmiştir⁶⁷.

E. Zorunlu Tekerrür-Takdiri Tekerrür

Tekerrürün en önemli sonuçlarından olan cezanın artırılmasının, gerekli olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir kısım yazarlara göre, tekerrürün şartları olduğu takdirde mükerririn cezasının artırılması zorunlu olmalıdır. Karşıt görüşte olan yazarlar ise, tekerrürün şartları olduğu takdirde, cezanın zorunlu olarak artırılmamasını, hâkimin faili mükerrir sayıp saymama hususunda takdir yetkisinin olduğunu savunmaktadır⁶⁸.

765 sayılı TCK uygulamasında zorunlu tekerrür sistemi benimsenmişti. Hâkimin faili, mükerrir sayıp saymama konusunda takdir hakkı bulunmamakta; şartları oluştuğunda hâkimin, belirlenen tekerrürün özelliğine göre, ikinci suçun cezasını belirli oranlarda artırılması zorunlu idi (765 sayılı TCK’nın 81. 82. maddeleri).

5237 sayılı TCK’da da zorunlu tekerrür sistemi benimsenmiştir. Şartları oluştuğunda, hâkim mükerrir olan faile, işlediği ikinci suçun cezasını mükerrirlere özgü infaz rejimine tabi olarak çekmesine, cezanın infazından sonra başlamak üzere denetimli serbestlik tedbirine ve ikinci suç için öngörülen yaptırım seçimli bir ceza öngörüyorsa, hapis cezasının seçilmesine karar vermek zorundadır. 5237

67 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda V, B, 2, c.

68 EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.653.

sayılı TCK'nın 58/3 ve 58/6. maddelerinin ifadeleri emredici nitelikte olup, hâkimin bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır.

Burada gözden kaçırılmaması gereken bir husus vardır. Tekerrürün şartlarının oluşup oluşmadığını değerlendirmek hâkimin takdirindedir. Tekerrürün şartları oluştuğu takdirde failin mükerrir olduğuna karar verme yetkisi de hâkimindir. Hâkimin mahkûmiyet kararında, şartları oluşmasına rağmen fail hakkında, TCK'nın 58/6 ve 7 madde ve fıkralarına göre mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar vermediği takdirde, fail hakkında 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddesi uygulama alanı bulamayacaktır. Hâkimin bu şekilde hüküm kurmaması takdir hakkına dayanmamakta, hâkim tarafından yanılarak eksik hüküm kurulmaktadır.

F. Türk Ceza Kanunu'nun Kabul Ettiği Sistem

Türk Ceza Kanunu'nun 58. maddesindeki düzenlemeyi inceleyerek, hangi sistemin kabul edildiği belirlenebilir. TCK, tekerrür uygulaması açısından önce işlenen suç ile sonraki arasında herhangi bir benzerlik veya aynılık aramadığından genel tekerrür sistemini (TCK 58/1, c.1); tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için önceki mahkûmiyetin infaz edilmesini aramaması nedeniyle varsayılan tekerrür sistemini (TCK m.58/1, c.2); belirli bir süre geçtikten sonra tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını hükme bağladığından süreli tekerrür sistemini (TCK m.58/2-a-b); istisnai bazı suçlar haricinde sadece Türkiye Cumhuriyeti sınırları içerisinde işlenen suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanacağını belirterek ulusal tekerrür sistemini (TCK m.58/4,c.2); şartları oluştuğu takdirde mahkemenin faile mükerrirlik sıfatını vererek, buna ilişkin gerekli tedbirleri uygulamakla yükümlü olması nedeniyle zorunlu tekerrür sistemini benimsemiş olduğu söylebilir.

Türk Ceza Kanunu, yukarıda anlatılanlar çerçevesinde genel, varsayılan, süreli, ulusal ve zorunlu tekerrür sistemini kabul ettiği tespitinde bulunulabilir.

V. TEKERRÜRÜN KOŞULLARI

765 sayılı TCK'nın tekerrürü düzenleyen 81 vd. maddelerindeki anlatım nedeniyle, genel ve özel tekerrür şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktaydı. Tekerrürün şartları da yapılan ayırma göre farklılık göstermekteydi⁶⁹. 5237 sayılı TCK'nın tekerrürü düzenleyen 58. maddesinde, bu şekilde bir ayırma olarak verecek bir düzenleme bulunmamaktadır.

Tekerrüre ilişkin şartların ne olduğuna ilişkin düzenleme 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin 1'inci ve 2'inci fıkralarında "Önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi hâlinde, tekerrür hükümleri uygulanır. Bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez./Tekerrür hükümleri, önceden işlenen suçtan dolayı; a) Beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren beş yıl, b) Beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adlî para cezasına mahkûmiyet hâlinde, bu cezanın infaz edildiği tarihten itibaren üç yıl, Geçtikten sonra işlenen suçlar dolayısıyla uygulanmaz" şeklinde ifade edilmiştir.

Söz konusu hüküm incelendiğinde tekerrürün uygulanabilmesi için önceden işlenen suçtan dolayı verilen hükmün kesinleşmiş olması (mahkûmiyet şartı), failin önceki hükmün kesinleşmesinden sonra ikinci bir suç işlemesi (yeni bir suçun işlenmesi şartı), işlenen ikinci suçun belirli bir süre içerisinde işlenmiş olması (süre şartı) gereklidir. Aşağıda bu şartlar ayrıntılı olarak ele alınmaya çalışılacaktır.

Tekerrürün şartların incelenmesi sırasında Yeni TCK'nın sistematigi göz önüne alınarak anlatım yapılacak, gerektiğinde Eski TCK'nın tekerrüre ilişkin düzenlemesindeki farklılıklara değinilecektir.

69 TOROSLU: s.364 vd.

A. DAHA ÖNCE MAHKÛM OLMA ŞARTI

1. Genel Olarak

Tekerrürden söz edilebilmesi için, failin daha önceden işlediği bir suç nedeniyle verilmiş bir cezasının olması gerekir. Ancak sadece cezanın verilmiş olması tek başına yeterli değildir, verilen cezanın kesinleşmiş bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde tekerrür hükümlerinin uygulanması olanaklı değildir⁷⁰. Kesin hüküm şartı aranmamış olsaydı, tekerrürden değil suçların içtimandan bahsedilecekti. Suçların içtimanda ise temel kural, bütün suçlara ilişkin yargılamanın halen devam ediyor olmasıdır. Yargılamanın herhangi bir aşamasında, failin işlediği ikinci ve daha sonraki suçlar tekerrür kapsamında değerlendirilemez⁷¹.

2. Mahkumiyette bulunması gereken nitelikler

a. Ceza Mahkumiyeti Olmalı

TCK'nın 58/1. maddesinde yer alan "önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm" cümlesinde yer alan "hüküm" düzenlemesinden kastedilen ceza mahkumiyetidir⁷². Cezai nitelikte olmayan mahkumiyetler bu kapsamda değerlendirilemezler⁷³. Cezai mahkumiyet, özgürlüğü bağlayıcı cezaya ilişkin olabileceği gibi, para cezasına veya her ikisine ilişkin olabilir⁷⁴.

Cezai mahiyet niteliğinde olmayan özel hukuka ilişkin mahkumiyetler tekerreüre esas olmaz. Örneğin özel hukuk kapsamında verilen tazminata ilişkin

70 GÖKÇEN: 13.2.2008; HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku, Ankara 2006, 2.B., s.266.

71 TAŞKIN: s.62; Suçların içtimarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İÇEL, Kayıhan: Suçların İçtimarı, İstanbul 1972.

72 Bkz. CMK m.223/5.

73 TOROSLU: s.364; GÖKÇEN: 13.2.2008; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.607; BAKICI: s.1323; DEMİRBAŞ: s.600; ÖZBEK: s.610; ÖZGENÇ: s.630; ÖZTÜRK/ERDEM: s.338.

74 ÖZGENÇ: s.630; BAKICI: s.1323.

mahkûmiyetler, tekerrür açısından gözöntünde bulundurulamazlar⁷⁵.

Disiplin cezaları yapıları itibariyle idarî niteliktedirler. Söz konusu cezaların idari veya yargı makamları tarafından verilmiş olması arasında herhangi bir fark yoktur⁷⁶. Örneğin CMK'nın 203/3. maddesi uyarınca mahkeme veya hâkim tarafından verilen disiplin hapsine ilişkin kararlar tekerrüre esas alınmazlar.

Cezai nitelikte olmayıp, tedbir niteliğinde olan, örneğin TCK'nın 31/1-2, 32/1, 57/1 ve 191. maddeleri gereğince verilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kararlar, nitelikleri nedeniyle tekerrüre esas olmazlar⁷⁷.

Kısa süreli hapis cezasına⁷⁸ seçenek yaptırımların neler olabileceği TCK'nın 50/1. maddesinde düzenlenmiştir. Kısa süreli hapis cezalarına seçenek yaptırım olarak hâkim, adli para cezası ile birlikte diğer tedbirlere hükmedilebilecektir. TCK'nın 45/1. maddesi uyarınca adli para cezaları, tedbir niteliğinde olmayıp, suçlara uygulanan bir ceza türüdür. TCK'nın 50/5. maddesine göre "uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası veya tedbirdir". Nitelikleri itibariyle bir ceza olmayıp tedbir niteliğinde bulunan, TCK'nın 50/1. maddesinin a bendi hariç, diğer bentlerinde belirtilen tedbirlerden herhangi birisinin, seçenek yaptırım olarak belirlendiği durumlarda, sonuç ceza seçilen bu tedbirler olacağından ve ortada cezai anlamda bir mahkûmiyet bulunmadığından, tekerrüre esas alınmazlar⁷⁹. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus bulunmaktadır. TCK'nın 50/6. maddesinde belirtildiği

75 7. CD 1.12.1992, 5653/7030: "Tayin olunan cezanın tazmini para cezası niteliğinde olması nedeniyle TCK'nın 81. maddesi uyarınca tekerrür dolayısıyla artırım yapmanın mümkün olmadığı düşünülmemesi kanuna aykırıdır" (TAŞKIN: s.85).

76 EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.657; DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.159-160; EREM, Faruk: "Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki", AÜHF, C.II, 1945/2-3, s.201.

77 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.160; ÖZBEK: s.611; ÖZTÜRK/ERDEM: s.338.

78 TCK'nın 49/2. maddesi uyarınca bir yıl veya daha az süreli hapis cezalarının, kısa süreli hapis cezaları olduğu belirtilmiştir.

79 ÖZBEK: s.611; ÖZTÜRK/ERDEM: s.338; 2. CD 20.3.1974, 2014/2245: "Feri nitelikte olan meslek ve sanatın icrasının tatili cezasının yerine getirilmemiş olması tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel değildir" (EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.663).

üzere, seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilememesi halinde, hükmü veren mahkeme hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verebilecek ve verilen karar derhal infaz edilecektir. Bu durumda asıl mahkûmiyet seçenek yaptırım olarak öngörülen tedbir değil, mahkemece verilen hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına ilişkin karardır. Bu şekilde verilen kararlar cezai anlamda bir mahkûmiyet içerdiklerinden, tekrüre esas teşkil ederler.

b. Verilen Ceza Kesinleşmiş Olmalı

Ceza mahkûmiyetinin tekrüre esas olabilmesi için, kesinleşmiş olması gerekir. Beraat kararları, sebebine bakılmaksızın tekrüre esas olamazlar.⁸⁰ Tekerrür uygulamasının temel hareket noktası halen yargılanmakta olan kişinin daha önce bir ceza mahkûmiyetine uğramış olmasıdır. Önceki suçlara ilişkin hükümlerin kesinleşmemiş olması halinde, tekrürden değil suçların içtımaz söz konusu olur.

765 sayılı TCK düzenlemesinden farklı olarak, varsayılan tekrür sistemini benimseyen 5237 sayılı TCK'nın 58/1. maddesinde "önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra" şeklinde açık bir düzenlemeye yer verilerek, verilen hükmün kesinleşmesinin gerekliliği ortaya konulmuştur.

TCK'nın 58. maddesi verilen mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olmasını aradığından dolayı, mahkûmiyet kararı verilmekle birlikte, bu karar kesinleşmeden ikinci suçun işlenmesi durumunda tekrürden söz edilemez. Bundan dolayı, ikinci suç, örneğin temyiz incelemesi aşamasında iken dahi işlenmiş olsa, tekrür uygulamasına esas teşkil etmez.⁸¹

c. Kesinleşen Cezanın İnfazının Gerekli Olmaması

765 sayılı TCK döneminde, önceki mahkûmiyetin infazının gerekli olup

80 TOROSLU: s.364; GÖKÇEN: 13.2.2008; DEMİRBAŞ: s.600; ÖZBEK: s.611.

81 ÖZTÜRK/VERDEM: s.337; BAKICI: s.1322-1323.

olmaması hususunda uzun tartışmalar yapılmıştır. Bir kısım yazarlar, tekerrürün uygulanması için önceki cezanın çekilmesinin şart olduğunu belirtirken⁸²; bir kısım yazarlar ise tekerrür uygulaması için önceki cezanın kesinleşmiş olmasının yeterli olduğunu, infazının gerekli olmadığını savunmuşlardır.⁸³ Yargıtay birinci görüşü kabul ederek, önceki cezanın kesinleşmesinin yanında, infaz edilmesinin de gerekliliği doğrultusunda bir uygulama benimsenmiştir⁸⁴.

5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi, yapılan tüm tartışmaları bitirecek kadar açıktır. Maddede "bunun için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez" şeklinde bir düzenlemeye yer verilerek, konuya açıklık getirilmiştir. Tekerrür uygulamasında, önceki cezanın kesinleşmesi yeterli olup, infaz edilmesine gerek yoktur. Bunun nedeni, mahkûmiyet hükmünün infazından bilinçli olarak kaçan failin lehine haksız bir durum yaratılmak istenmemesidir.

Cezanın infaz edilmiş olup olmaması hususu, tekerrür oluşması açısından değil, tekerrür için belirlenen sürenin başlangıcı açısından önemlidir. TCK'nın 58/2. maddesinde tekerrürün uygulanabileceği sürenin üst sınırını gösteren üç ve beş yıllık sürelerin başlaması için, cezanın infazının gerekliliği hükme bağlanmıştır.

82 TAN, Hadi: "Yine Tekerrür Meselesi", AD, 1945/8; ARDALI, Çetin: "Müeccel Cezalarda İctima ve Tekerrür", AD, 1944/6; ARDALI, Çetin: "Tekerrürde Cezanın Çekilmesi Şart Değil mi?", AD, 1944/12; SİMAV, Şefik: "Türk Ceza Kanununda Tekerrür", AD, 1945/12; BAYRAMOĞLU, Reşat: "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart mıdır Değil midir?", AD, 1944/12; GÜNAY, Erhan: Cezada Tekerrür Uygulaması, Ankara 1996, s.29 vd.

83 EREM, Faruk: "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir", AD, 1944/10; EREM, Faruk: "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir II", AD, 1945/5; KUNTER, Nurullah: "Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir", AD, 1945/1.

84 CGK 19.4.2005, 4-30/43: "Önceki suçtan dolayı hükmedilmiş olan cezanın tamamen infaz edilmiş olması veya bu cezanın yasal nedenlerden biri ile düşmüş bulunması, infaz veya düşmeden itibaren belirli bir süre geçmeden yeni bir suçun işlenmesi gerekmektedir; 3. CD 24.2.2005, 7993/1729: "Sanık hakkında D... Sulh Ceza Mahkemesi tarafından 6831 sayılı yasa hükümleri gereğince 1998/80 E,1999/83 Karar sayılı mahkûmiyet hükmü bulunduğu, bu hükmün 6.3.2000 tarihinde infaz edildiği anlaşılmalı; suç tarihi itibarıyla bu cezanın tekerrüre esas teşkil ettiği, bu nedenle sanığa verilen cezanın TCK.81/2.maddesine göre artırılması gerektiği gözetilmeden tekerrür hükümlerinin uygulanmayarak sanığa eksik ceza tayin edilmesi" (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/>, 15.05.2008)

d. Ceza Mahkûmiyetinin Tekerrüre Esas Olmasını Engelleyen Haller

Ceza mahkûmiyetinin tekerrüre esas teşkil edebilmesi için mevcudiyetini koruması ve sonuçlarını doğurmaya devam etmesi gerekir. Ceza mahkûmiyetini ortadan kaldıran veya sonuçlarını etkisiz hale getiren durumlardan herhangi birinin varlığı halinde önceki ceza mahkûmiyeti, tekerrür uygulamasına esas teşkil edemeyecektir⁸⁵.

Genel af, ceza mahkûmiyetini bütün sonuçları ile ortadan kaldırır. Önceki cezanın tamamen veya kısmen infaz edilip edilmemesine bakılmaksızın, tekerrür uygulamasında göz önüne alınamayacaktır⁸⁶. Bu durum TCK'nın 65/1. maddesinde açıkça belirtilmiştir.

Özel af, genel aftan farklı olarak mahkûmiyeti tüm sonuçları ile ortadan kaldırmamakta, sadece cezayı kısmen veya tamamen değiştirmektedir (TCK m.65/2). Bu nedenle özel affa uğramış mahkûmiyetler, tekerrüre esas teşkil etmeye devam eder⁸⁷.

Şikâyete tabi suçlar hakkında yürütülen kovuşturmaların devamı, şikâyetin de devamına bağlıdır. Kovuşturmanın herhangi bir aşamasında şikâyetten vazgeçilmesi, davanın düşmesine sebebiyet verir (TCK m.73/4, CMK m.223/8). İstisnai hallerde şikâyetten vazgeçilmesi, kesinleşen cezanın infazını da engelleyebilmektedir. Kovuşturma aşamasında, hüküm verilmeden önce şikâyetten vazgeçilmesi durumunda, mahkûmiyet hükmü verilemediğinden ve düşme kararı verilmesi

85 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.162; TOROSLU: s.364-365; GÖKÇEN: 13.2.2008.

86 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.162; TOROSLU: s.365; BAKICI: s.1323; ÖZEK, Çetin: "Umumi Af", İHFM, 1959, S.1-4, s.122 vd.; DEMİRBAŞ: s.600; ÖZBEK: s.611; SOYASLAN: s.517.

87 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.162; TOROSLU: s.365; GÖKÇEN: 13.2.2008; DEMİRBAŞ: s.601; ÖZBEK: s.611; 1. CD 13.12.1962, 2596/3053: "Özel af, umumi afta olduğu gibi ceza mahkûmiyetini bütün neticeleriyle ortadan kaldırmayıp, mahkûmiyeti olduğu gibi bırakır. Ve ancak sözü edilen maddelerde olduğu gibi cezayı azaltır veya değiştirir veya kaldırır. Bu itibarla özel aflarda mahkûmiyet baki kaldığından 81. maddede yazılı süreler içinde tekrar suç işlendiğinde bu mahkûmiyetler tekerrüre esas tutulur ve tekerrür hükümlerinin uygulanmasında özel af kanununun uygulanmasından sonra geri kalan ceza değil uygulanmasından önce hükmedilmiş bulunan ceza miktarının nazara alınması gerekir" (GÖKÇEN: 13.2.2008).

gerektiğinden, ortada kesinleşen bir mahkûmiyet bulunmadığından, bu kararlar tekerrüre esas teşkil etmezler. Mahkûmiyetten sonra şikâyetin geri alınabileceğinin kabul edildiği hallerde,⁸⁸ mahkûmiyet ortadan kalkacağından, böyle bir mahkûmiyet artık tekerrüre esas teşkil etmeyecektir.⁸⁹

Mahkûmiyet kararı verildikten sonra, mahkûmiyete konu suçun, daha sonradan yapılan yasal değişikliklerle suç olmaktan çıkarılmış olması halinde, mahkûmiyet hükmü kendiliğinden ortadan kalkarak, tekerrüre esas olmaz vasfını yitirir (TCK'nın 7/1).

Dava zamanaşımının dolmuş olduğu kovuşturmalarda, mahkûmiyet kararı verilemeyeceğinden, tekerrüre esas teşkil edemezler. Dava zamanaşımının dolduğu gözden kaçırılarak, mahkemece kovuşturmaya devam edilerek verilmiş mahkûmiyet kararları, kesinleşmiş olsalar dahi, yoklukla malul olduklarından, tekerrüre esas teşkil etmezler.

Ceza zamanaşımına uğramış mahkûmiyetlerde ise, ceza düşmesine rağmen, mahkûmiyet hükmü varlığını koruduğundan, tekerrüre esas teşkil etmeye devam eder⁹⁰. Ceza zamanaşımına uğramış mahkûmiyetlerin, infazı mümkün olmadığından (TCK m.68), ceza infaz edilemeyecektir. Bu tür mahkûmiyetler nedeniyle, TCK'nın 58/2 de belirtilen üç ve beş yıllık sürelerin ne zaman başlayacağı hususunda yasada herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce bu halde, ortada infaz edilecek bir ceza kalmadığından, TCK'nın 58/2. maddesinde belirtilen üç ve beş yıllık süreler, ceza zamanaşımının dolduğu tarihten itibaren

88 3167 sayılı Yasa'nın 16/b maddesinin 3. fıkrasında yer alan "Hüküm kesinleşmesinden sonra şikâyetten vazgeçildiğinde de, hüküm bütün cezai sonuçları ile ortadan kalkar" ve 16/c maddesinin 4. fıkrasında yer alan "Hüküm kesinleştiikten sonra çek tutarı veya karşılıksız kalan kısmı ile çek tutarına veya karşılıksız kalan kısmına ait yüzde yirmi tazminatın ve çekin ibrazından ödeme tarihine kadar geçen süre içinde 16a maddesine göre hesaplanacak gecikme faizinin ödenmesi halinde bütün cezai sonuçları ile birlikte hüküm ortadan kalkar" şeklindeki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, karşılıksız çek suçlarına ilişkin verilen mahkûmiyetler, infaz aşamasında da olsa şikâyetten vazgeçildiğinde, tüm sonuçlarıyla ortadan kalkacak ve tekerrüre esas olmayacaklardır.

89 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.162; TOROSLU: s.365; DEMİRBAŞ: s.601; ÖZBEK: s.611; GÖKÇEN: 13.2.2008.

90 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.162; TOROSLU: s.365; GÖKÇEN: 13.2.2008; DEMİRBAŞ: s.601.

işlemeye başlayacaktır. Ceza zamaşımı süresinin dolduğu tarihten itibaren, belirlenen sürelerde suç işlenmemesi halinde, zamaşımına uğrayan mahkûmiyet tekrüre esas teşkil edemeyecektir. Aksi durumun kabulü hükümlü aleyhine bütün hayatı boyunca devam edecek sonuçlar meydana getirir ki, bu kabul TCK'nın 58/2. maddesinin düzenleme amacı ile bağdaşmaz.

Ön ödemeye tabi suçlar açısından, ön ödemenin kovuşturma aşamasında gerçekleşmiş olması halinde, kamu davası düşeceğinden ve ortada mahkûmiyet kararı bulunmadığından, tekrüre esas teşkil etmezler (TCK m.75, CMK m.223/8).⁹¹

765 sayılı TCK'nın seçenek yaptırım olarak cezanın ertelenmesi ile 5237 sayılı TCK'nın hükümleri arasında farklılık bulunmaktadır. Eski TCK döneminde verilen erteleme kararı ile mahkûmiyetin infazı şartlı olarak geri bırakılmakta, belirlenen süreler içerisinde herhangi bir suç işlenmez ise, ertelenen mahkûmiyet "esasen vaki olmamış" sayılacağından tekrüre esas teşkil etmemektedir. Yine Eski TCK döneminde verilen hapis ve para cezaları, belirli şartlar altında ertelemeye konu olabiliyordu. Yargıtay verdiği bir İçtihadı Birleştirme Kararında,⁹² cezanın ertelenmiş olmasının tekrür hükümlerinin uygulanmasına engel olduğunu belirtmiştir.

5237 sayılı TCK'nın ertelemeyi düzenleyen 51. maddesinde, sadece hapis cezasının ertelenebileceği, buna karşın adli para cezalarının ertelenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ertelenen iki yıl veya daha az süreli hapis cezası, belirlenen denetim süreleri içerisinde (TCK m.51/3) herhangi bir suç işlenmediğinde ve belirlenen yükümlülüklere uygun davranıldığında (TCK m.51/4) infaz edilmiş sayılacaktır (TCK m.51/8). Eski TCK'dan farklı olarak Yeni TCK düzenlemesinde, ertelenen hapis cezası, belirlenen sürenin geçmesiyle "esasen vaki olmamış" sayılmamakta, hapis cezası infaz edilmiş kabul edilmektedir. Erteli hapis cezasına

91 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.163; DEMİRBAŞ: s.601; ÖZBEK: s.611; BAKICI: s.1323; ÖZBEK: s.611.

92 İB.K. 20.5.1942, 31/14 (GÖKÇEN: 13.2.2008).

ilişkin mahkûmiyet, denetim süresi yükümlülüklerine uygun veya iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılacağından, bu tarihten itibaren TCK'nın 58/2. maddesinde belirtilen üç ve beş yıllık süreler işlemeye başlayacak ve bu süreler sonuna kadar tekerrüre esas teşkil etmeye devam edecektir.⁹³

Hukuk sistemimize, yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile giren ve Kanun'un 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu da, konumuz açısından özellik taşımaktadır. Belirli şartların gerçekleşmesi durumunda mahkeme, sanığın suçunu sabit göyerek kurduğu hükmün, açıklanmasını geriye bırakabilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının tanımını Kanun Koyucu; "kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder" (CMK m.231/5) şeklinde yapmıştır. Yapılan tanımdan da anlaşılacağı gibi, açıklanması ertelenen hüküm, sanık açısından herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Dolayısıyla ortada, açıklanan ve hukuki sonuç doğuran herhangi bir hüküm bulunmadığından, bu hükümler tekerrüre esas teşkil etmezler.

Mahkeme tarafından belirlenen beş yıllık denetim süresi içerisinde, yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilecektir (CMK m.231/8, 10). Bu şekilde verilen düşme kararları da, mahkûmiyet niteliğinde olmadıklarından, tekerrüre esas teşkil etmezler.

Hukuk sistemimize yine, CMK'nın 253 ve 254. maddeleri ile giren uzlaşmanın varlığı halinde de, soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verileceğinden ve herhangi bir mahkûmiyet meydana gelmeyeceğinden, tekerrüre engel bir durumdur.

93 6.CD. 05.07.2007, 2034/8341: "Sanığın tekerrür koşullarına uygun hükümlülükleri bulunduğu halde, 5237 sayılı Yasanın 58/6-7 maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, anılan hükümlülüklerin erteli olduğundan söz edilerek anılan hükmün uygulanmaması" (BAKICI: s.1357).

e. Tekerrüre Esas Olmayan Mahkûmiyetler

Yasa koyucu tarafından, bazı durumlarda, mahkûmiyet şartı gerçekleşse dahi, önceki suç ile sonraki suç arasında tekerrür hükümlerinin uygulanamayacağına hükme bağlamıştır.

aa. Onsekiz Yaşını Doldurmamış Kişiler Hakkında Verilen Mahkûmiyetler

TCK'nın 58/5. maddesinde yer alan "fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz" şeklindeki düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere, failin suçu işlediği tarihte onsekiz yaşından küçük olması halinde, alınan mahkûmiyet kararı tekerrüre esas teşkil etmeyecektir. Burada önemli olan suçun işlenme tarihidir. Suç işlendikten sonra, mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet hükmünün kurulduğu tarihte, failin onsekiz yaşını doldurmuş olması, bu durumu değiştirmeyecektir. Bu halde dahi, verilen mahkûmiyet, daha sonra işlenen suçlar açısından tekerrüre esas teşkil edemeyecektir.

bb. Disiplin Hapsini Gerektiren Mahkûmiyetler

Disiplin hapsinin tanımı CMK'nın Tanımlar başlıklı 2. maddesinin 1/1 fıkrasında: "Kısmî bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapis" şeklinde yapılmıştır.

Hangi suçlar hakkında disiplin hapsi yaptırımının uygulanacağı, kanun koyucu tarafından ilgili maddelerde belirtilmiştir. Kanunda açıklık bulunmayan durumlarda disiplin hapsi yaptırımının uygulanması mümkün değildir. Örneğin İcra İflas Kanunu'nun 337/1. maddesinde belirtildiği üzere, belirli süre içerisinde beyanda bulunmak üzere herhangi bir mazereti olmaksızın icra dairesine gelme-

yen veya yazılı beyanda bulunmayan borçlu, alacaklının şikâyeti üzerine, on gün disiplin hapsi ile cezalandırılır. Benzer bir düzenleme aynı Yasa'nın 339/1. maddesinde de yer almaktadır.

cc. Temyizi Mümkün Olmayan Mahkûmiyetler

Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve diğer ceza mevzuatında, mülga 1402 sayılı CMUK'un 305/son maddesine benzer şekilde, temyizi mümkün olmayan kararların tekerrüre esas teşkil etmeyeceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Dolayısıyla, ister verildiği anda kesinleşmiş olsun, isterse temyiz edilmesi nedeniyle, Yargıtay incelemesinden sonra kesinleşmiş olsun, TCK'nın 58/1. maddesindeki açık düzenleme karşısında, bu mahkûmiyetler de tekerrüre esas teşkil edeceklerdir.

1402 sayılı CMUK'nın 305/son maddesinde; "bu suretle verilen hükümler tekerrüre esas olmaz" şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı. "Bu suretle verilen hükümler"den kasıt, verildiği anda kesin olan, temyiz yolu kapalı olan, ikibin yıl ve altı para cezalarına ve diğer kanunlarda kesin olduğu belirtilen hükümlere ilişkin mahkûmiyetlerdir⁹⁴.

1402 sayılı CMUK, 5320 sayılı Yasa'nın 18/1-a maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak 5320 sayılı Yasa'nın 8/1. maddesinde yer alan "Bölge Adliye Mahkemelerinin, 26.9.2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazetede ilân edilecek göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar Ceza Muhakemesi Usulü Kanununun 322 nci maddesinin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları hariç olmak üzere, 305 ilâ 326 ncı

94 EREM/DANIŞMAN/ARTUK: s.666; TAŞKIN: S.106; CGK. 10.06.2003, 184/186: "Bu belirlemeler ışığında yargısal kararlarda, temyiz yasa yoluna tabi olmayan kararların tekerrüre esas alınmayacağı, dolayısıyla da ceza kararname ile verilen cezaların da tekerrüre esas olamayacağı kabul edilmiştir... yerel mahkemece sanık hakkında daha önce ceza karamamesi ile verilip infaz edilmiş cezanın tekerrüre esas alınması isabetsiz" (BAKICI: s.1337).

maddeleri uygulanır" şeklindeki açık düzenleme nedeniyle, CMUK'nın 305/son maddesi hâlâ yürürlüğünü devam ettirmektedir. Söz konusu madde Bölge Adliye Mahkemeleri'nin fiilen göreve başlayacakları tarihe kadar da, yürürlükte kalmaya devam edecektir. Halen yürürlükte bulunan bu düzenleme karşısında, temyizi mümkün olmayan bütün ceza mahkûmiyetleri, tekrüre esas olamayacaklardır.

Kanun yollarının kapalı olduğu, verildiği anda kesin olan kararların hangileri olduğu 5271 sayılı CMK'nın 272/3. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme CMUK'nın 305/1. maddesi ile paralellik göstermektedir. Buna göre; sonuç olarak belirlenen ikibin lira dâhil adlî para cezasına mahkûmiyet hükümlerine, üst sınırı beşyüz günü geçmeyen adlî para cezasını gerektiren suçlardan dolayı kurulan beraat hükümlerine, kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümlere, karşı istinaf yani kanun yolu kapatılmıştır.

dd. Kabahatlerle Cürümler Arasında

765 sayılı TCK'dan farklı olarak, kabahat oluşturan eylemlere ilişkin düzenlemeler, 5237 sayılı TCK hükümleri arasında değil, ayrı bir kanun olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK'nın 58/1. maddesindeki açık düzenleme karşısında, kabahatlerle cürümler arasında tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Kanun, önce ve sonra işlenen her iki fiilinde suç niteliğinde olmasını aramıştır. Dolayısıyla önceki işlenen kabahatten sonra, suç işlenmesi halinde, fail hakkında tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır.

f. Mahkûmiyet Hükümünün Adli Sicilden Silinmesinin Tekerrüre Etkisi

Adli Sicil Kanunu'nun 9. maddesi, adli sicil bilgilerinin hangi durumlarda silineceğini düzenlemektedir. Kanun'un 9/1-a. maddesine göre "cezanın ...İnfazının tamamlanması" durumunda, adli sicildeki bilgiler silinerek, ilgili birim tarafından arşiv kaydına alınacaktır. Aynı şekilde Kanun'nun 9/1-c bendine

göre “ceza zamanasının dolması” durumunda da, kayıtlar arşiv kaydına alınacaktır.

Mahkûmiyet hükmünün, cezanın infazının tamamlanmış olması veya ceza zamanasına uğramış olması nedeniyle adli sicil kaydından silinmesi, tekerrür hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Zira her iki durum da, sadece tekerrür sürelerinin başlaması açısından önemlidir. Kaldı ki, adli sicilden silinen bilgiler “arşiv kaydına” alınır. Arşiv kayıtlarında yer alan bilgiler ise, istisnai durumlar haricinde silinemezler. Böyle bir durumda, adli sicilden silinen kayıtlar, arşiv kaydında görünmeye devam edecektir.

Adli Sicil Kanun’unun 10. maddesine göre arşiv bilgileri, hâkim ve Cumhuriyet savcılar tarafından bir soruşturma veya kovuşturma nedeniyle istenebileceklerdir. Bu halde, mahkeme arşiv kaydında bulunan mahkûmiyeti inceleyerek, tekerrüre esas teşkil edip etmediği hususunda bir değerlendirmede bulunabilecektir.

B. YENİ BİR SUÇUN İŞLENMESİ ŞARTI

1. Genel Olarak

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için “önceden işlenen suçtan dolayı verilen hüküm kesinleştikten sonra yeni bir suçun işlenmesi” (TCK m.58/1) gereklidir. İşlenen ikinci suçun, önceki ile aynı türden olup olmaması arasında Yeni TCK hükümleri, Eski TCK hükümlerinden ayrı olarak herhangi bir fark öngörmemiştir. Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi açısından önemli olan, önceki mahkûmiyetten sonra failin suç niteliğinde olan ikinci bir eyleminin bulunmasıdır. Fail tarafından irtikâp edilen ikinci suçun, önceki ile aynı nitelikte olup olmaması, tekerrür hükümlerinin uygulanmasında ve uygulanma şeklinde genel olarak bir farklılık göstermemektedir.

5237 sayılı TCK tekerrür uygulamasında, önceki mahkûmiyete neden olan

suçla sonraki arasında bir benzerlik veya ayniyet aramamaktadır. Tekerrür hükümlerinin, kanun sistematigindeki düzenlendiği yere bakıldığında, genel hükümler kısmında yer aldığı görülecektir. Bu nedenle tekerrür, “genel bir müesseyse”dir.⁹⁵

Yukarıdaki kuralın istisnası TCK’nın 58/4. maddesinde “kasıtlı suçlarla taksirli suçlar ve sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz” şeklinde belirtilmiştir. Önceki suç kasten, sonraki suç taksirle işlenmiş ise, bu durumda ortada iki suç bulunmasına rağmen tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Aynı şekilde sırf askeri suçlar ile genel suçlar arasında da tekerrür hükümlerinin uygulanması söz konusu olamayacaktır.

İşlenen yeni suçun, tekerrür uygulaması açısından tamamlanmış olması şart değildir. İkinci suç teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, cezalandırılması söz konusu olacağından ve gerektiğinden, diğer şartların varlığı halinde tekerrür mümkündür.⁹⁶

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi açısından, yeni suçun tekerrür süresi içerisinde işlenmiş olması yeterlidir. İkinci suç nedeniyle verilen mahkûmiyet kararının, aynı süre içerisinde verilmiş olması şart değildir.⁹⁷

2. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanamayacağı Haller

Tekerrür uygulamasında temel kural, önceki ve sonraki suçlar arasında, şartları olduğu takdirde tekerrür uygulaması yapılmasıdır. Ancak TCK’nın 58/4. maddesi, temel ilkeye aykırı, istisnai durumları düzenleyerek, tekerrür kurallarının uygulanmayacağı halleri saymıştır. Yeni TCK’nın bu konudaki düzenlemesine paralel bir düzenleme eski TCK’nın 87. maddesinde yapılmıştı. İstisnai olan

95 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.168; TOROSLU: s.366; SOYASLAN: s.516; CENTEL/ZAFER/ ÇAKMUT: s.608; ÖZTÜRK/ERDEM: s.338.

96 DEMİRBAŞ: s.601; ÖZBEK: s.612; SOYASLAN: s.516; ÖZTÜRK/ERDEM: s.338.

97 TOROSLU: s.366; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.609; ÖZBEK: s.612.

bu hükümler de, kanun sistematigiindeki düzenledikleri yer itibariyle, genel hükümlerdir. Aksine düzenleme bulunmayan tüm durumlarda uygulama alanı bulurlar.

a. Kasıtlı Suçlar İle Taksirli Suçlar Arasında

Önceki ve sonraki işlenen suçlardan herhangi birisi taksirli, diğeri kasıtlı işlenebilen suçlardan ise, bu suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanamaz (TCK m.58/4). Yasa koyucunun, bu şekilde bir istisna getirmesinin sebebi failin, kasıtlı suçlarda bulunan yasayı ihlal etme iradesinin, taksirli suçlardakine nazaran daha fazla olmasıdır.⁹⁸ Bir kısım yazarlar tarafından, herhangi bir ayırım yapılmaksızın, tüm suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bu yazarlara göre, tekerrür tehlikeli bir halin belirtisidir, taksirli de işlense ortada bir suç vardır ve failin tehlikelilik halinin belirlenmesi açısından bu durumun gözönünde bulundurulması zorunludur⁹⁹. Bir kısım yazarlar ise, taksirli suçlar arasında dahi tekerrür uygulaması yapılmamasını, tekerrürde göz önüne alınan ve cezalandırılan şeyin, faildeki suç işleme kastının yoğunluğu olduğunu, böyle bir yoğunluğun taksirli suçlarda olmadığını savunmaktadırlar¹⁰⁰.

Kanundaki tekerrür düzenlemesi karşısında, kasıtlı suçlar ile kasıtlı suçlar arasında, taksirli suç ile taksirli suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanacaktır.¹⁰¹ Yani kanun koyucu kasıtlı ve taksirli suçlar arasında paralel şekilde tekerrür uygulamasını kabul etmiş, çapraz tekerrür uygulamasını ise kabul etmemiştir.

Tekerrür hükümlerinin kasıtlı suçlar arasında uygulanmasında, her iki su-

98 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.170; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.611; ÖZTÜRK/ERDEM: s.338-339; Taksirin tanımı TCK'nın 22/2. maddesinde "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanunî tanımında belirtilen neticesi öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir" şeklinde yapılmıştır. Hangi suçların taksirli suçlar oldukları ise gerek TCK'da ve gerekse özel yasalarda düzenlenmiştir. Örneğin TCK'nın 85, 89, 171. maddelerinde düzenlenen suçlar taksirle işlenebilen suçlardır.

99 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.170.

100 TAŞKIN: s.100.

101 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.611; HAKERİ: s.268; DEMİRBAŞ: s.602; BAKICI: s.1324; ÖZGENÇ: s.631.

çun da doğrudan kastla veya olası kastla işlenmiş olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.¹⁰² Önceki suç doğrudan kastla işlenmiş iken, ikinci suç olası kastla işlenmiş olabilir. Her iki durumda da işlenen suçların, kasıtlı suçlar olduğu kabul edilerek, aralarında tekerrür uygulaması yapılabilecektir. Aynı şekilde taksirli suçlar açısından, önceki veya sonraki suçun veya her ikisinin taksir veya bilinçli taksir ile işlenmiş olması sonuca etkili olmayacaktır.

b. Sırf Askerî Suçlarla Diğer Suçlar Arasında

TCK'nın 58/4. maddesinde, sırf askeri suçlar ile diğer suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Sırf askeri suç kavramının anlamı; yalnızca asker kişiler tarafından işlenebilen, sadece askeri hizmeti ilgilendiren ve bu nedenle askeri çıkarları ihlal eden ve genel ceza yasasında hiçbir şekilde yer almayan askeri suçlardır.¹⁰³

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 42. maddesinde, askeri suçlar açısından tekerrür uygulamasının nasıl yapılacağı belirtilmiştir. TCK'daki tekerrür düzenlemesi genel niteliktedir ve aksine hüküm bulunmayan tüm hallerde uygulanır (TCK m.5).¹⁰⁴ Ancak Askeri Ceza Kanunu, genel kurala bir istisna getirerek özel tekerrür sistemini benimsemiştir. Buna göre "bir cürüm işleyen mükerrir sayılması ve bu kanunun o suretle gösterdiği hükümlerin ve cezaların tatbik edilmesi, suçlunun askeri bir cürümden dolayı bir Türk askeri mahkemesinde mahkûm olarak ceza gördükten sonra aynı askeri cürümü tekrar yapmasına bağlıdır". Sırf askeri suçların ancak kendi aralarında tekerrür hükümleri uygulanabilecek, genel suçlar ile aralarında uygulanamayacaktır. Yasa koyucunun, bu şekilde bir

102 ÖZTÜRK/ERDEM: s.338-339.

103 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.170-171; TAŞKIN: s.101; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.611; HAKERİ: s.268; DEMİRBAŞ: s.602; ŞEN: s.188; BAKICI: s.1325; ÖZTÜRK/ERDEM: s.339.

104 5252 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi; "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır".

düzenleme yapmasının sebebi, askerler tarafından yapılan işin niteliğidir¹⁰⁵.

Burada dikkatlerden kaçmaması gereken önemli bir husus vardır. Askeri suçlar arasında tekerrüre esas teşkil etmeyen mahkûmiyetler, sırf askeri suçlara ilişkin olanlardır. Bunun yanında, askeri mahkemeler tarafından verilen ancak, sırf askeri suçlara ilişkin olmayan mahkûmiyetler, tekerrüre esas teşkil edebileceklerdir.¹⁰⁶

c. Yabancı Mahkemeler Tarafından Verilen Hükümlerle, Ulusal Mahkemeler Tarafından Verilen Hükümler Arasında

Türk Ceza Kanunu, yukarıda da belirttiğimiz üzere¹⁰⁷ ulusal (milli) tekerür sistemini benimsemiştir. Ulusal tekerrür sisteminin benimsenmesinin en büyük nedeni, devletin sahip olduğu egemenlik kavramının gereğidir.¹⁰⁸ Ceza Kanunumuz genel itibariyle ulusal tekerrür sistemini benimsemiş ise de, bu sistemin uygulaması mutlak değildir. Kanunda belirtilen bir kısım istisnai durumlarda, failin önceki mahkûmiyeti yabancı yargı organları tarafından verilmiş olsa da, tekerrüre esas teşkil ederler (TCK m.58/4).

TCK'nın 58/4. maddesinde ulusal tekerrüre getirilen istisnai mahkûmiyetler "...Kasten öldürme, kasten yaralama, yağma, dolandırıcılık, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ile parada veya kıymetli damgada sahtecilik" suçları olarak belirtilmiştir. Kanunda belirtilen suçlar haricinde, başka bir suç nedeniyle yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyetler, mahkemeler tarafından

105 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.170-171;

106 DEMİRBAŞ: s.603; ÖZTÜRK/ERDEM: s.338; CGK. 22.6.1999, 11-159/174: "... Askeri Ceza Yasasının 132. maddesinde düzenlenen suçun konusu hırsızlık olduğuna göre, bu suçun kurucu unsurlarının Türk Ceza Yasasında düzenlenen hırsızlık suçundan alındığı, keza Askeri Ceza Yasasının 3. bab 8. faslında yer alan bir suç olması itibariyle gerek öğretide, gerekse yargısal kararlardaki tanımlara göre "sırf askeri suç" sayılmayacağı açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle Askeri Ceza Yasasının 132. maddesi uyarınca verilmiş bir mahkûmiyet hükmü tekerrüre esas alınabilecektir..." (DEMİRBAŞ: s.603, dpn.29; BAKICI: s.1325).

107 Bak. yuk. IV, D ve F.

108 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.172; TAŞKIN: s.103.

tekerrür uygulamasında göz önüne alınamayacaktır.

İstisna olarak belirtilen yukarıdaki suçlara ilişkin yabancı bir mahkemeden verilmiş mahkûmiyet kararı tekerrüre esas olabilecektir. Yabancı mahkemeler tarafından verilen bu suçlara ilişkin cezaların, Türkiye’de infaz edilmiş olması şart değildir.¹⁰⁹

TCK’nın 58/4. maddesinde ulusal tekerrür uygulamasının istisnasını teşkil eden suçların vasıflandırılmasının hangi kanuna göre yapılacağı açık değildir. Bizim de katıldığımız görüşe göre;¹¹⁰ yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararlarına konu suçların, belirtilen istisnai suçlardan olup olmadığına ilişkin nitelendirme, Türk Ceza Kanunundaki suç unsurlarına ilişkin düzenleme gözönüne alınarak yapılmalı, hâkim yabancı mahkemeler tarafından yapılan nitelendirmeler ile bağlı olmamalıdır.

d. Onsekiz Yaşını Doldurmamış Kişiler Hakkında Verilen Mahkûmiyetler

Ayrıntıları daha önce anlatıldığı üzere,¹¹¹ TCK’nın 58/5. maddesindeki açık hüküm gereğince, onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar nedeniyle verilen mahkûmiyet kararları ile bu kişinin daha sonra işlediği suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanamaz.

C. YENİ SUÇUN BELİRLİ SÜRE İÇERİSİNDE İŞLENMİŞ OLMASI ŞARTI

1. Sürenin Niteliği

Tekerrür hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan, daha önce bir ce-

109 DEMİRBAŞ: s.603; Bkz. 8.5.1984 tarih ve 3002 sayılı “Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza Mahkûmiyetlerinin İnfazına Dair Kanun”.

110 ÖZTÜRK/ERDEM: s.338.

111 Bak. yuk. V, A, 2, e, aa.

zai mahkûmiyetin bulunması ve yeni bir suçun işlenmesi yanında üçüncü bir şart olarak, işlenen yeni suçun belirli bir süre içerisinde işlenmesi gerekmektedir. Türk Ceza Kanunu süreli tekerrür sistemini benimsemiştir (TCK m.58/2). Önceki mahkûmiyet süresiz olarak, tekerrür uygulamasında değerlendirme konusu yapılamayacak, belirli süreler dâhilinde değer ifade edecektir.

TCK'nın 58/2. maddesinde belirtilen sürelerin, zamanaşımı veya diğer süreler gibi süreler ile herhangi bir ilişkisi yoktur. Burada belirtilen süreler "tekerrür süresidir".¹¹² Dolayısıyla sürenin başlaması, kesilmesi ve sona ermesi açısından, zamanaşımı gibi bir düzenleme söz konusu değildir. Zamanaşımı süresinin kesilmesi ve durması söz konusu iken, tekerrür süresinin hesaplanmasında durma ve kesilme söz konusu olmaz.

Dava zamanaşımı süresinin dolması durumunda, ortada herhangi bir mahkûmiyette bulunmadığından tekerrür hükümleri uygulanamaz. Buna karşın ceza zamanaşımı süresi dolmuş olmasına rağmen, tekerrür süresi dolmamış ise, tekerrür hükümleri uygulanmaya devam edebilir. Çünkü ceza zamanaşımı, mahkûmiyeti değil sadece cezayı düşürmekte, mahkûmiyet hükmü varlığını devam ettirmektedir.¹¹³

2. Sürenin Uzunluğu, Başlangıcı ve Bitimi

Yeni TCK'nın 58/2. maddesinde tekerrür uygulaması açısından üç ve beş yıllık, iki tür süre belirlenmiştir. Yani beş yıldan fazla süreyle hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde beş yıl, beş yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasına mahkûmiyet hâlinde üç yıl geçtikten sonra tekerrür hükümleri uygulanmayacaktır.¹¹⁴ Eski TCK'nın 81/1. maddesinde ise bu süreler, daha uzun bir şekilde,

112 TOROSLU: s.366.

113 DÖNMEZER/ERMAN: C.III, s.173.

114 11.CD, 26.6.2006, 3493/5971: "Mersin... Asliye Ceza Mahkemesinin 16.12.1998 gün ve 1995/1024 esas, 1998/933 karar sayılı ilamının infazı ile yeni suçun işlendiği tarih arasında üç yıldan fazla süre geçtiği anlaşıldığından, 5237 sayılı TCK'nun 58/2-b madde ve fıkrası hükmü gereğince tekerrüre esas alınmayacağından, adli

beş ve on yıl olarak belirlenmişti.

Kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesi halinde veya doğrudan adli para cezasına hükmedildiği halde, adli para cezasının ödenmemesi halinde, ödenmeyen para cezasına karşılık gelen kısım Cumhuriyet savcılığı tarafından hapis cezasına çevrilmiş olsa bile, tekerrür hükümlerinin uygulanabileceği belirtilen süre üç yıl olacaktır. Çünkü kısa süreli hapis cezasına seçenek olarak belirlenmiş bile olsa sonuç ceza, adli para cezasıdır (TCK m.50/5). Cumhuriyet savcılığı tarafından yapılan, hapse çevirme işlemi infaz hukukuna ilişkin bir işlem olup, sonuç cezayı ve buna bağlanan sonuçları değiştirecek nitelikte değildir.

TCK'nın 58/2. maddesinde belirtilen sürelerin başlangıcı konusunda, yasa koyucu tartışmaya olanak vermeyecek açıklıkta bir düzenleme getirmiştir. Buna göre üç ve beş yıllık süreler, söz konusu cezaların infaz edildiği tarihten itibaren başlayacaktır. Cezanın kısmen yerine getirilmiş olması durumunda, cezanın tamamen infaz edilmesinden bahsedilemeyeceğinden, tekerrür süreleri işlemeye başlamaz.

Ceza zamanaşımına uğramış veya özel affa uğramış mahkûmiyetlerin, infazı mümkün olmadığından (TCK m.68), ceza infaz edilemeyecektir. Bu tür mahkûmiyetler nedeniyle, TCK'nın 58/2 de belirtilen üç ve beş yıllık sürelerin ne zaman başlayacağı tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre,¹¹⁵ gerek ceza zamanaşımına uğrama ve gerekse özel af durumlarında, ceza ortadan kalkmakla birlikte mahkûmiyet varlığını devam ettirmektedir. Kesinleşmiş mahkûmiyet hükmü bulunduğu sürece tekerrür hükümleri uygulanmalıdır. Bu durumda, TCK'nın kabul ettiği süreli tekerrür sistemi, süresiz tekerrür sistemine dönüşmektedir.

sicil bülteninde yer alan Adana 9. Asliye Ceza Mahkemesinin 13.12.2004 gün ve 2003/723 Esas. 2004/1873 karar sayılı ilamı getirilip incelenerek, kesinleşme ve infaz tarihlerine göre 5237 sayılı Yasanın 58. maddesinin uygulanma koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmeden, tekerrür uygulamasının yazılı şekilde yapılması..." (BAKICI: s.1342).

115 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: s.609.

Kanaatimizce, ceza zamanaşımı veya özel affin söz konusu olduğu mahkûmiyetlerde, ortada infaz edilecek bir ceza kalmadığından, TCK'nın 58/2. maddesinde belirtilen üç ve beş yıllık süreler, ceza zamanaşımının dolduğu veya özel affin yayınlandığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Ceza zamanaşımı süresinin dolduğu veya özel affin çıkartıldığı tarihten itibaren, belirlenen sürelerde suç işlenmemesi halinde, zamanaşımına uğrayan veya affedilen mahkûmiyet tekerrüre esas teşkil etmeyecektir. Aksi durumun kabulü halinde hükümlü, aleyhine bütün hayatı boyunca devam edecek mükerrir olma durumu ile karşı karşıya kalacaktır ki, bu kabul edilemez. Bir cezanın zamanaşımına uğramış olmasında, failin kusuru bulunduğu kadar, bu cezayı infaz etmekle görevli devletin de kusuru ve ihmali vardır. Özellikle, para cezaları devletin, gerekli ve etkili girişimde bulunmaması nedeniyle çoğu zaman infaz edilememekte, zamanaşımına uğramaktadır. Bu gibi durumlarda devletin kusurundan dolayı, failin cezalandırılması düşünülemez. Aynı şekilde özel affin çıkartılmasında da, failin herhangi bir iradesi olmayabilir.

TCK'nın 51. maddesi uyarınca hapis cezasının ertelenmesi halinde, belirlenen denetim süresi yükümlülüklerle uygun veya iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde infaz edilmiş sayılacağından, üç ve beş yıllık süreler bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

5275 sayılı Yasa'nın 107. maddesi uyarınca, koşullu olarak salıverilen hükümlülerin cezalarının infazı, koşullu olarak salıverildikten sonra da devam etmektedir. Koşullu salıverilen hükümlülerin cezaları 5275 sayılı CGTİHK 107/14. maddesi uyarınca mahkeme tarafından belirlenen "denetim süresi yükümlülüklerle uygun ve iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılacaktır. Dolayısıyla üç ve beş yıllık sürelerin hesaplanmasında, koşullu salıverilme tarihi değil, cezanın tamamen infaz edildiği tarih gözönüne alınacaktır. Hükümlü, koşullu salıverilme tarihinden itibaren belirlenen süreler geçmiş olsa bile, cezasının tamamen infazının tamamlandığı tarihten itibaren belirlenen süreler geçmediği takdirde, tekerrür süreleri içerisinde işlediği ikinci suç nedeniyle hakkında teker-rür hükümleri uygulanabilecektir.

Mükerrirlere özgü infaz rejimini düzenleyen CGTİHK'in 108/4 ve 5. fıkraları incelendiğinde, mükerrirler hakkında hâkim tarafından infazın tamamlanmasından sonra, en az 1 ve en fazla 5 yıl olmak üzere denetim süresi belirlenebilecektir. Bu halde CGTİHK 108/5. maddesi atfı nedeniyle, mükerririn cezası CGTİHK'in 107/14. maddesi uyarınca denetim süresi sonucunda infaz edilmiş sayılacaktır. Bu durumda tekerrür için belirlenen üç ve beş yıllık süreler, mükerririn cezasını tamamen infaz ettiği tarihten itibaren değil, hâkim tarafından belirlenen denetim süresi sonundan itibaren işlemeye başlayacaktır.

Tekerrür sürelerinin hesaplanması bakımından, failin önceden tekerrüre esas birden fazla mahkûmiyeti varsa, bu mahkûmiyetlerin tamamının gözönünde bulundurulup bulundurulmayacağı sorunu akla gelebilir. TCK'nın 58/1. maddesinde "önceden işlenen suçtan dolayı" denilmek suretiyle, tekil bir anlatım kullanılmıştır. Bu anlatım karşısında failin, önceden birden fazla mahkûmiyeti bulursa dahi, bunların toplamı gözönüne alınamayacaktır.¹¹⁶ Kanaatimizce en uzun süreli mahkûmiyet, sürelerin hesaplanması açısından değerlendirmeye alınmalıdır.

TCK'nın 58/2. maddesinde belirtilen üç ve beş yıllık süreler, TCK'nın 51/6 maddesinde belirtildiği üzere, resmî takvime göre hesap edilecektir.

V. TEKERRÜRÜN SONUÇLARI

Tekerrürün bir kısım sonuçları vardır. Tekerrürün sonucu olarak, Eski TCK'nın 81 ve devamı maddelerinde mükerririn cezasının artırılacağı belirtilmişken, Yeni TCK'nın 58. maddesinde cezanın artırılması sistemi benimsenmemiştir. Yeni TCK cezanın artırılmasına ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiş, ancak tekerrür nedeniyle bir kısım sonuçların meydana geleceğini düzenlemiştir. Bunların ne olduğu aşağıda incelenecektir. Mükerrirler hakkında uygulanan infaz rejiminin amacı, failde bulunan tehlikeli kişiliğin cezaevinde uygulanan infaz rejimi

ile ortadan kaldırılmasıdır.¹¹⁷

5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi ile 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesi birlikte incelendiğinde tekerrürün bir takım sonuçlar doğurduğu anlaşılacaktır. Tekerrür halinde, seçimlik ceza öngörülen hallerde hapis cezası takdir edilecek, bununla birlikte mükerrir özel bir infaz rejimine tabi tutulacaktır. Bu konular aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu incelemelere geçmeden önce, mahkemenin mahkûmiyet kararının içeriğinin ne olduğu hususunun anlatılmasının faydalı olduğunu düşünüyoruz.

A. Mahkûmiyet Hükümünün İçeriği

TCK'nın 58. maddenin 6. fıkrasında; "tekerrür hâlinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır" denildikten sonra, 7. fıkrasında; "mahkûmiyet kararında, hükümlü hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilir" düzenlemesine yer verilmiştir. Kanun'un belirtilen düzenlemeleri gözönüne alındığında, yargılama yapan mahkeme, kuracağı mahkûmiyet hükmünde, şartları olduğu takdirde fail hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına karar vermesi gerekecektir. Bunun yanında ayrıca mahkeme, mükerririn cezasının infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması gerektiğine de mahkûmiyet kararında yer vermek zorundadır. Mahkûmiyet hükmünde bu unsurlara yer verilmemesi halinde, bu durum sanık lehine kazanılmış hak teşkil edecektir.¹¹⁸ Mahkemenin, mahkûmiyet kararında belirtilen hususlara yer vermemesi ve aleyhe temyiz olması durumunda, karar Yargıtay tarafından bu

117 SOYASLAN: s.517.

118 CGK, 17.4.2007, 71/98: "Sanık Ali hakkında tekerrür koşulları oluşmuş ise de, mahkûmiyet hükmünde 5237 sayılı Yasa'nın 58. maddesinin 6 ve 7. fıkralarının uygulanmasına karar verilmemiş olması ve aleyhe yönelen temyiz bulunmaması karşısında CYUY'nın 326/son maddesinde belirtilen, lehe temyiz davası üzerine cezanın aleyhe değiştirilmemesi kuralı uyarınca Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir" (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>, 15.05.2008; BAKIC: s.1350).

eksiklik nedeniyle bozulabilecektir.¹¹⁹ Yukarıda da ayrıntıları açıklandığı üzere¹²⁰ uygulamada tekerrür maddi ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme olarak kabul edildiğinden, tekerrür hususunda mahkeme tarafından kurulan mahkûmiyet kararında bir açıklık bulunmalıdır.

Tekerrüre ilişkin düzenleme 5237 sayılı Yasa'nın güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde, 58. maddesinde düzenlenmiş ise de, anılan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir. Hükümlülüğün yasal sonucu olmaması nedeniyle 5275 sayılı Yasa'nın 98 ve devamı maddeleri uyarınca infaz aşamasında bu konuda karar alınması olanaklı değildir. Mahkeme mükerrer hakkında kuracağı mahkûmiyet hükmünde; hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığını, tekerrürün şartlarının oluşup oluşmadığını, sanık hakkında kaçınıcı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığını, tekerrür nedeniyle hükümlünün cezaevinde kalacağı süreye eklenerek sürenin belirlenmesi açısından mahkûmiyet hükmünde açıkça hangi hüküm nedeniyle kişinin mükerrer sayıldığı ve hangi mahkûmiyetin tekerrüre esas alındığının belirtilmesi gerekmektedir¹²¹.

Mahkeme mükerrer hakkında kuracağı mahkûmiyet hükmünde uygulanması gereken maddeleri açıkça belirtmelidir. Mahkeme mükerrer hakkında sadece "TCK'nın 58. maddesinin uygulanmasına" şeklinde bir karar vermekle yetinmemeli; kararında TCK'nın 58/7. maddesinde belirtilen hususlara açıkça yer vermelidir.¹²² Mahkeme tarafından "5237 sayılı Yasa'nın 58. maddesinin infaz aşama-

119 11.CD, 21.11.2006, 6297/9324: "Hırsızlık suçundan infaz edilmiş mahkumiyeti bulunan sanık hakkında, TCK'nun 58/7. maddesi gereğince mükerrirler hakkındaki infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimi serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmemesi", 11.CD., 05.06.2007, 2922/3892: "Adli sicil kaydında görünüp dosya arasında onaylı fotokopisi bulunan 23.12.2004 tarihinde kesinleştiği belirtilen Bağcılar 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 11.11.2001 gün ve 2003/773 esas, 2004/303 karar sayılı hükmü gereğince mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanması gerektiğinin gözlemlenmesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır" (BAKİCİ: s.1343 ve1356).

120 Bak. yuk. I, B.

121 CGK, 17.4.2007, 71/98 (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>, 15.05.2008).

122 CGK, 30.5.2006, 147/149 (BAKİCİ: s.1342).

sında nazara alınması” şeklinde bir hüküm kurması da yanlıştır.¹²³

B. Seçimlik Ceza Öngörülen Hallerde, Hapis Cezasının Takdir Edilmesi

TCK'nın 58/3. maddesi uyarınca “tekerrür hâlinde, sonraki suça ilişkin kanunun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adlî para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur”. Tekerrür, hâkimin, hapis veya adli para cezasından birini seçme hususundaki takdir yetkisini ortadan kaldıracı bir sonuç doğurmaktadır.

Konuyu bir örnek ile açıklamak gerekirse, mükerririn işlediği ikinci suçun TCK'nın 106/1. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen tehdit suçu olduğu takdirde, hâkim hapis ve adli para cezası seçenek yaptırımlarından, Kanun'un açık hükmü nedeniyle hapis cezasını seçerek, hükmünü buna göre kuracaktır.

Hâkimin seçimlik cezalardan, tekerrürün şartların oluşması nedeniyle zorunlu olarak seçtiği hapis cezasının, kısa süreli olması durumunda TCK'nın 50. maddesi uyarınca, adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevirip çeviremeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazarlar,¹²⁴ bu halde dahi hâkimin kısa süreli hapis cezasını TCK'nın 50. maddesinde belirtilen adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi hususunda takdir yetkisinin bulunduğu, takdir yetkisinin tekerrür uygulaması nedeniyle sınırlanamayacağını, bu halde de TCK'nın 50. maddesinin uygulama alanı bulacağını savunmaktadırlar. Karşı görüşü savunan yazarlara göre ise;¹²⁵ tekerrür şartları olduğu takdirde hâkimin TCK'nın 50. maddesinin uygulanması hususundaki takdir hakkı sınırlan-

123 6.CD. 05.07.2007, 17476/8536: “Adli sicil kaydına göre sanığın, tekerrüre esas hükümlülüğü bulunduğundan cezasını mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çekmesi ve cezasının infazından sonra denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, 5237 sayılı Yasa'nın 58. maddesinin infaz aşamasında nazara alınması şeklinde hüküm verilmesi karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni yapılmamıştır” (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>, 15.05.2008; BAKICI: s.1357).

124 ÇINAR, Ali Rıza: Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara 2005, s.46.

125 ÖZTÜRK/ERDEM: s.338; BAKICI: s.1325; HAKERİ: s.368.

dığı, aksi durumun kabul edilmesinin TCK'nın 58/3. maddesinin getiriliş amacına uygun olmadığı, hâkimin kısa süreli olsa dahi, tekerrür nedeniyle hapis cezasını seçmiş ise, artık bunu başkaca seçenek yaptırımlara çeviremeyeceğini savunmaktadır.

Kanaatimizce, şartları olduğu takdirde tekerrür nedeniyle, hâkim tarafından mükerririn işlediği ikinci suçun yaptırımının seçimlik olarak adli para cezası ve hapis cezası birlikte öngörülmesi durumunda, TCK'nın 58/3. maddesinin açık hükmü karşısında hapis cezası seçilecektir. Yasa koyucu tarafından böyle bir tedbirin uygulanmasının sebebi, ilk suç nedeniyle belirli bir cezaya mahkûm olduğu halde mükerririn, uslanmamış, olumsuz kişiliğini sürdürerek, toplum açısından tehlikelilik halini devam ettirmiş olmasıdır. Bu nedenle seçimlik cezada artık sanık lehine davranılmasına gerek olmadığı kabul edilerek, hapis cezasının mükerririn ıslahı açısından daha uygun olacağı hükme bağlanmıştır. Bu amacı ortadan kaldıracak bir uygulama ve düşünce, maddenin düzenleniş amacına uygun olmayacak ve maddeyi etkisiz kılacaktır. Hükmedilen seçenek cezanın kısa süreli hapis cezası olması durumunda hâkim, TCK'nın 50. maddesinde belirtilen takdir hakkını kullanarak, cezayı adli para cezasına veya diğer tedbirlere çevirememelidir.

C. İnfaza İlişkin Sonuçları

1. İnfazda Özel Rejim Uygulanması

TCK'nın 58/6. maddesine göre; "tekerrür hâlinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir". Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasının kanunda gösterileceği TCK'nın 58/8. maddesinde belirtilmiştir. Belirtilen bu düzenleme 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) 108. maddesinde yer almaktadır.

CGTİHK'in 108. maddesi incelendiğinde, madde başlığının "mükerrirlere

özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri” olarak belirtilmesine karşın, mükerrirlere özgü infaz rejiminin ne olduğu hususunda herhangi bir açıklık yoktur. Maddede tekerrür halinde, koşullu salıverilmesinin süresinin uzatılması veya uygulanmaması ile denetimli serbestlik tedbirine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

Kanaatimizce Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği ilga sistemi çerçevesinde “mükerrirlere özgü infaz rejimi” hususunda daha ayrıntılı düzenlemeler yapılarak, genel infaz rejiminden farklı yönlerin düzenlenmesi gerekir. Bu düzenlemeler, özellikle mükerririn topluma yeniden kazandırılması ve onun rehabilite edilmesine yönelik daha ayrıntılı, özel ve etkin hükümler içermelidir.

TCK'nın 58. maddesi ile CGTİHK'in 108. maddesi birlikte incelendiğinde, mükerrirler hakkında uygulanacak özel infaz rejiminin ve denetimli serbestlik tedbirinin hapis cezalarına ilişkin olduğu, buna karşın adli para cezalarına ilişkin herhangi bir hüküm içermediği görülecektir. Bu halde, sanığın ikinci suçunun cezası, kanunda sadece adli para cezası olarak düzenlenmiş ise, mükerrir hakkında tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Hâkimin bu konuda vereceği kararın infazı mümkün olamayacaktır.¹²⁶ Tekerrürün getiriliş amacı gözönüne alındığında, sanık tarafından ikinci suçun cezasının sadece adli para cezası olacağıının öngörülerek, buna ilişkin bir düzenleme yapılmaması bir eksikliklerdir.

Mahkeme tarafından sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünde, mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına (TCK m.58/6, 7) karar vermek zorundadır. Bu konuda hükümde açıklık bulunmaması halinde, şartları olduğu takdirde sanık lehine kazanılmış hak oluşturacaktır.

126 2.CD, 22.03.2007, 1059/4396: “5237 sayılı TCK'nın 58, 5275 sayılı Kanun'un 106 ve 108. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, sanık hakkında adli para cezasına hükmedildiği için, hükümlülük kararında, mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağıının belirtilemeyeceği sonucu ortaya çıkmaktadır” (<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>, 25.05.2008; BAKİÇİ: s.1346).

2. Koşullu Salıverme Hükümlerinin Uygulanmasında Meydana Getirdiği Farklılıklar

Koşullu salıverilmeye ilişkin genel düzenleme CGTİHK'in 107. maddesinde yer almaktadır. Maddenin 2. fıkrasında "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmekten yararlanabilecekleri" belirtilmiştir. Maddenin 3. fıkrasında ise, alman cezanın çeşidine göre, cezaların içtima edilmesi durumunda, koşullu salıverilmekten yararlanabilmek için ceza infaz kurumunda geçirilmesi gerekli olan süreler belirtilmiştir.

Koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanması için, mükerrirler hakkında CGTİHK'in 108. maddesinde özel bir düzenleme yapılarak, koşullu salıverilmeyen şartları ağırlaştırılmıştır. Maddenin 1. fıkrasına göre mükerrirler "tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuzdokuz yılının, müebbet hapis cezasının otuzüç yılının, süreli hapis cezasının dörtte üçünün, infaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmekten yararlanılabilecektir". Genel düzenleme ile mükerrirlerle özgü uygulama karşılaştırıldığında, koşullu salıverilme için infaz edilmesi gereken ceza miktarlarının önemli ve etkili şekilde artırıldıkları görülmektedir.

Mükerrirlere özgü tekerrür uygulamasında gözden kaçırılmaması gereken önemli bir husus vardır. Tekerrür halinde, koşullu salıverilmesi zorlaştırılan mahkûmiyet, mükerririn önceki mahkûmiyeti olmayıp, işlediği ikinci suç nedeniyle verilen mahkûmiyettir. Bu durum CGTİHK'in 108/1. maddesinde yer alan "tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan" ibaresinden açıkça anlaşılacaktır.

Tekerrür halinde, her ne kadar koşullu salıverilme için gerekli infaz süreleri artırılmış ise de, bu süreler kesin nitelikte değildir. CGTİHK'in 107/2. maddesi

sinde belirtilen sürelerle eklenecek sürelerle bir sınırlama getirilmiş olup, CGTİHK'in 108/1. fıkrasında belirtilen süreler üst sınırı oluşturmaktadır. Belirlenen süreler, azami sürelerdir. Yasa koyucu, koşullu salıverme hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan ve CGTİHK'in 107/2. maddesinde belirtilen sürelerle, tekerrür halinde eklenecek sürenin "...tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olama"yacağını (CGTİHK'in 108/2) belirtmiştir.

Bu durumu bir örnek üzerinde açıklamanın faydalı olacağını düşünüyoruz. Mükerririn, tekerrüre esas alınan mahkûmiyetinin TCK'nın 86/1. maddesinde belirtilen kasten yaralama suçu nedeniyle bir yıl hapis, işlediği ikinci mahkûmiyetinin ise TCK'nın 81/1. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçu nedeniyle müebbet hapis olduğunu düşünelim; ikinci suçun cezasının infazı sırasında koşullu salıvermeden yararlanabilmesi için, diğer şartların varlığı halinde cezasının (24+1) 25 yıllık süresini infaz kurumunda geçirmesi gerekecektir. Yani mükerririn, CGTİHK'in 108/1. maddesi uyarınca 33 yıllık bir süreyi infaz kurumunda geçirmesine gerek yoktur. Yasada belirtilen 33 yıllık süre üst sınır niteliğinde olup, azami süredir.

CGTİHK'in 108/2. maddesine göre, eklenecek sürenin ne kadar olacağı hususunda önceki ve sonraki mahkûmiyetlerinin hapis cezası olması durumunda, uygulamada herhangi bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Buna karşın mahkûmun önceki mahkûmiyetinin adli para cezasına ilişkin olması durumunda, CGTİHK'nın 108/2. maddesinin uygulamasında sorun çıkabilecektir. Buradaki sorun, mükerririn ikinci suç nedeniyle aldığı mahkûmiyetin infazı sırasında, koşullu salıverilme tarihinin tespiti sırasında eklenecek miktarın ne kadar olacağı ve bunun hesabının nasıl yapılacağıdır. Doktrinde savunulan¹²⁷ ve bizim de katıldığımız görüşe göre; mükerririn önceki suçu dolayısıyla mahkûm olduğu adli para cezası, TCK'nın 63. maddesi uyarınca günlüğü 100 YTL'den hesaplanarak, adli para cezası hapis cezasına çevrilmelidir. Bu şekilde bulunan hapis gün sayısı,

127 ÖZGENÇ: s.633;

sonraki suçla ilgili olarak, koşullu salıverilme tarihinin CGTİHK'nın 108/2. maddesi uyarınca hesabında, gözönünde bulundurulmalıdır.

Mükerrirlere ilişkin tekerrür hükümlerinin uygulanması açısından özel bir durum ise, ikinci defa hakkında tekerrür uygulananlara ilişkindir. CGTİHK'in 108/3. maddesinde belirtildiği üzere "ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez". Mükerrir bu halde, ikinci ve sonraki tekerrür durumlarında, aldığı cezanın tümünü ceza infaz kurumunda geçirmek durumunda kalacaktır. Bu durumda artık tekerrüre esas alınan eski mahkumiyetlerinin süresinin bir önemi de bulunmamaktadır

3. Cezanın İnfaz Edilmesinden Sonra Denetim Serbestlik Tedbirine Hükmedilmesi

a. Genel Olarak

TCK'nın 58/6. maddesinin 2. cümlesine göre "...mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır" denilmektedir. Yine 5275 sayılı Kanun'un 108/4. maddesinde "hâkim, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler" şeklinde bir düzenleme yer almaktadır.

TCK'nın 58. maddesinin 6 ve 7. fıkralarına göre hâkim kuracağı hükmünde, sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağını belirtmelidir. Bu şartları oluşturduğu takdirde, hâkim tarafından bu şekilde hüküm kurulması zorunludur. Hâkimin, burada takdir yetkisi bulunmamaktadır. Hâkim, şartları oluşmasına rağmen kararında bu hususlara yer vermemiş ise, bu durum sanık yararına kazanılmış hak oluşturacaktır.¹²⁸ Bu halde mükerrir olan sanık hakkında, tekerrür hükümleri uy-

128 ÖZTÜRK/ERDEM: s.342; BAKICI: s.1327;

gulanamayacaktır.¹²⁹ Yargıtay verdiği bir kararında, mükerririn infaz rejimine ilişkin düzenlemelerin ceza değil, cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili olduğunu ve kazanılmış hak oluşturmayacağını belirtmiştir.¹³⁰ TCK'nın 58. maddesindeki emredici düzenleme ve tekerrür kurumunun niteliği gözönüne alındığında, söz konusu karara katılmak mümkün değildir.

Mükerrir hakkında denetimli serbestlik¹³¹ uygulanmasının sebebi, hükümlünün ceza infaz kurumundan çıktıktan sonraki hayatının belirli bir süre kontrol altında tutulmasıdır.¹³² Hâkim, denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir (CGTİHK m.107/9).

Hâkim tarafından mükerrir hakkında belirlenecek bir yıldan az olmayacak denetim süresi, mükerririn cezasının infazının tamamlanmasından sonra başlaya-

129 CGK, 17.4.2004, 71/98: "5237 sayılı Yasa'nın 58. maddesinde düzenlenmiş bulunan tekerrür, güvenlik tedbirlerine ilişkin bölümde yer almakta ise de, anılan düzenleme maddi ceza hukukuna ilişkindir. Hükümlülüğün yasal sonucu olmaması nedeniyle 5275 sayılı Yasa'nın 98 vd. maddeleri uyarınca infaz aşamasında bu konuda karar alınması mümkün değildir. Hangi mahkumiyetin tekerrüre esas alındığı, tekerrür koşullarının bulunup bulunmadığı ve hükümlü hakkında kaçınıcı kez tekerrür hükümlerinin uygulandığı ve tekerrür nedeniyle hükümlünün ceza evinde kalacağı süreye eklenecek sürenin belirlenmesi için mahkumiyet hükmünde açıkça hangi hüküm nedeniyle kişinin mükerrer sayıldığı ve hangi mahkumiyetin tekerrüre esas alındığının belirtilmesi gerekmektedir" (BAKİCİ: s.1327-1328).

130 9.CD. 27.10.2005, 6231/8238: "5237 sayılı TCK'nun 58. maddesi örgüt mensubu olan hükümlü hakkında tayin olunan hapis cezasının infazı sırasında ve infazından sonra uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını getirmiş, infaz rejiminin de buna göre belirlenmesini öngörmüştür. Maddenin kapsamı ve amacından da anlaşılacağı üzere bu hususlar ceza değil cezaya bağlı olarak uygulanacak infaz rejimi ile ilgili olup bu konunun gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun gerekse Dairemizin yerleşik uygulamaları karşısında kazanılmış hak oluşturmayacağı da gözetilerek silahlı örgüt mensubu olmak suçundan mahkum olan hükümlü hakkında anılan maddenin uygulanması konusunda her zaman bir karar verilmesi mümkün görülmüştür." (BAKİCİ: s.1338-1339).

131 Denetimli serbestlik kurumunun nasıl ve ne şekilde işleyeceğine ilişkin düzenleme 3.7.2005 tarihinde kabul edilip 20.7.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 5402 sayılı Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu'nda yapılmıştır.

132 DEMİRBAŞ: s.605;

caktır. Ceza tamamlanmasından kastedilen, mükerririn ceza infaz kurumunda ve koşullu salıverilerek dışarıda geçirdiği sürelerin tümüdür. Tekerrür nedeniyle belirlenecek denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilerek (CGTİHK m.108/5), CGTİHK'in 107/6 ve devamı fıkralarına atıfta bulunulmuştur. CGTİHK'in 107/14. maddesine göre mükerririn cezası "denetim süresi yükümlülüklerine uygun ve iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde ceza infaz edilmiş sayıl"acaktır. Mükerririn cezasının infazı, hâkim tarafından belirlenen en az bir ve en fazla 5 yıl süre daha uzayacaktır.

Kanaatimizce, bu durumda her ne kadar tedbir niteliğinde de olsa, mükerrire mahkeme tarafından verilmeyen, herhangi bir yargılama yapılmaksızın hâkim tarafından verilecek, itiraza tabi bir kararla ek bir ceza verilmektedir. Verilen bu ceza sonucunda, mükerririn cezasının infaz süresi uzamakta ve buna bağlı olarak TCK'nın 58/2. maddesinde belirtilen sürelerin işlemesi de gecikmektedir. Kanundaki bu düzenlemenin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

Diğer suçlulara nazaran, toplum açısından daha fazla tehlikeli oldukları kabul edilen mükerrirlerin hapis cezalarının infazının tamamlanmasından sonra da, denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulması, mükerrirler açısından başlı başına bir yaptırım niteliğindedir. Mükerrirlerin denetimli serbestlik tedbirleri kapsamında kendisine yüklenen yükümlülüklerine aykırı davranması halinde nasıl bir yaptırım uygulanacağı noktasındadır. Bu konuda herhangi bir açıklık bulunmayıp, bu durum yaptırımsız bırakılmıştır.¹³³ Ancak burada tartışılması gereken husus, bu durumun neden yaptırımsız bırakılmış olması değil, denetimli serbestlik tedbirinin nasıl ve ne şekilde daha etkin uygulanabileceğini, bu konuda mükerrirleri motive edecek ne gibi uygulamaların yapılacağı noktasında toplanmalıdır.¹³⁴

133 ÖZTÜRK/ERDEM: s.343.

134 ÖZGENÇ: s.635.

b. Denetimli Serbestlik Tedbirine Karar Verecek Mercii

Mahkeme mükerrer hakkında kuracağı mahkûmiyet hükmünde uygulanması gereken maddeleri açıkça belirtmelidir. Mahkeme mükerrer hakkında sadece "TCK'nın 58. maddesinin uygulanmasına" şeklinde bir karar vermekle yetinmemeli; kararında TCK'nın 58/7. maddesinde belirtilen hususlara açıkça yer vermemelidir.¹³⁵

Burada unutulmaması gereken husus mahkemenin mahkûmiyet kararında, sadece mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına ve infazdan sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması gerektiğini belirtmekle yetinmesi gerektirir. Bunun dışında, infaz aşamasında değerlendirilmesi ve belirlenmesi gereken hususlara mahkûmiyet kararında yer veremez. Örneğin denetimli serbestlik tedbirinin süresi konusunda herhangi bir belirlemede bulunulamaz. Yargıtay uygulaması da bu şekildedir.¹³⁶

CGTİHK'un 108. maddesinde belirtilen denetim süresini belirleme ve gerektiğinde uzatma görevi, hükmü veren mahkemeye ait değildir. Bu hususları değerlendirme görevi, hükümlünün infaz aşamasındaki davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverme ile ilgili kararı verecek mahkemeye aittir.¹³⁷

VI. ÖZEL KANUNLARDA TEKERRÜR UYGULAMASI

Tekerrüre ilişkin düzenleme sadece Türk Ceza Kanununda değil, başkaca

135 CGK, 30.5.2006, 147/149 (BAKICI: s.1342).

136 9.CD, 12.12.2005, 7129/9405: "Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirinin ne şekilde uygulanacağı, süresi ve bu konuda karar verecek merci 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 108. maddesinde düzenlenmiş olup aynı maddenin 5. fıkrası ile de tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde koşullu salıverilmeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır. Bu nedenle denetimli serbestlik tedbirinin süresinin infaz aşamasında 5275 sayılı Yasa hükümleri uyarınca tayin ve tespiti gerektiği gözetilmeden, infazı kısıtlar biçimde 1 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirini uygulanmasına karar verilmesi..." (BAKICI: s.1339).

137 10. CD, 04.10.2006, 7634/11051: "...denetim süresini belirleme ve gerektiğinde uzatma görevi, hükmü veren mahkemeye değil, hükümlünün infaz aşamasındaki davranışlarını da değerlendirerek koşullu salıverme ile ilgili kararı verecek olan mahkemeye aittir" (BAKICI: s.1342-1343).

cezai hükümler içeren Kanunlarda da düzenlenmiştir. Özel düzenleme yapılan hallerde¹³⁸, tekerrüre ilişkin genel hükümlerin yanında, özel hükümlerde uygulama alanı bulacaktır.

01.06.2005 tarihinden önce yürürlüğe giren ve Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine aykırı hükümler içerip 31.12.2008 gününe kadar değişiklik yapılmayan özel yasalardaki tekerrüre ilişkin özel düzenlemeler, TCK'nın 5. maddesindeki açık düzenleme karşısında, bu tarihten sonra uygulama alanı bulamayacaklardır.¹³⁹ Bu tarihten sonra TCK'nın 58. maddesindeki tekerrüre ilişkin düzenleme, tüm ceza içeren yasalar açısından genel bir hüküm olarak uygulanacaktır. Yasa koyucunun ETCK'daki düzenlemeden farklı olarak böyle bir düzenlemeye yer vermesinin sebebi, içeriklerinde cezai hükümler barındıran kanunlar arasında uyum ve uygulama birliği sağlamaktır.

1 Haziran 2005'ten sonra, TCK'nın 5. maddesine aykırı hükümler içeren yasaların yapılması durumunda, genel norm-özel norm ilişkisi nedeniyle, sonraki tarihli özel norm içeren düzenleme uygulama alanı bulacaktır. Genel bir düzenleme olan TCK'nın 5. maddesindeki düzenleme, kendisine anayasallık vasfı kazandırılmadıkça, bu uygulamayı engelleyemeyecektir.

VII. TEKERRÜR HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINDA 765 ve 5237 SAYILI TCK HÜKÜMLERİ ARASINDA LEHE KANUNUN TESPİTİ

A. Genel Olarak

765 sayılı TCK düzenlemesinde tekerrür cezanın artırım sebebi iken, 5237

138 Tekerrüre ilişkin özel hükümler içeren ceza düzenlemelerine örnek olarak şunlar örnek olarak verilebilir: Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m. 15/f. 3; 3167 s. Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun m. 16/f. 1 cümle son; 5607 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 8; 1567 s. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkındaki Kanun m. 3/e; 1632 s. Askeri Ceza Kanunu Ek m. 1 ve Ek m. 2; 213 s. Vergi Usul Kanunu m. 340; 2918 s. Karayolları Trafik Kanunu m. 112/f. 5, f. 6, f. 7;

139 5252 sayılı Kanun'un Geçici 1. maddesi; "Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya ve en geç 31 Aralık 2008 tarihine kadar uygulanır".

sayılı TCK tekerrürü cezanın artırımı sebebi olarak düzenlememiştir. 5237 sayılı TCK tekerrürün şartlarının oluşması halinde, sanık hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasını öngörmüştür. Her iki yasadaki tekerrür düzenlemesindeki temel farklılık, tekerrür uygulamasında bir takım sorunları da beraberinde getirmiştir. Özellikle 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlar açısından, 5237 sayılı TCK'nın 7/2. maddesinin uygulanarak lehe kanunun tespitinde, 765 sayılı TCK hükümlerinin mi yoksa 5237 sayılı TCK hükümlerinin mi sanık lehine hükümler içerdiğinin tayininde önem arz etmektedir.

1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlenen suçlar hakkında tekerrür uygulaması açısından herhangi bir sorun yoktur. Suç işlendiği tarihte 5237 sayılı TCK hükümleri yürürlükte olduğundan, tekerrür uygulamasında 58. maddesinde yer alan düzenlemeye göre karar verilecektir. Buna karşın önceki veya sonraki suç tarihlerinin 1 Haziran 2005 tarihinden önce olduğu durumda tekerrür hükümlerinin uygulamasının nasıl yapılacağı tartışmalıdır. Özellikle 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesinde 5377 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonucunda "hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır"¹⁴⁰ şeklindeki tartışmaları bitirmemiştir.

Aşağıda bu konuya ilişkin doktrinde yapılan tartışmaları, Yargıtay kararlarını da gözönüne alarak değerlendirmeye çalışacağız.

B. 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenen Suçlar Açısından Tekerrür Uygulanması

765 sayılı TCK döneminde işlenen suçlar açısından tekerrür hükümlerinin nasıl uygulanacağı tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, 1 Haziran

140 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesinin değişiklikten önceki hali "Güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır" şeklindeydi. Madde 8.7.2005 tarih 5377 sayılı Yasa ile değiştirilerek, şu anki halini almıştır.

2005 tarihinden önce işlenen suçlar açısından tekerrür hükümleri uygulama alanı bulamayacağı, lehe kanunun tespiti açısından gözönüne alınamayacağı belirtilmektedir. Savunulan diğer görüşe göre ise, lehe kanunun tespitinde tekerrür hükümlerinin de uygulanarak, değerlendirme yapılmasının zorunlu olduğu savunulmaktadır.

1. Tekerrürün Uygulanamayacağını Savunan Yazarlar

Bu görüşü savunanlara göre,¹⁴¹ 5237 sayılı Yasa'daki tekerrüre ilişkin düzenleme incelendiğinde; Yasa Koyucunun tekerrür nedeniyle ceza artırımını kabul etmeyerek, 765 sayılı TCK'nın 81 ve devamı maddelerinde yer alan düzenlemeden vazgeçtiği açıktır. 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 9/3. maddesinde yer alan "lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir" şeklindeki düzenlemeden yola çıkarak, 765 sayılı TCK'nın lehe olması durumunda, bu yasada yer alan tekerrür hükümlerinin uygulanarak, 5237 sayılı Yasa'da kabul edilmemesine rağmen, cezada artırım yapılması, cezada kanunilik ilkesi ile lehe yasanın geçmişe uygulanması ilkelerine aykırıdır. 5252 sayılı Yürürlük Kanunu'nun 9. maddesi uygulanarak lehe kanunun tespitinde, önceki ve sonraki yasanın tüm hükümlerinin uygulanarak sonuçların karşılaştırılmasından ziyade, ceza hukukunda yer alan müesseselerden hareketle, kurumların kendi aralarında karşılaştırılması gerekir. Aksi durumun kabulü ile sonuç cezaların lehe kanunun tespiti açısından gözönüne alınması evrensel hukuk ilkelerine aykırıdır.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, lehe kanunun tespitinde "blok uygulama" yapılması doğru değildir. Blok uygulama yapılacak olması durumunda ise en azından, şu an yürürlükte bulunmayan müessese ve hükümler göz ardı edilerek, bir uygulama yapılmalıdır.¹⁴²

141 ŞEN: s.36-37; BAKICI: s. 74-75.

142 ŞEN: s.37.

5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesinin uygulanması sonucunda, 5237 sayılı TCK'nın sanık açısından lehe olduğunun tespiti halinde, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesi uygulanmamalıdır. Uygulanmasına karar verilmesi halinde de, bu durum sanığın cezasının infazı açısından sonuca etkili olamayacaktır. Çünkü 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesi uyarınca, koşullu salıverilmeye ilişkin uygulama açısından lehe olan düzenleme gözönüne alınacaktır. 647 sayılı Yasa ile 5275 sayılı Yasa'nın infazla ilgili hükümleri karşılaştırıldığında, koşullu salıverme oranları itibarıyla 647 sayılı Yasa'nın mahkûm lehine sonuçlar içerdiği anlaşılabacaktır. Bu nedenle, tekerrür nedeniyle mahkûmun cezasının infazında 5275 sayılı Yasa'nın 108. maddesinde belirtilen hususlar uygulanamayacaktır. Mükerrirler hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 58/7. maddesi uyarınca uygulanmasına karar verilmiş olsa dahi, mükerrirlere özgü infaz rejimi ve infaz tamamlandıktan sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanamayacaktır. Denetimli serbestlik tedbiri infaz hukukuna ilişkin bir düzenlemedir, aksine bir hüküm olmadıkça derhal uygulanmaları gerekir. 5237 sayılı TCK'nın 7/3. maddesinde denetimli serbestlik tedbirleri açısından istisnai bir düzenleme getirilmemiştir. İnfaz mevzuatından hangisinin lehe olduğunun tespitinde, çapraz uygulama yapılması mümkünken, karma uygulama yapılması olanaklı değildir. 5237 sayılı TCK'ya göre hüküm kurulmuş olsa dahi, lehe olduğundan bahisle infaz aşamasında 647 sayılı Kanun'un uygulanması gerektiğinde, bu Kanun bir bütün olarak uygulanacaktır. Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, 5237 sayılı TCK'nın lehe olduğundan bahisle mahkûm hakkında 58. maddenin uygulanmasına karar verilmiş olsa bile, sonuca etkili bir durum meydana getirmeyecektir.¹⁴³

1 Haziran 2005 tarihinde önce işlenen suçlara ilişkin kurulan mahkûmiyet kararlarının infazında, TCK'nın 7/3. maddesi uyarınca lehe olan 647 sayılı Kanun hükümlerine göre infaz yapılacaktır. Lehe olduğundan bahisle 5237 sayılı TCK hükümlerine göre mahkûmiyet kararlarında, tekerrürün uygulanmasına karar verilse bile fiilen uygulanamayacaktır. Buna karşın 765 sayılı TCK'nın lehe oldu-

ğundan dolayı uygulanması halinde ise 81. maddesi nedeniyle ceza artırımı yoluna gidilmesi, farklı uygulamaların meydana gelmesine sebebiyet verecektir.¹⁴⁴

2. Tekerrür Hükümlerinin Uygulanacağını Savunan Yazarlar

Bu görüşü savunan yazarlara göre; 5252 sayılı Kanun'un 9/3. maddesinde yer alan açık düzenleme karşısında, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar açısından lehe kanun tespiti yapılırken, önceki ve sonraki Kanun hükümleri bir bütün olarak olaya uygulanarak, sonuç cezaların birbirleriyle karşılaştırılmaları gerekir. Sonuç ceza açısından hangi Kanun lehe ise, sanık hakkında bu kanun hükümleri uygulanmalıdır. Lehe Kanun'un tespitinde yasa koyucu "blok uygulama"yı kabul etmiştir. Yapılan değerlendirme sonucunda 765 sayılı TCK'nın lehe olduğunun tespiti halinde, şartları varsa sanığın cezasında tekerrür nedeniyle artırım yapılabilecek; 5237 sayılı TCK hükümlerinin lehe olduğunun kabulünde ise sanık hakkında 58. madde uyarınca mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanmasına ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verilmesi gerekir.

Kanaatimizce savunulan görüşlerden ikincisi, yasa koyucunun amacına ve 5252 sayılı Kanun'un 9/3. maddesinin lafzına daha uygundur. 765 sayılı TCK hükümleri ile 5237 sayılı TCK hükümleri bir bütündür. Düzenlemeler çoğu kez birbirleri ile iç içedir. Herhangi kanunda yer alan bir düzenlemeyi veya kurumu, diğer düzenlemelerinden farklı olarak değerlendirerek sonuca gitmek, yeni bir yasa yapmaktır. Kanunda açıklık bulunmayan hallerde bu durum kabul edilemez. Mahkeme tarafından kurulan hükmün, uygulama alanı bulup bulamayacağı infaz aşamasında değerlendirilmesi gereken bir husustur. Uygulama alanı bulmayan bir hükmün mahkeme kararında yer alması abesle iştiğal değil, Kanun'un emredici hükmünün uygulanmasıdır.

C. Suçun İşleniş Tarihine Göre Tekerrür Uygulaması

Tekerrürün uygulamasında, işlenen önceki veya sonraki suçun, tarihinin 1 Haziran 2005 ten önce olup olmaması veya suç tarihi eski olan mahkûmiyetin erteli olup olmaması bir takım sorunları da beraberinde getirmektedir. Sorunların kaynağı, tekerrür kurumunun hukuki niteliğinin farklı yorumlanmasından ve tekerrür uygulamasında lehe düzenlemenin hangisi olduğu konusundaki görüş farklılıklarından kaynaklanmaktadır. Yukarıda genel itibariyle anlattığımız konuları, örnek olaylar üzerinde somutlaştırmanın faydalı olacağını düşünüyoruz.

1. Her İki Suçunda 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenmiş Olması Durumu

Fail tarafından işlenen suçlardan her ikisinin tarihi de 1 Haziran 2005 ten öncesi olması durumunda, fail hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması, lehe kanunun tespiti açısından tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul edip etmemeye göre farklılık arzeder. Tekerrür hükümlerinin uygulanmasını kabul etmeyen görüşe göre,¹⁴⁵ hakkında tekerrür uygulaması yapılacak suçun tarihi eski ise, bu durumda 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. maddesi uyarınca yapılacak değerlendirmede, tekerrür hükümleri gözönüne alınmayacaktır. Buna karşın tekerrür hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunan yazarlara göre ise,¹⁴⁶ lehe kanunun tespitinde tekerrür hükümleri de değerlendirme konusu yapılacaktır.

Yargıtay vermiş olduğu kararlarında ilk görüşü uygun olarak, 1 Haziran 2005 tarihinden önce işlenen suçlar hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 58. maddesindeki düzenlemenin, 765 sayılı TCK'nın 81 vd. maddelerindeki düzenlemeden farklılığını gözönüne alarak, tekerrür hükümlerinin uygulanmaması gerektiğini

145 Bkz. yuk. VII, B, 1.

146 Bkz. yuk. VII, B, 2.

belirtmektedir.¹⁴⁷

2. Sadece İlk Suçun 1 Haziran 2005 Tarihinden Önce İşlenmiş Olması Durumu

Failin işlediği suçlardan, tekrerrüğe esas alınan suçun 1 Haziran 2005 ten önce işlenmesine karşın, hakkında tekrerrür hükümlerinin uygulanacağı ikinci suçun sonra işlenmesi durumunda, tekrerrür uygulamasında herhangi bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Çünkü hakkında tekrerrür nedeniyle yaptırım uygulanacak suç, ilk suç değil işlenen ikinci suçtur. Tekerrürün şartlarının oluşup oluşmadığı da işlenen ikinci suçun, işlenme tarihinde yürürlükte bulunan ceza mevzuatına göre değerlendirilecektir. Hakkında tekrerrür hükümlerinin uygulanacak suçun, 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 ten sonra işlenmiş olması durumunda, fail hakkında aynı Kanun'un 58. maddeye göre işlem yapılacaktır.

İkinci suçun işlenme tarihinin 1 Haziran 2005 ten sonra olması durumunda, zaten 5252 sayılı Kanun'un 9. maddesi uygulama alanı bulamayacaktır.

3. 765 sayılı TCK Hükümlerine Göre Verilen Erteli Cezalara İlişkin Mahkûmiyetlerin Durumu

Seçenek yaptırım olarak cezanın ertelenmesine ilişkin 765 sayılı TCK düzenlemesi ile 5237 sayılı TCK'nın hükümleri arasında farklılık bulunmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde verilen erteleme kararı sonrasında, belirlenen sürede yeniden suç işlenmemesi halinde, mahkûmiyet hükmü tüm sonuçları ile birlikte ortadan kalktığından (765 sayılı TCK m.95) tekrerrüğe esas alınmıyordu. Bununla birlikte, erteli cezalar tekrerrüğe esas değildi¹⁴⁸. 5237 sayılı TCK'nın ertelemeyi düzenleyen 51. maddesinde ise, belirlenen denetim süreleri içerisinde herhangi bir

147 11. CD. 14.5.2007, 2141/3340: "5237 sayılı TCK.nun 7/3. maddesi uyarınca, 01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda aynı yasanın 58. maddesinin uygulanamayacağına gözetilmemesi..." (BAKICI: s.1355); 1.CD. 19.07.2007, 4032/6078: "01.06.2005 tarihinden önce işlenen suçlarda 5237 sayılı TCK. nun lehe kabul edilip uygulanması halinde mükerrirlere özgü infaz rejiminin uygulanamayacağına dikkate alınmaması" (BAKICI: s.1357).

148 İBK. 20.5.1942, 31/14 (GÖKÇEN: 13.2.2008).

suç işlenmemesi ve denetim yükümlülüklerine uygun davranılması durumunda, mahkûmiyet hükmü ortadan kalkmamakta, ceza infaz edilmiş sayılmaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 51/3 ve 4. madde ve fıkraları ile, 58/2. madde ve fıkrası birlikte değerlendirildiğinde, erteli mahkûmiyet hükmü tekerrüre esas teşkil edebilecektir.¹⁴⁹

765 sayılı TCK hükümlerine göre verilen ertelemeye ilişkin mahkûmiyet kararları, hüküm tarihinden itibaren başlayacak olan ve 95. maddede belirtilen süreler içerisinde varlıklarını ve kendilerine bağlanan sonuçları doğurmaya devam ederler. "Vaki olmamış sayılmayan" ertelenmiş mahkûmiyetler, 5237 sayılı TCK uygulamasında tekerrüre esas alınabileceklerdir. 1 Haziran 2005 ten önce işlenen bir suçtan dolayı, 5252 sayılı Yasa'nın 9. maddesi uyarınca yapılan değerlendirme sonucunda lehe olması nedeniyle 765 sayılı TCK hükümlerine göre verilen erteli mahkûmiyet hükmü, karar tarihinden itibaren 5 yıl boyunca varlığını koruyacağından; bu süre içerisinde ancak 1 Haziran 2005 tarihinden sonra işlediği bir suç nedeniyle tekerrüre esas olabilecektir.¹⁵⁰

SONUÇ

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, birçok kurumda olduğu gibi tekerrür müessesesi hakkında da, 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı bir düzenleme yapmıştır. YTCK'nın tekerrür açısından kabul ettiği felsefe, ETCK'nın kabul ettiğinden farklıdır.

Önceki ceza mevzuatında tekerrür, maddi ceza hukuku kapsamında değerlendirilen ve cezada artırımı gerektiren bir hal iken; ilga teorisini benimseyen YTCK düzenlemesinde tekerrür, cezada artırım sebebi olarak kabul edilmeyip, bir

149 6.CD. 05.07.2007, 2034/8341: "Sanığın tekerrür koşullarına uygun hükümlülükleri bulunduğu halde, 5237 sayılı Yasanın 58/6-7 maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, anılan hükümlülüklerin erteli olduğundan söz edilerek anılan hükmün uygulanmaması" (BAKICI: s.1357).

150 CGK, 17.4.2007, 71/98: "5237 sayılı Yasa'nın 58. maddesi uyarınca kişinin mükerrer sayılması için ilk hükmün kesinleşmesinden sonra ikinci suçun işlenmesi yeterli olup, ilk suçun 1 Haziran 2005 tarihinden önce veya sonra işlenmesinin mükerrirlik açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır" (BAKICI: s.1349).

infaz rejimi olarak düzenlenmiştir. Her iki yasadaki bu temel farklılık uygulamada bir kısım sorunların meydana gelmesine sebep olmuştur. Sorunlar; YTCK'nın 7/2 ve 5252 sayılı Kanun'un 9/3. maddeleri kapsamında, lehe kanunun tespiti açısından yapılan değerlendirmelerde tekerrürün gözönüne alınıp alınmayacağı noktasında toplanmaktadır. Doktrinde bu konu tartışmalıdır. Bir kısım yazarlar lehe kanun tespitinde tekerrürün de değerlendirilmesi gerektiğini savunurken, tekerrürün değerlendirme dışı bırakılması gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır. Yargıtay verdiği kararlarında, YTCK'daki tekerrür düzenlemesinde cezada artırım öngörülmediğinden, suç tarihi eski olan mahkûmiyetler hakkında tekerrür nedeniyle artırım yapılamayacağını, tekerrür hükümleri göz ardı edilerek lehe kanunun tespit edileceğini, lehe olduğundan bahisle 5237 sayılı TCK hükümleri uygulandığında fail hakkında 58. maddesinin uygulanamayacağını belirtmiştir. Kanaatimizce 5252 sayılı Yasa'nın 9/3. maddesi uyarınca, lehe kanunun tespit edilirken önceki ve sonraki yasa hükümleri bir bütün halinde uygulanmalı, yapılan uygulamada tekerrür hükümleri ayrı tutulmamalıdır.

ETCK döneminde, tekerrür uygulanması için önceki mahkûmiyetin infazının gerekli olup olmadığı tartışmalı idi. Uygulamada Yargıtay, önceki mahkûmiyetin infazının gerekli olduğunu karara bağlamıştı. YTCK'nın 58/1,2. maddesi, bu konuda yapılan tartışmaları bitirecek açıklıkta, önceki mahkûmiyetin infazının tekerrür uygulaması açısından gerekli olmadığını, cezanın infazının tekerrür süresinin başlaması açısından önemli olduğunu düzenlemiştir.

5237 sayılı TCK'nın 58. maddesinde mükerrirler hakkında özel bir infaz rejimi uygulanacağı belirtilmiştir. Bu infaz rejiminin ne olduğu ve 5275 sayılı Kanun'un 108. maddesinde düzenlenmiştir. Mükerrirlere özgü infaz rejimi incelendiğinde, mükerrirlerin tekrar topluma kazandırılması açısından özel düzenlemelerin yer almadığı, ETCK düzenlemesinden daha etkin bir yaptırım sisteminin yer aldığı, bu hali ile mükerrirleri ıslah etmekten uzak olduğu ortadadır. Kanaatimizce mükerrirdeki suç işleme alışkanlığının yoğunluğu, işlenen suçun niteliği ve işlenme şekli gibi hususlar gözönüne alınarak ve bu hususta hâkime takdir hakkı

verilerek, daha etkin bir infaz rejiminin uygulanması, YTCK'nın kabul ettiği felsefeye daha uygun olacaktır.

5275 sayılı Kanun'un 107 ve 108. maddeleri incelendiğinde, mükerrirlere özgü infaz rejimi açısından yapılan düzenlemelerin hapis cezaları gözönüne alınarak düzenlendiği, mükerrir hakkında verilen adli para cezaların infazında ne gibi bir yol izleneceğinin belirtilmediği görülecektir. Kanaatimizce, para cezalarının infazı açısından 5275 sayılı Kanun'un 106. maddesinde özel bir infaz rejimi düzenleyen yasa koyucu, buradaki düzenlemelerin mükerrirler açısından da etkili olacağını düşünerek, ayrı bir düzenleme yapmayı gerek görmemiştir. Ancak tekkerrürü bir cezalandırma aracı olarak değil, bir infaz rejimi ve mükerriri topluma yeniden kazandırma yöntemi olarak kabul eden yeni ceza sisteminin, adli para cezalarına mahkûmiyet halinde bunun nasıl sağlanacağı hususunda bir açıklığa yer vermemesi önemli bir eksikliklerdir.

KAYNAKÇA

ARDALI, Çetin : “Müeccel Cezalarda İçtima ve Tekerrür”, AD, 1944/6.

ARDALI, Çetin : “Tekerrürde Cezanın Çekilmesi Şart Değil mi?”, AD, 1944/12.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, A.Caner : Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.I, Ankara, 2006.

BAKICI, Sedat :Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. B., Ankara 2008.

BAYRAMOĞLU, Reşad : “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart mıdır Değil midir?”, AD, 1944/12.

BAYRAMOĞLU, Reşat : “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart mıdır Değil midir?”, AD, 1944/12.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem : Türk Ceza Hukukuna Giriş, 4.B, İstanbul 2006.

ÇINAR, Ali Rıza : Türk Ceza Hukukunda Cezalar, Ankara 2005.

DEMİRBAŞ, Timur : Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4.B., Ankara 2006.

DEMİRBAŞ, Timur : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir : Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.I ve III, İstanbul 1997.

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, M. Emin : Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.

EREM, Faruk : “Tekerrür Hakkındaki Kanun Hükümlerinin Tetkiki”, AÜHF, C.II, 1945/2-3.

EREM, Faruk : “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir II”,

AD, 1945/5.

EREM, Faruk : “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir”, Adalet Dergisi, 1945/5.

EREM, Faruk : “Tekerrürün Esası”, AD., 1949/10.

GÖKÇEN, Ahmet : Türk Ceza Hukukunda Tekerrür, http://www.akader.info/KHUKA/2003_eylul/turkcezahuk.htm (13.02.2008)

GÖKKOYUN, Uğur : Teori ve Uygulamada Tekerrür, İstanbul 1996 (Yüksek Lisans Tezi).

GÜNAY, Erhan : Cezada Tekerrür Uygulaması, Ankara 1996.

HAKERİ, Hakan : Ceza Hukuku, Ankara 2005.

HAKERİ, Hakan : Ceza Hukuku, 2.B., Ankara 2006.

İÇEL, Kayıhan : Suçların İçtiması, İstanbul 1972.

KUNTER, Nurullah : “Tekerrürde Cezanın Çekilmiş Olması Şart Değildir”, AD, 1945/1.

OTACI, Cengiz : “Ceza Hukukunda Lehe Kanununun Tespiti Ve Bazı Sorunlar” http://www.cezabb.adalet.gov.tr/mevzuat/Ceza_Hukukunda_lehe_Kanun_ve_Baz%C4%B1_Sorunlar.doc, 15.05.2008.

ÖNDER, Ayhan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, C.II-II, B.2, İstanbul 1992.

ÖZBEK, Veli Özer : Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, 3.B., Ankara 2006.

ÖZEK, Çetin : “Umumi Af”, İHFM, 1959/1-4.

ÖZGENÇ, İzzet : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2006.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. B., Ankara 2006.

SİMAV, Şefik : “Türk Ceza Kanununda Tekerrür”, AD, 1945/12;

SOYASLAN, Doğan : Ceza Hukuku Genel Hükümler, 3.B., Ankara 2005.

ŞEN, Ersan : Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, C.I, İstanbul 2006.

TAN, Hadi : “Tekerrür Hükümlerinin Tatbiki İçin Cezanın Çekilmiş Olması Şarttır”, AD 1945/3.

TAN, Hadi : “Yine Tekerrür Meselesi”, AD, 1945/8.

TAŞKIN, Ozan Ercan : Tekerrür (Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2002.

TEKİN, Nuh : “Tekerrür”, AD, 1986/1.

TOROSLU, Nevzat : “Ceza Hukukunda Okullar”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998.

TOROSLU, Nevzat : Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2007.

YAŞAR, Yusuf : “Tekerrürün Çeşitleri-TCK Sistemi”, <http://www.eakademi.org/ara.asp?aranacak=tekerr%C3%9CFCr+%E7e%FEitleri&kriter=sitede> (15.05.2008).

YURTCAN, Erdener : Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu, 2. B., İstanbul 2006.

YÜCEL, Mustafa Tören : “Mükerrirliğin Görünümü (Bilimsel Bir Yaklaşım Doğru)”, YD, 1976/1-4.

TÜRKÇE SÖZLÜK : Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 2005.

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>

KISALTMALAR

AD	: Adalet Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Yargıtay Ceza Dairesi
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu (765 sayılı TCK)
İBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TCK	: Türk Ceza Kanunu ¹⁵¹
vb	: ve benzeri
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YTCK	: Yeni Türk Ceza Kanunu (5237 sayılı TCK)
Yuk	: Yukarı



151 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kısaltması olarak kullanılmıştır. Anlatımlarımızda aksi belirtilmediği takdirde bu kısaltmadan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu anlaşılmalıdır.

**ADLİ VE ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ
VE BU YOLLA ELDE EDİLEN BİLGİLERİN DELİL OLARAK
DEĞERLENDİRİLMESİ**

Nurullah TEKİN (★)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I. TÜRK HUKUKUNDA ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ, A- Genel Olarak, B- Kavramlar ve İletişim Türleri, 1. Telekomünikasyon Kavramı, 2. Denetleme Kavramı, 3. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi, 4. İletişimin Tespiti, 5. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması, 6. Mobil Telefonun Yerinin Tespiti, 7. Diğer İletişim Bilgilerinin İstenmesi, II. ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SURETİYLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ, III. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN DURUMU, A- Genel Olarak, B- Tedbir Kapsamındaki Şüpheli veya Sanık Hakkında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Durumu, 1. Katalog Suçlar Bakımından, 2. Katalog Dışı Suçlar Bakımından, C- Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Delil Başlangıcı Olarak Değerlendirilmesi, IV. TÜRK HUKUKUNDA ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ, A- Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Kavramı, B- Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Kapsamı, C- Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesinden Elde Edilen Kayıt ve Bilgilerin Yargulamada Delil Olarak Kullanılması Sorunu, 1. Elde Edilen Bilgilerin Suç Duyurusunda Kullanılması, 2. Tesadüfen Elde Edilen Bilgilerin Değerlendirilmesi, SONUÇ

(★) Havsa Cumhuriyet Savcısı.

GİRİŞ

Günümüz dünyasında suçla mücadelede büyük önem taşıyan iletişimin denetlenmesi, 5271 sayılı CMK'nın 135-138. maddelerinde bir koruma tedbiri olarak ayrıntılı ve açık bir şekilde düzenlenmiştir. İletişimin denetlenmesi tedbiri, kolluk güçleri tarafından en etkin ve en geniş şekilde uygulanmak istenmektedir. Kolluğun bu isteğini haklı çıkaran sayısız olay gündelik hayatımızda karşımıza çıkmakta, alınacak tedbirlerle önlenmesi mümkün olan bu olayların vuku bulması toplumda rahatsızlıklara neden olmaktadır. İletişimin denetlenmesi ile ilgili CMK hükümleri kişi merkezli bir yaklaşım tespit etmiştir. Son çare olarak başvurulması gerekli olan bir tedbir olması nedeniyle bu tedbirin uygulanması birtakım şartların varlığına bağlanmıştır.

Soruşturma veya kovuşturma esnasında elde edilmiş bilgi ve belgelerin delil olarak duruşmada kullanılabilmesi için, bunların soruşturma ve kovuşturma organları tarafından "hukuka uygun" bir şekilde elde edilmiş olmaları gerekir. Delil serbestisi sistemi ilkesinin gereği olarak, hukuka uygun olarak elde edilmiş ses veya görüntü kayıtları, ancak tahrifata uğradığı veya sahte olduğu hususunda bir tereddüt bulunmadığı takdirde ispat aracı olarak kullanılabilir. Bu sebeple iletişimin denetlenmesi kapsamında elde edilen kayıt ve işlemlerin delil olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle usulüne uygun olarak verilmiş bir tedbir kararının olması ve bu kararın uygulanması neticesinde, karara konu suç ve kişilere ilişkin olarak elde edilmiş bir delilin olması gerekir. Bu hususa uyulmadan elde edilen bilgilerin yargılamada delil olarak kullanılması mümkün değildir.

Bu çalışmamızda; öncelikle iletişimin denetlenmesi kavramı ve iletişim türleri genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılmış, ardından adli amaçlı iletişimin denetlenmesi suretiyle elde edilen delillerin değerlendirilmesi ile tesadüfen elde edilen delillerin durumu ve önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kavramı, kapsamı ile bunlardan elde edilen kayıt ve bilgilerin yargılamada delil olarak kullanılması sorunu irdelenmiştir.

I. TÜRK HUKUKUNDA ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

A- Genel Olarak

5271 sayılı CMK'nın 135–138. maddelerinde iletişimin denetlenmesi, bir koruma tedbiri olarak detaylı ve açık olarak düzenlenmiştir. CMK'nın 135. maddesinin 7. fıkrasında bu madde hükümleri dışında başka bir şekilde iletişimin denetlenmesinin uygulanamayacağı açık şekilde ifade edilmiştir. CMK'da düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbiri sadece bir suç işlendikten sonra başka yollarla ulaşılamayan delillerin elde edilmesi amacıyla başvurulabilecek bir tedbir olarak yer almıştır¹.

Adli amaçlarla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilmek için gerekli olan şartlar CMK'da düzenlenmiştir. Bu şartlar, anılan Kanununun 135. maddesinde, “bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir” şeklinde ifade edilmiştir.

İletişimin denetlenmesi ile ilgili CMK hükümleri kişi merkezli bir yaklaşım tespit etmiştir. Son çare olarak başvurulması gerekli olan bir tedbir olması nedeniyle bu tedbirin uygulanması birtakım şartların varlığına bağlanmıştır. Bu şartların varlığı halinde de, şartlara uyan sanık ya da şüphelilerin iletişimlerinin denetlenmesine izin verilmiştir. Bu bağlamda; sabit telefon, mobil telefon, faks, İnternet, teleks gibi iletişim araçlarının yanı sıra² şüpheli veya sanık tarafından kullanılan jetonlu veya ankesörlü telefonlar üzerinden kurulan iletişimin denet-

1 ŞEN, Ersan: “İletişimin Dinlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, S. 4, s. 104.

2 ÖZBEK, Veli Ozer: “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Ankara, 2006, s.422

lenmesi de mümkündür³. Öte yandan, iletişimin denetlenmesi kararı, kişilerin yurt dışı bağlantılı iletişimini de kapsar. İletişim aracının şüpheli ya da sanığın evinde veya işyerinde olması tedbirin uygulanması açısından bir önem taşımaz⁴. İşyeri kavramına, kamu kuruluşları da girmektedir. Başka bir anlatımla, kişinin kamu kuruluşundaki bir vasıta aracılığıyla kurduğu iletişim hakkında da bu tedbir kararı uygulanabilir⁵. Bununla birlikte, posta ya da telgraf ile yapılan iletişim, niteliği gereği CMK'nın 135 vd. maddelerine göre denetlemeye tabi tutulamaz⁶.

B- Kavramlar ve İletişim Türleri

1. Telekomünikasyon Kavramı

Telekomünikasyon kavramı, 10.11. 2005 tarihli Telekomünikasyon Yoluya Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelikte⁷ "Her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülebilir her türlü verinin kablo, telsiz optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan her türlü elektromanyetik iletiden, örneğin, telefon, İnternet, faks, telsiz ile yapılan göndermeler, bilgi aktarımları, haberleşmeler vs. anlaşılmalıdır⁸.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kavramı ise,

- 3 KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: "Ceza Muhakemesi Hukuku", 15. bası, İstanbul 2006, s. 699.
- 4 CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: "Ceza Muhakemesi Hukuku", 4. Bası, İstanbul 2006, s. 365.
- 5 YİĞİT, Nuri, "Arama, Elkoyma ve Gizli Koruma Tedbirleri Adalet Bakanlığı Seminer Notları", Anı'ara 2005, s. 15-23.
- 6 KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, S. 702.
- 7 R.G., 04.07.2007. S. 26572.
- 8 KAYA, Abdulkadir: "Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında İletişimin Dinlenmesi Ve Teknik İzleme", Yargı Dünyası, Sayı 129, Eylül 2006, s.11.

araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi ve buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir⁹. Bir başka tanıma göre ise telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, görüşenlerin bilgisi dışında, görüşmenin dışarıdan uygun teknik araçlarla müdahale edilerek dinlenmesi ve elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ile değerlendirilmesidir¹⁰.

2. Denetleme Kavramı

Kanun koyucu CMK'nın 135. maddesinde denetlemenin içeriğini tespit etme, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olarak sınırlamıştır. Bu konuya ilişkin yönetmelikte denetleme yerine tespit, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ifadelerinin tümü kullanılmıştır.

Kanunda, kayda alma ve tespit kelimelerinin bir arada kullanılması bu ifadelerin anlamları konusunda tereddüt doğurmaktadır. Çünkü 4422 sayılı Kanun'da kayda almayı da kapsayacak şekilde tespit kelimesi ve bunun dışında 'dinleme' kelimesinin kullanılması ile yetinilmişti. CMK md. 135'te kayda almanın ayrıca sayılmasına göre tespit etme ile ne kastedildiği sorusu gündeme gelmiştir¹¹. Bu konudaki tereddüt ilgili 10.11.2005 tarihli yönetmelikle giderilmeye çalışılmıştır. Bu yönetmelikte, iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, "Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmalar ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri ifade eder" şeklinde; iletişimin tespiti ise "İletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçları ile kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma,

9 ÖZTÜRK, Bahr/ERDEM, M. Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer: "Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Ankara 2004, s. 600; CMK'nın Beşinci Bölüm başlığının "Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi" olmasına karşılık, konunun düzenlendiği 135. madde başlığının "İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması" olması aynı konuyu ifade etmek üzere iki ayrı terimin kullanılması eleştirilmiştir. Bunun yerine "Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi" teriminin kullanılmasının daha yerinde olacağı belirtilmiştir. (ÖZBEK. s. 420.).

10 BALTACI, Vahit, "Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması", Ankara 2007, s. 357.

11 KEKLİK, Ramazan, "Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi", Adalet Dergisi, Sayı 25, s. 228.

yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır¹².

Bununla birlikte yapılan bu tespit tanımı karşısında sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ifadesinin içeriği büyük oranda boşalmış olmaktadır. Öyle ki aynı yönetmelikte sinyal bilgisinin, “Bir şebekede haberleşmenin iletimi veya fatura-lama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade eder” şeklinde tanımlanmasıyla bir-likte bu tanımların içeriğinin büyük oranda çakışacağı ortadadır.

Öğretide “dış bağlantı verileri” adı verilen ve konuşmaların içeriğine mü-dahale etmeden kimler arasında ve hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgilerin elde edilmesi, CMK’nın 135. maddesi ve devamındaki madde hükümlerine tabi değil-dir. Özellikle telefonla taciz, hakaret ve telefonla rahatsız etme suçlarının aydınla-tılması amacıyla haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından, yapılan konuşmalar-ı ücretlendirmek amacıyla tutulan bu bilgilerden yararlanmasına CMK’nın 135. maddesi engel değildir. Nitekim CMK’nın 135/6. maddesinde “dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin “yetkinin ancak tek tek sayılmak suretiyle gösterilen suçlar bakımından uygulanacağı öngörülmesine karşın “iletişimin tespiti” bakımından böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir¹³.

İletişimin denetlenmesine ilişkin tedbirler, hakkında tedbir uygulanacak ki-şinin üzerine kayıtlı veya kullanmakta olduğu iletişim araçlarının hepsi hakkında uygulanabilir. Hakkında karar verilen kişi ile iletişim aracının sahibinin farklı kişiler olması halinde bu durumun ilgili talep ve karar içeriğinde açıkça belirtil-mesi gerekmektedir. İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgi-lerinin değerlendirilmesi tedbiri kişinin yurtdışı bağlantılı iletişimini de kapsar

12 ŞAHİN, Cumhur: “Ceza Muhakemesi Şerhi”, Ankara 2006, s. 380.

13 ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer, “4422 Sayılı ÇASÖMK Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi”, Seytullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 601.

niteliktedir¹⁴.

3. Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi

İletişimin denetlenmesi tedbirinin esaslarını düzenleyen 14.01.2007 tarihli Yönetmelikte sinyal bilgisinin, bir şebekede haberleşmenin iletimi veya faturalama amacıyla işlenen her türlü veriyi ifade edeceği belirtilmiştir. Aynı Yönetmelikte, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kavramı ise, iletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemlerini ifade etmektedir. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri, 5271 sayılı CMK'nın 135/6. maddesindeki açık düzenleme çerçevesinde ancak ve sadece kanunda öngörülen katalog suçlar¹⁵ için başvurulacak bir yöntemdir¹⁶.

Örnek olarak belirtmek gerekirse, bir mobil telefonun baz istasyonlarına

14 ÇOLAK, Haluk/TAŞKIN, Mustafa, "Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi", Ankara 2007, s.624.

15 CMK 135/6 maddesi: Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan:

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (Madde 79, 80),

2. Kasten öldürme (Madde 81, 82, 83),

3. İşkence (Madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, Madde 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (Madde 103),

6. Uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti (Madde 188),

7. Parada sahtecilik (Madde 197),

8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, Madde 220),

9. (Ek alt bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) * 1 * Fuhuş (Madde 227, fıkra 3),

10. İhaleye fesat karıştırma (Madde 235),

11. Rüşvet (Madde 252),

12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (Madde 282),

13. Silahlı örgüt (Madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (Madde 315),

14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (Madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (Madde 12) suçları.

c) (Ek bend: 25/05/2005-5353 S.K./17.mad) Bankalar Kanununun 22 nci Maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu, * 1 *

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü Maddelerinde tanımlanan suçlar.

16 ÇOLAK/TAŞKIN, s. 623.

gönderdiği sinyallerin değerlendirilerek, hakkında yakalama emri bulunan kişinin yerinin belirlenmesinde bu bilgilerin kullanılması¹⁷ CMK hükümleriyle sınırlandırılmış ve yer tespiti olarak tanımlanan bu işlem aslında sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemi olduğu için, ancak CMK 135. maddede belirtilen katalog suçlarında uygulanabilmesi öngörülmüştür. Çünkü sinyal bilgilerinin canlı olarak değerlendirilmesi, ancak, hakkında dinleme kararı bulunan kişiler için ve bir soruşturma veya kovuşturma kapsamında başka yolla delil elde edilmesi mümkün bulunmadığı takdirde mümkün olabilmektedir. Ayrıca sadece şüpheli veya sanığın iletişimi denetlenebileceğinden, bunun dışındaki kimseler için bu tedbir uygulanamaz.

İletişimin tespiti kavramı ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Yer veya adres bilgilerini ihtiva eden iletişimin tespitin katalog dışı suçlar bakımından da uygulanabildiği halde, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sadece katalog suçlarına münhasır bir uygulamadır. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde iletişim kurulmaksızın bir kişinin yerinin tespit edilmesi söz konusudur.

Bu verilerin herhangi bir işleme tabi tutulmadan kayıt altına alınarak muhafaza edilmesi ve ilgililere aktarılması iletişimin tespitini ifade ederken; bu verilerin fatura, yazılım ve mekanik bilgilerin bir sanal havuza alınarak ikinci bir işlemde geçirildikten sonra farklı bir amaç için değerlendirilmesi ve işlenmesi ise sinyal bilgilerinin değerlendirilmesini ifade eder¹⁸. Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işleminde, kişiler arasındaki iletişim trafiği görüşmelerin içeriğine başvurulmaksızın takip edilmektedir. Telefon detay kayıtları, fatura bilgileri esas olmak üzere arayan, aranan, kullanılan cihaz ve yer bilgilerini kapsamakta olup, bu kayıtlar konuşma mesaj ve ses bilgileri dışında kalan bilgileri içermektedir. Sinyal bilgileri vasıtasıyla kişi takip edilerek aynı güzergâhtan aynı zaman dilimi

17 ŞAHİN, s.381.

18 ŞEN, s. 104.

içerisinde geçmiş olan kişilerin geçmişe dönük olarak yapılan incelemesi ile bazı bilgilere ulaşılmaya çalışılmaktadır¹⁹.

4. İletişimin Tespiti

İletişimin tespiti kavramı, herhangi bir iletişim aracı ile iki veya daha çok kişinin iletişim kurması ve kimlerin ne zaman arandığı, iletişimin ne kadar süreyle yapıldığı, telekomünikasyon yoluyla kimlerle iletişim kurulduğu hususlarının belirlenmesi ya da sanık veya şüphelinin telekomünikasyon yoluyla kimler ile iletişim kurduğunun tespit edilmesi²⁰ olarak tanımlanmaktadır. Özel hayata tam bir müdahale olarak yorumlanmadığı için, iletişimin tespitinin, sadece hâkim kararı ile ve katalog dışı suçları da kapsayacak şekilde yapılabilmesi uygulaması Yargıtay tarafından kabul görmektedir²¹. Bu hususta düzenleme yapan, 10.11.2005²² ve 14.01.2007²³ tarihli yönetmeliklerde iletişimin tespiti, “İletişimin içeriğine müdahale etmeden iletişim araçlarının diğer iletişim araçları ile kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemleri ifade eder” şeklinde tanımlanmıştır²⁴.

5. İletişimin Dinlenmesi ve Kayda Alınması

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması, ilgili yönetmeliklerde, “telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemleri” ifade edeceği belirtilmiştir. İletişimin dinlenmesi ve

19 ŞAHİN, s. 381.

20 ÖZBEK, s. 421.

21 Yargıtay 5. Ceza Dairesinin 03.10.2005 tarih ve 2005/14969-20489 sayılı kararı.

22 Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi, Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi ve Kayda Alınmasına Dair Usul ve Esaslar ile Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yönetmelik.

23 Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik.

24 ÇOLAKTAŞKIN, s. 622.

kayda alınması ancak katalog suçlar bakımından uygulanabilecek bir tedbirdir. Dinleme, iletişimin kayda alınması suretiyle ve kesintisiz olarak devam eden bir tedbirdir.

Faks ile yapılan haberleşmelerde veya İnternet üzerinden yapılan yazışmalarda her ne kadar dinleme değil okuma söz konusu ise de, bu durum iletişimin dinlenmesi kapsamında yer almaktadır. Bu sebeple, faksların veya elektronik posta iletilerinin okunması için de CMK'nın 135. maddesindeki usulün uygulanması gerektiği²⁵ düşüncesi hak ve hürriyetlerin korunması bakımından isabetlidir.

6. Mobil Telefonun Yerinin Tespiti

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesini düzenleyen CMK'nın 135. maddesi aynı zamanda mobil telefonun yerinin tespitini de düzenlemektedir. Burada mobil telefonla yapılan iletişimin içeriğinin tespitine ilişkin bir tedbir söz konusu değildir. Bu tedbir ile mobil telefonun yeri belirlenerek, şüpheli 'veya sanığın bulunduğu yerin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Bu tedbirin uygulanması ile şüpheli veya sanığın yanında ya da yakınında bulunan mobil telefonuna sinyal gönderilerek sinyallerin geri alındığı baz istasyonu tespit edilecektir. Kolluk görevlileri de baz istasyonu çevresinde yapacakları araştırmalarla şüpheli veya sanığın yeri ile ilgili verileri değerlendireceklerdir. Bu tedbir katalog suçlar açısından yapılabilmektedir. Ancak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sonucu yapılan yer tespiti ile iletişimin tespiti kapsamında belirlenen yer tespiti birbirine karıştırılmamalıdır. Her iki işlemde de yer belirlenmekte, ancak sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinde herhangi bir iletişim kurulmadan da yer belirlenebilirken (katalog suçlarda), iletişimin tespiti kapsamında yer tespitinde ise kurulan iletişimin sonrasında yer belirlenmektedir. (katalog suçu ve diğer suçlarda)

CMK'nın 135/4. maddesi uyarınca şüpheli veya sanığın yerinin tespit edilebilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan

25 KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 706.

hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir²⁶. Mobil telefonun yerinin tespitine ilişkin karar, iletişimin içeriğine bir müdahale oluşturmaktadır. Bu nedenle Cumhuriyet savcısının da acele hallerde bu kararı verebilmesi kabul edilmiştir. Ayrıca şüpheli veya sanığın yerinin belirlenmesi, her zaman için gecikmesinde sakınca olabilecek bir durumdur. Her an şüpheli veya sanığın yer değiştirmesi, kaçması, telefonunu değiştirmesi mümkündür. Bu nedenle gecikmesinde sakınca bulunan hal gerekçesi ile Cumhuriyet savcısı da bu kararı verebilecektir²⁷.

7. Diğer İletişim Bilgilerinin İstenmesi

İletişimin dinlenmesi ve kaydedilmesi, iletişime ilişkin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimin tespitine ilişkin bilgilerin dışında yer alan abone, kimlik veya kütük bilgilerinden de ceza soruşturması ve kovuşturmasında yararlanılmaktadır. Bu bilgilere “diğer iletişim bilgileri” ya da “iletişim dışı detay bilgiler” denilmesi kavram karışıklığını engellemek için uygun olacaktır. Yukarıda sayılan dinleme, kaydetme, sinyal bilgilerini değerlendirme ve tespit işlemleri dışında kalan abone bilgileri, telefon numarası, elektronik cihaz bilgileri veya iletişim bağlantısının tespitine imkân veren kod gibi iletişimin tespiti kapsamı dışındaki bilgiler de bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma kapsamında işletmecilerden, servis sağlayıcılardan talep edilmelidir.

Abone ismi, abone adresi, abone kimlik bilgileri, telefon numarası, IMEI numarası sorgusu veya eşleştirmesi, (IMEI numarasından kullanıcı, kullanım tarihi, kimlik ve adres bilgisi araştırması), IP sorgusu bilgileri, sim kart bilgisi ve eşleştirmesi, Puk numarası bilgisi, kontör kartları bilgisi ve eşleştirmesi, roaming bilgisi, telefonun açık olup olmadığı bilgisi diğer iletişim bilgileri ya da iletişim dışı detay bilgileri olarak adlandırılan bilgilerdir.

26 TURHAN, Faruk, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Ankara 2006, s. 270; ÖZBEK, s. 422; CENTEL/ZAFER, s. 365.

27 ÖZTÜRK/ERDEM, s. 607.

II. ADLİ AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ SURETİYLE ELDE EDİLEN DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Soruşturma veya kovuşturma esnasında elde edilmiş bilgi ve belgelerin delil olarak duruşmada kullanılabilmesi için, soruşturma ve kovuşturma organları tarafından “hukuka uygun” bir şekilde elde edilmiş olmaları gerekir²⁸. Delil serbestisi sistemi ilkesinin gereği olarak, hukuka uygun olarak elde edilmiş ses veya görüntü kayıtları, ancak tahrifata uğradığı veya sahte olduğu hususunda bir tereddüt bulunmadığı takdirde ispat aracı olarak kullanılabilir²⁹. Bu sebeple iletişimin denetlenmesi kapsamında elde edilen kayıt ve işlemlerin delil olarak değerlendirilebilmesi için, öncelikle usulüne uygun olarak verilmiş bir tedbir kararının olması ve bu kararın uygulanması neticesinde, karara konu suç ve kişilere ilişkin olarak elde edilmiş bir delilin olması gerekir³⁰. Bu hususa uyulmadan elde edilen bilgilerin yargılamada delil olarak kullanılması mümkün değildir. Ancak, usulüne uygun olarak, yetkili ve görevli yargılama makamı tarafından verilen iletişimin denetlenmesi kararı, devletin, özel hayatın gizli alanına girmesine izin verir. Arayan kişilerin, şüpheli veya sanıkla yaptıkları konuşmalar da, hâkimin kararı içinde kaldığı için, hukuka uygun bir şekilde dinlenebilir ve kayda alınabilir³¹.

İletişimin denetlenmesinde olduğu gibi denetleme sonucu elde edilen verilerin kullanılmasında da denetleme amacına uygun hareket edilmeli, denetleme sonucu elde edilen bilgiler, işlenmiş suçlu kanıtlanması dışında başka bir amaçla kullanılmamalıdır³². Katalog suçlarla ilgili olarak başlanan iletişimin denetlenme-

28 KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 710; YENİSEY, Feridun/ALTUNÇ, Sinan, “CMK 135 Hakkında”, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pagcs/11m.jsp>, s. 19; ÖZTÜRK/ERDEM, s.271; BAYRAM, Levent: “Ses ve Görüntü Kayıtlarının Türk Hukukundaki Yeri”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 6 (3-4). s.1.

29 YILDIZ, Ali Kemal, “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının ispat Fonksiyonu”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık2006, s. 256.

30 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 19.

31 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 23-24.

32 KEKLIK, s. 2.; TAŞKIN, Mustafa, “Adli Ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi”, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 177.

si ile elde edilen delillerin her türlü soruşturma ve kovuşturma kapsamında kullanılması, haberleşme özgürlüğünün ve gizliliğinin özünün yok edilmesine yol açacaktır. Bu tedbirle elde edilen bilgiler bir disiplin soruşturmasında doğrudan kullanılamaz ve yine bu bilgilere dayanılarak tazminat davası açılamaz. Çünkü kanun koyucu, bu tedbire sadece katalog suçların aydınlatılması amacıyla izin vermiştir³³.

İletişimin denetlenmesi tedbiri çerçevesinde elde edilen bilgilerden oluşan delillerin “hukuka aykırı” olduğu iddiası, sanık tarafından CMK’nın 206/2-a maddesi uyarınca süresi içinde ileri sürülebilecektir. Ancak sonradan yapılan hukuka aykırılık iddiası dinlenmeyecektir. Yasal koşulları oluşmadığı halde hâkim tarafından verilen denetleme kararıyla elde edilmiş olan bilgiler değerlendirildiğinde, kişi, kendisi lehine sonuçlar elde edebileceği gibi suçsuzluğunu dahi ortaya koyabilir. Kişi, suç işlenirken kendisinin yaptığı katkının tali nitelikte kaldığını ispat edebileceği gibi, suçun işlendiği sırada kusur ehliyetinin önemli surette azalmış olduğu iddiasını da ileri sürebilecektir³⁴.

Bu yolla elde edilen delillerin değerlendirilmesinde, esas hakkında hüküm veren hâkim, duruşmada kullanılması istenen bir telefon dinleme delilinin “hukuka uygunluğunu”, sadece “sanık tarafından zamanlıca iddia edildiği takdirde” inceler. Bununla birlikte, esas hakkında hüküm verecek olan hâkimin, soruşturma evresinde yapılmış olan bütün araştırma ve soruşturma işlemlerinin maddi hukuka uygun olarak yapılıp yapılmadığını kendiliğinden denetleme yetkisinin de mevcut bulunduğunun unutulmaması gerekir. Hâkim, soruşturma evresinin kanun hükümlerine uygun olarak yapılmış bulunduğunu, kural olarak kabul etmektedir³⁵.

33 ÖZTÜRK-ERDEM, s. 602; TAŞKIN, s. 177-178.

34 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 19.

35 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 20.

CMK'nın 206/1. maddesi uyarınca, duruşmanın başında deliller ikame edilirken, müdafinin istemi üzerine mahkeme başkanına bu delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması nedeniyle ikame edilmemesine karar vermesinin yolu açılmış bulunmaktadır. Eğer mahkeme başkanı, dinlemenin kanuna aykırı bir şekilde verilmiş bir hâkim kararına dayandığına kanaat getirecek olursa, bunun ayrıntılı gerekçesini CMK md. 230 uyarınca hazırlayarak bu delili kullanmayabilecektir³⁶. Bununla birlikte, Cumhuriyet Savcısının CMK'nın 206. maddesi gereğince delil ikamesi talebini, "hukuka uygun bularak" kabul eden hâkimin, "gerekçe gösterme mecburiyeti" yoktur. Esas hakkında hüküm veren hâkimin, hükmün gerekçesinde "dinlemenin hukuka uygun bulunmasının gerekçelerini de açıklamak zorunda olduğu" görüşüne katılmak mümkün değildir³⁷. Nitekim mevzuatımızda mahkemenin kabul ettiği delillerin hukuka uygunluğunu gerekçelendirme mecburiyeti öngörülmemiştir. Soruşturma evresinde denetleme kararı veren hâkim kararının hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi sorunu, bütün usuli işlemler gibi, serbest ispat kuralları ile denetlenebilen bir konudur. Davanın esas hakkındaki hükmünü veren hâkim, iletişimin denetlenmesi tedbirinden elde edilen bilgileri delil olarak kullanmışsa, bunların "değerlendirilebilir delil" olduklarının ayrıca açıklanması gerekmecektir. Ancak, usul hukukuna aykırılık iddiası ileriye sürüldüğünde, Yargıtay dinlemeden elde edilen bilgilerin değerlendirme kapsamı içinde bulunup bulunmadığını ve hükmün buna dayanıp dayanmadığını inceleyecektir³⁸.

Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararın hâkim onayına sunulmamış olması veya sunulmuş olmakla birlikte bu kararın hâkim tarafından reddedilmiş olması durumunda, bu süre içinde elde edilen bilgilerin delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu CMK'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak bu süre zarfında elde edilmiş olan bilgilerin delil olarak kullanılamaması gerektiği

36 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 31.

37 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 30-31.

38 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 31.

düşüncesindeyiz.

III. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLERİN DURUMU

A- Genel Olarak

Türk Hukukunda şüpheli veya sanık konumuna girmiş olan kişilerin, iletişiminin denetlenmesine imkân tanınmakta, hakkında soruşturma evresi başlamadığı için henüz şüpheli konumuna girmiş olmayan bir kişi hakkında iletişimin denetlenmesi hiçbir şekilde kabul edilmemektedir.

CMK'nın 138/2. maddesinde iletişimin dinlenmesinden elde edilen tesadüfi delillerin kullanılma şartları düzenlenmiştir. Şüpheli konumuna girdiği için, iletişiminin dinlenmesi kararı verilmiş olan bir kişi ile konuşan, henüz "şüpheli" konumunda olmayan başka bir kişinin, katalog suçu işlediği şüphesi ortaya çıkarsa, bu tesadüfi bilginin ileride "delil" olarak kullanılması mümkündür. Fakat hâkimin denetleme kararını verdiği sırada, hakkında dinleme kararı verilen kişi henüz şüpheli konumuna girmemişse, yani CMK'nın 160. maddesi uyarınca Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma başlatılmadan iletişimin dinlenmesi kararı verilmiş ise, bu karar hukuka aykırı bir karar olacağından "hukuka aykırı" hâkim kararından "hukuka uygun delil" çıkması mümkün değildir³⁹.

Yargıtay yakın tarihli bir kararında, bu hususa ilişkin olarak şöyle bir karar vermiştir: Somut olayda, şikâyetçi kendisine karşı gerçekleştirilen telefonla tehdit ve hakaret suçlarının faillerinin belirlenebilmesi için, ev ve cep telefonlarıyla çeşitli tarihlerde yaptığı görüşme kayıtlarının incelenmesini ve muhtemel aramalara karşı da telefonlarının dinlenmesini istemiştir. Cumhuriyet savcılığı bu talep üzerine, ilgili servis sağlayıcı kuruma başvurmuş, ancak kurum bu başvurunun gereğini yerine getirmekten kaçınmıştır. Cumhuriyet Savcılığı, CMK'nın 135. maddesi uyarınca bir karar verilmesi için Sulh Ceza Mahkemesine başvurduğun-

da ise, söz konusu suçun katalog suçlardan olmadığı, bu nedenle de iletişimin denetlenemeyeceği cevabıyla karşılaşmıştır. Buna ilişkin olarak da Yargıtay 4. Ceza Dairesi, Sulh Ceza hâkiminin ulaştığı neticeyi benimsemekle beraber, kararın gerekçesini isabetli bulmamıştır. Daireye göre, iletişimin tespiti, CMK'nın 135. maddesinde belirlenen katalog suçlar bakımından getirilen sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilmektedir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. Şikâyetçinin veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespiti CMK 135. maddesi kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısının CMK'nın 160 ve 161. maddesinde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmenin isabetli olacağına karar vermiştir⁴⁰.

İletişimin denetlenmesi kararının verildiği ilk aşamada, ilgili kişiler henüz şüpheli konumuna girmemiş olup, bu kişilerden birisi şikâyetçi konumundadır. İletişimin denetlenmesi kararının kurucu unsurlarından olan “başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması” unsurları gerçekleşmemiş ve suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin nelerden ibaret bulunduğu da gösterilmemiştir. Bu nedenle, hâkim tarafından verilmiş de olsa, iletişimin denetlenmesi kararının “hukuka aykırı bir karar olduğu” söylenebilecektir. Bu saptama doğrultusunda, hukuka aykırı bir denetleme kararından elde edilen tesadüfi delillerin de, katalog suçu kapsamında olsalar dahi, hüküm verilirken kullanılamayacağı söylenebilir⁴¹.

B- Tedbir Kapsamındaki Şüpheli veya Sanık Hakkında Tesadüfen Elde Edilen Delillerin durumu

1. Katalog Suçlar Bakımından

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delil kavramından, yapılan soruşturma ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma

40 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 29; 4. CD., 2006/4669 E., 2006/17007 K., 29.11.2006.

41 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 31.

yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren ve soruşturma yapılırken ele geçirilen delillerin anlaşılması gerekir⁴². CMK'nın 138. maddesi, tesadüfî delillerin durumu hakkında bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, arama ve elkoyma sırasında, arama ve elkoyma kararına konu olan suç dışında bir başka suçun işlendiğini gösteren bir delil elde edilmişse, CMK'nın 138/1. maddesine göre bu delilin değerlendirilmesi mümkündür. Buna karşılık aynı maddenin iletişimin denetlenmesinden elde edilen tesadüfî delillerin durumunu düzenleyen ikinci fıkrasında, bu delillerin yalnızca katalog suçlar bakımından değerlendirileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, arama ve elkoyma neticesinde elde edilen tesadüfî deliller sınırsız olarak kullanılabilirken, iletişimin denetlenmesi tedbiri kapsamında elde edilen tesadüfî deliller ancak CMK'nın 135/6. maddesinde yer alan katalog suçlar bakımından delil olarak kullanılabilir⁴³.

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sırasında, bir başka suçla ilgili olarak elde edilmiş olan bilgilerin değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda 4422 sayılı Kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmemişti. Buna karşılık, bu hususu düzenleyen CMK'nın 138/2. maddesi, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmayan ve ancak CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilmesi durumunda; bu delilin muhafaza altına alınacağını ve durumun Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirileceğini belirtmektedir. Bu itibarla, tesadüfen elde edilen delillerin soruşturma veya kovuşturma aşamasında kullanılabilir hale gelebilmesi için, öncelikle yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturma ile ilgili olmaması gerekmektedir. Bu konudaki diğer şart da, elde edilen bilgilerin CMK'nın 135/6. maddesinde belirtilen katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek nitelikte olmasıdır. Aksi takdirde elde edilen delil niteliğinin

42 ERDEM, s. 107.

43 ÖZTÜRK/ERDEM, s. 611-612; ÜNVER, Yener/HAKERİ Hakan, "Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku", TBBD, Ankara, Mayıs 2006, s. 187.

deki kayıtlar derhal yok edilmelidir⁴⁴.

2. Katalog Dışı Suçlar Bakımından

Tesadüfen elde edilen deliller, ancak CMK'nın 135/6. maddesinde belirtilen katalog suçlardan birisine ilişkin ise, delil olarak değerlendirilebilir. CMK'nın 138. maddesinde CMK'nın 135/6. maddesinde sayılan suçlar dışında kalan suçlar açısından bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de; maddenin lâfzî yorumundan, tesadüfen elde edilmiş olan delillerden, katalog dışı suçların aydınlatılması amacıyla yararlanılamayacağı sonucu çıkmaktadır. CMK'nın 135. maddesi kapsamında bir suçtan dolayı tedbire başvurulması sonucu başka bir suçla ilgili olarak elde edilen bilgilerin her hangi bir ayırım yapılmaksızın delil olarak değerlendirilmesi tedbirin kötüye kullanılması yolunu açacaktır. Bu da, tedbirin ancak katalogda tek tek sayılmak suretiyle gösterilen belirli nitelikteki suçlar bakımından uygulanabileceği yönündeki kanuni güvencenin ortadan kaldırılması anlamına gelecektir⁴⁵.

Uygulama ve öğretide, yer yer, katalog harici suçlarla ilgili olarak elde edilen bilgilerin kullanılması gerektiği ifade edilse de böyle bir uygulamanın haberleşme özgürlüğünün özüne müdahale anlamına geldiği açıktır⁴⁶.

Aynı görüşte olan, Yargıtay CGK, 13.06.2006 tarih ve 2006/162 K. sayılı kararında, tesadüfen elde edilen bilgilerin CMK m. 135'teki katalog suçlardan biri hakkında değil, fakat katalogda yer almayan "görevde yetkiyi kötüye kullanma" suçuna ilişkin olması gerekçesiyle yasa dışı olduğunu ve bu nedenle "dışlanması" gerektiğini ifade etmiştir⁴⁷. Biz de Yargıtay'ın bu görüşünün isabetli

44 ÖZBEK, s. 435-436; ERDEM, s. 107; TURHAN, s. 273; KUNTER/YENİSEY/NUHOĞOLU; s. 710. CENTEL/ZAFER, s. 366, ŞAHİN, s. 387.

45 ÖZTÜRK/ERDEM, s. 611-612; ÖZBEK, s. 436; TURHAN, s. 273.

46 ÖZTÜRK/ERDEM, s. 612.

47 YENİSEY/ALTUNÇ, s. 26.

olduğunu düşünmekteyiz. Aksinin kabulü, ancak özel durumlar için öngörölmüş bu tedbirin genel bir niteliğe bürünmesi anlamına gelecektir. Oysaki kanun koyucu, karşılaştırmalı hukukta da olduğu gibi, hürriyetin özüne müdahale anlamına gelen bu tedbiri dar bir alana hasretmeyi yeğlemiş ve katalog suçu düzenlemesini getirmiştir.

Nasıl ki, Cumhuriyet Savcısı, bir soruşturma kapsamında, şüphelinin sahte belge hazırlayarak diploma aldığını ve avukatlık yaptığını öğrenmesi durumunda sahte belge hazırlamak suçundan ilgilinin iletişimin dinlenmesine karar veremeyecek ise, başka bir suçla ilgili verilen dinleme kararının uygulaması sırasında bu suçla ilgili elde edilen bilgilerin delil olarak kullanılması da rasyonel değildir. Bu itibarla, Kanundaki düzenlemenin yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

C- Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Delil Başlangıcı Olarak Değerlendirilmesi

İletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması kapsamında elde edilen tesadüfi deliller katalog dışı suçlar bakımından kullanılamasa da, bunlara vakıf olan kamu görevlisinin bir suçun varlığını tespit etmesi durumunda ilgili makamlara bildirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Gerekli bildirim yapıldıktan sonra gerekli soruşturma ve delil elde etme işlemleri diğer yasal yollar kullanılarak yapılacaktır⁴⁸. Bu kapsamda, usulüne uygun olarak verilmiş olan iletişimin denetlenmesi kararı çerçevesinde, soruşturma mecburiyeti ilkesinin de doğal sonucu olarak, şüpheli, sanık veya üçüncü bir kişinin denetim kapsamı dışında kalan katalog dışı suçlardan birini işledikleri öğrenildiğinde, bu tür bilgilerin ortaya çıkan yeni suçtan dolayı soruşturma yapılması ve araştırma yürütülmesinde yol gösterici olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen kişi veya denetim kapsamındaki suç ile ilgisi olmayan üçüncü bir kişinin hırsızlık, dolandırıcılık, yağma,

48 ÜNVER/HAKERİ, s. 187; ÖZBEK, s. 435.

zimmet, irtikâp gibi toplum vicdanını derinden rahatsız eden ve kamu düzenini tehdit eden suçlardan birini işlemiş olduğuna ilişkin bilgi edinildiğinde, bu suçlar sebebiyle soruşturma başlatılabilmesi, suçla ve suçluyla etkin mücadele bakımından yerinde olacaktır⁴⁹.

IV. TÜRK HUKUKUNDA ÖNLEME AMAÇLI İLETİŞİMİN DENETLENMESİ

Yapılan son yasal düzenlemeler öncesinde, 4422 sayılı Kanun kapsamında, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yapılmakla birlikte, anılan kanun sadece adli amaçlı dinleme ve kayda almaya izin verdiği için, yapılan önleme amaçlı dinleme ve tespitler hukuka aykırı olarak kabul edilmekteydi⁵⁰. Bu eksikliği gören TBMM, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi hususundaki boşluğu doldurabilmek amacıyla yaptığı hazırlık çalışmalarında, bu konudaki diğer ülke mevzuatlarını incelemiş ve bu tedbirin adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinden ayrı bir yasal düzenlemeye kavuşturulmasının yararlı olacağı sonucuna varmıştır⁵¹.

5397 sayılı Kanun⁵² öncesi dönemde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri herhangi bir yasal dayanak olmaksızın gerçekleştirilmekteydi. 4422 sayılı Kanunun⁵³, 5320 sayılı Ceza Muhakemesinin Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁵⁴ ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılması, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi alanındaki boşluğun tamamen ortaya çık-

49 KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 710.

50 ŞEN, s. 101.

51 bkz, 'İnsan Haklarını inceleme Komisyonu'nun 7 Haziran 2001 Tarihli 15. Toplantısında Telefon Dinleme ve Bu Yolla Elde Edilen Kayıt ve Bilgilerin Medyada Yer Alması Üzerine Gündeme Getirilen Usulsüz Telefon Dinleme Konusunu Araştırmak Amacıyla 14 Haziran 2001 Tarihinde Kurulan Alt Komisyon Raporu'.

52 Kanunun tam adı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" olup 03.07.2005 tarihinde kabul edilmiş ve 23.07.2005 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

53 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu 31/03/2005 tarih ve 25772 Mük. S.R.G de yayımlanan 23/03/2005 tarih ve 5320 sayılı Kanunun 18. maddesi ile 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

54 RG., 31.3.2005, S: 25772.

masına hizmet etmiştir.

5397 sayılı Kanunla, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanununa (Ek 7. madde), 2803 sayılı Jandarma Teşkilatı, Görev ve Yetkileri Kanunu'na (ek 5. maddesi) ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na (6.maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik ve sonra gelmek üzere eklenen fıkralar) önleme amaçlı dinleme, tespit ve kayda almaya ilişkin düzenlemeler eklenmiştir⁵⁵. Kanun, gerek ulusal gerekse uluslararası esas ve standartlara uyulmak şartıyla, istihbarat ihtiyaçlarını karşılamak için meydana getirilmiştir. Kanunda, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi kapsamındaki hukuka uygun işlemlerin ne suretle gerçekleştirileceği, kararların hangi makamlar tarafından ve ne gibi koşullara uyulması suretiyle alınacağı, bu husustaki denetim kuralları ve usulleri belirlenmiştir. Kanun bir taraftan çok önemli bir yasal boşluğu doldurmuş, öte yandan da AİHS'nin 8. maddesinde koruma altına alınan haberleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin şartları belirlemiştir. Böylece, yetkilerin denetimsiz ve kontrolsüz olarak kötüye kullanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır⁵⁶.

Bu işlemlerin tek merkezden yürütülmesi amacıyla Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı kurulmuştur. Bu kurum, önleyici denetleme anlamında sadece bir uygulama ve yürütme makamı olarak görev yapmaktadır.

A- Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi Kavramı

Türk Hukukunda 5397 sayılı Kanunun kabul edilmesinden önce önleme amaçlı olarak iletişimin denetlenmesine imkân veren açık ve uygulama şartlarını gösteren yasal bir düzenleme bulunmamaktaydı. Her ne kadar, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun Ek 7. maddesinde "Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve

55 ŞEN, s. 101.

56 TAŞKIN, s. 65.

koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.” hükmüne yer verilmiş olsa da bu düzenleme, “önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi” kavramını açıklamaya, amaç ve kapsamını belirlemeye yeterli değildi. Gerçekten de, bu düzenleme, tedbir uygulanması bakımından gerekli olan “açıklık, netlik ve denetim prosedüründen” yoksun bulunmaktaydı.

Türk Hukukunda, mülga 4422 sayılı Kanundaki iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin düzenlemelerin ardından 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK’nın 135. maddesi ile adli amaçlı iletişimin denetlenmesine imkân verilmiştir. Buradaki düzenleme uyarınca, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla iletişimin denetim altına alınabilmesi mümkün hale gelmiştir. CMK’nın bu düzenlemesi yalnızca adli amaçlı iletişimin denetlenmesine yöneliktir. İletişimin denetlenmesi tedbirine suçun önlenmesi amacıyla da ihtiyaç duyulması nedeniyle, Anayasa’nın haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddesi hükmü de dikkate alınarak bu kanun hazırlanmıştır. Anayasa’nın bu hükmü ve çağın zorunlu gerekleri de göz önüne alınarak hazırlanan bu kanun ile önleme amaçlı olmak şartıyla ve hâkim kararıyla kolluğa iletişimin denetlenmesi imkânı verilmiştir⁵⁷.

B- Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesinin Kapsamı

Adli amaçlı olarak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri, işlenmiş olan bir suçla ilgili olarak delil elde etme amacına hasredilmişken, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi, suçun henüz işlenmediği ancak işlenebileceğine dair şüphelerin var olduğu hallerde başvurulacak bir tedbirdir. Bu tedbire

başvurulabilmesi için, yakın bir tehlike ihtimali ya da suçun önlenmesi amacı olmalıdır. Nitekim suç veya tehlike gerçekleşikten sonra ancak adli amaçlı iletişimin denetlenmesi yoluna gidilebilecektir⁵⁸.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasından önce, ortada işlenmiş bir suç bulunmadığı gibi, bir suçlu veya suç delilinin de bulunması söz konusu değildir. Tedbir gayri muayyen kişilere yönelik olabileceği gibi dikkat çeken zararlı unsurlara veya "hedef" olarak tabir edilen kişilere karşı da olabilir. Burada henüz işlenmiş bir suçtan ziyade, işlenme ihtimali yüksek olan bir suç söz konusudur⁵⁹. Bu önlemede temel amaç, delil elde etmekten çok bu suçların önlenmesidir.

Uluslararası sözleşmeler ve Anayasa'da yer alan düzenlemelerle güvence altına alınan temel bireysel hürriyetlerden olan haberleşme hürriyetine ciddi bir müdahale niteliği taşıyan önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri, getirilen yasal düzenlemelerle belirli sınırlamalar ve şartlara tabi tutulmuştur. 5397 sayılı Kanunun tedbirin kapsamı ve sınırlarına ilişkin getirdiği düzenleme uyarınca her bir kolluk birimi, kendi görev alanlarıyla sınırlı kalmak şartıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç olmak üzere, 250. maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçlar bakımından önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi yapabilir. Kolluk birimleri; örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu, haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar ile 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitap dördüncü kısmının dört, beş, altı ve yedinci bölümünde yer alan devlete ve millete karşı işlenmiş suçlarla ilgili olarak önleme amaçlı bu tedbire başvurmayı talep edebilecektir. Milli İstihbarat Teşkilatı ise, 2937 sayılı Devlet istihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 4. maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anaya-

58 KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, s. 716.

59 ÇOLAK/TAŞKIN, s. 617-618.

sa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesi amacıyla bu tedbire başvurulmasını yetkili ve görevli makamdan talep edebilecektir.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi düzenlenirken kanun koyucu olduğundan geniş sınırlar çizmiş, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde var olan birtakım hukuksal sınırlamalara yer vermemiştir. Gerçekten de, adli amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinde, tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler ve müdafî bakımından birtakım sınırlamalar getirilmesine karşın, önleme amacıyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanacağı kişilerle ilgili herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır.

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesine ilişkin olarak 5397 sayılı Kanunla getirilen düzenlemede, dört tür iletişimin denetlenmesi işlemi sayılmaktadır. Bunlar iletişimin tespiti, iletişimin dinlenilmesi, iletişimin kaydedilmesi ve iletişimin sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleridir. 5397 sayılı Kanunda, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirleri arasında mobil telefonu yerinin tespiti tedbirine yer verilmemiştir. Aslında yer tespiti sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemleri arasındadır. Bu yönüyle istihbarat birimleri de gerektiğinde bu yöntemi hâkim kararı almak suretiyle kullanabilmektedirler. Zaten CMK'da mobil telefonun yerinin tespiti tedbiri, şüpheli veya sanığın yakalanması amacıyla kullanılabilirdi. Burada ortada işlenmiş bir suç ve kaçan bir şüpheli veya sanık olmadığından bu tedbir metne alınmamıştır.

C- Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesinden Elde Edilen Kayıt ve Bilgilerin Yargılamada Delil Olarak Kullanılması Sorunu

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanması sonucu elde edilen kayıt ve bilgiler ancak kanunda belirtilen amaçlarla kullanılabilir.

Kanunda belirtilen amaç ise belirtilen suçların işlenmesinin önlenmesidir.

Bu açık hükme göre; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler, soruşturma veya kovuşturmada delil olarak kullanılamaz. Cumhuriyet savcısı bu bilgilere dayanarak kamu davası açamaz. Burada açık bir delil yasağı hükmü bulunması sebebiyle mahkemenin de bu bilgilere dayanarak mahkûmiyet hükmü kurması mümkün değildir. Bu tedbirlerin uygulanması suretiyle elde edilen bilgiler, bir disiplin soruşturmasında da doğrudan kullanılamaz. Yine önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sonucu elde edilen bilgiler, bir hukuk davasında kullanılamaz. Örneğin, iletişimin denetlenmesi sırasında kullanılan ifadelerin hakaret oluşturması halinde, bu bilgilere dayanılarak tazminat davası açılması veya bir boşanma davasında ispat aracı olarak kullanılması mümkün görünmemektedir⁶⁰.

1. Elde Edilen Bilgilerin Suç Duyurusunda Kullanılması

Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirini düzenleyen 5397 sayılı Kanundaki yasal düzenleme uyarınca, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen bilgiler delil olarak kullanılamayacaktır. Ancak bu bilgiler arasında, önlenemediği için işlenmiş olan suçun aydınlatılmasında kullanılacak nitelikte önemli bilgiler bulunmaktadır. Bu bilgiler analiz edildiğinde failerin tespit edilmesi, suç delillerinin neler olduğu ve nerede bulunabileceğine ilişkin önemli ipuçları elde edilebilecektir. Ayrıca bu bilgilerden yararlanılmaması, suçun failinin belirlenmemesi veya bazı önemli delillerin elde edilememesi ve suçun aydınlatılamaması sonucunu doğurabilecektir, Hâlbuki kolluğun bir başka biriminde bu konuda işe yarayacak önemli bilgiler bulunmaktadır. Bu bilgiler kullanılarak delillere ulaşılabilecektir⁶¹.

Bu bağlamda kanunda yer alan “başka amaçla kullanılmama” ilkesi, önce-

60 TAŞKIN, s. 226.

61 TAŞKIN, s. 227.

likle ceza yargılamasında delil olarak kullanılmamayı içermektedir. Bundan başka bir hukuk davasının veya idari bir işlemin dayanağını oluşturmamayı kapsamaktadır. Buna karşılık, önleme amaçlı denetleme sırasında elde edilen bazı bilgilerin, denetlemeyi yapan görevlilerce, gizlilik içerisinde, soruşturma veya kovuşturma birimlerine ihbar edilmek veya suç duyurusunda bulunmak suretiyle değerlendirilmesinin ve bazı delillere ulaşmak amacıyla kullanılmasının mümkün olmasını⁶² savunan görüş bizce de isabetlidir.

2. Tesadüfen Elde Edilen Bilgilerin Değerlendirilmesi

Tesadüfen elde edilen bilgi, önlenmesi amaçlanan suç sınıfı dışında kalan diğer bir suçun işleneceğine ilişkin bilgilerdir. Suçla mücadelede önleme hizmetlerinin etkinliği adına, işlenmesi düşünülen her türlü suçla ilgili bir bilgi elde eden güvenlik görevlileri, bu bilgileri değişik yollarla ilgili adli kolluk birimine ihbar etmeli ve suçların işlenmesinin önlenmesi sağlanmalıdır. Tesadüfen elde edilen bilgilerin, 5397 sayılı kanunda sayılan suçlarla ilgili olması hali ile diğer suçlarla ilgili olması arasında bir fark olmaması gerekmektedir. Aynı şekilde önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbirinin A hakkında ve uyuşturucu kaçakçılığı yapılacağı gerekçesiyle uygulanırken A ile telefonla görüşen arkadaşı B'nin yaptığı açıklamalarda bir suç işleyeceğine ilişkin bilgilerin elde edilmesi halinde; bu bilgiler ihbar olarak değerlendirilerek B'nin suç işlemesi önlenmelidir. Aksi takdirde kolluk görevlilerinin suçların işleneceğini bilmesine rağmen önlem almaması ve önlememesi sonucu ortaya çıkacaktır. Bu cümleden olarak, bu şekilde elde edilen bilgilerin doğrudan delil olarak kullanılması mümkün olmasa da "delile götüren bilgi" mahiyetinde bir ihbar olarak kabul edilmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca B'nin işleyeceği suçun CMK'nın 250. maddesinin birinci fıkrasında sayılan suçlardan birisi olması ile bunlar dışında kalan diğer suçlardan -örneğin hırsızlık- olması arasında bir ayrım olmamalıdır⁶³.

62 TAŞKIN, s. 227.

63 TAŞKIN, s. 231.

SONUÇ

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kavramı, araya bir vasıta sokulmak suretiyle gerçekleştirilen her türlü haberleşmenin gizlice dinlenmesi ve buradan elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ve değerlendirilmesi olarak tanımlanabilir. Bir başka anlatımla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi; görüşenlerin bilgisi dışında, görüşmenin dışarıdan uygun teknik araçlarla müdahale edilerek dinlenmesi ve elde edilen bilgilerin kaydedilmesi ile değerlendirilmesidir.

Suçla mücadelede etkili bir koruma tedbiri olan iletişimin denetlenmesi, 5271 sayılı CMK'nın 135 ila 138. maddelerinde detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. CMK'nın 135. maddesinin 7. fıkrasında, bu madde hükümleri dışında başka bir şekilde iletişimin denetlenmesinin uygulanamayacağı açık şekilde ifade edilmiştir. Bu kanunda düzenlenen iletişimin denetlenmesi tedbiri adli amaçlı olarak sadece bir suç işlendikten sonra başka yollarla ulaşılamayan delillerin elde edilmesi amacıyla başvurulabilecek bir tedbir olarak yer almıştır. Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi hükümleri de 5397 sayılı Kanunda yer almaktadır. Adli amaçlı iletişimin denetlenmesi, işlenmiş olan bir suç hakkında delil elde etme amacına hasredilmişken, önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi ise henüz işlenmemiş ancak işlenebileceğine dair şüphenin olması halinde başvurulacak bir tedbirdir.

İletişimin denetlenmesinde olduğu gibi denetleme sonucu elde edilen verilerin kullanılmasında da denetleme amacına uygun hareket edilmeli, elde edilen bilgiler, işlenmiş suçun kanıtlanması dışında başka bir amaçla kullanılmamalıdır. Elde edilen delillerin, gerekli olan koşullara uygun hareket edilmesi şartıyla, her türlü suçun yargılaması için kullanılabilmesi mümkün değildir. Katalog suçlarla ilgili olarak başlanan tedbirle elde edilen delillerin her türlü soruşturma ve kovuşturma kapsamında kullanılması, haberleşme

özgürlüğünün ve gizliliğinin özünün yok edilmesine yol açacaktır. Çünkü kanun koyucu, bu tedbire sadece belli suçların aydınlatılması amacıyla izin vermiştir.

KAYNAKÇA

BALTACI, Vahit:Yeni TCK ve CMK'da Terör Suçları ve Yargılaması, Ankara 2007.

BAYRAM, Levent: "Ses Ve Görüntü Kayıtlarının Türk Hukukundaki Yeri", Polis Bilimleri Dergisi, Cilt 6(3-4), S.1-11.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: (2006), Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul.

ÇOLAK, Haluk/TAŞKIN, Mustafa: (2007), Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara.

ERDEM, M. Ruhan: "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda İletişimin Denetlenmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 3, Nisan 2005.

ERDEM, M. Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer: "4422 Sayılı Çasömk Çerçevesinde Uzakla Haberleşmenin Denetlenmesi", Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000.

KAYA, Abdulkadir: "Avrupa İnsan Hakları Kararları Işığında "İletişimin Dinlenmesi Ve Teknik İzleme", Yargı Dünyası, Sayı 129, Eylül 2006.

KEKLİK, Ramazan: "Ceza Yargılamasında İletişimin Denetlenmesi", Adalet Dergisi, 2005, Sayı 17

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2006.

ÖZBEK, Veli Özer: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, M. Ruhan/ÖZBEK, Veli Özer: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2004.

ŞAHİN, Cumhuri: Ceza Muhakemesi Şerhi, Ankara 2006.

ŞEN, Ersan: “İletişimin Dinlenmesi Tedbiri”, Ceza Hukuk Dergisi, Seçkin Yayınları, 2007, s 4.

TAŞKIN, Mustafa: Adli Ve İstihbari Amaçlı İletişimin Denetlenmesi, Seçkin Yayıncılık, 2008.

TURHAN, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: “Sorularla Ceza Muhakemesi Huku-
ku”, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2006.

YENİSEY, Feridun/ALTUNÇ, Sinan: “CMK 135 Hakkında”,
<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukturk/pages/fhm.jsp>(İET, 25.11.2008)

YILDIZ, Ali Kemal: “Ses Ve/Veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 1, Sayı 2, Aralık 2006.

YİĞİT, Nuri: Arama, Elkoyma Ve Gizli Koruma Tedbirleri, Adalet Bakanlığı Seminer Notları, Ankara 2005.



TÜRK TİCARET KANUNU TASARISI'NIN ANONİM VE LİMİTED ŞİRKETLERİN KURULMASI İLE TÜZEL KİŞİLİK KAZANMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLERİ ÜZERİNE BİR İNCELEME

Süleyman ÜNAL (★)

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ, I. ANONİM ŞİRKET VE LİMİTED ŞİRKETİN KURULMASI VE TÜZEL KİŞİLİK KAZANMASINA İLİŞKİN TASARI HÜKÜMLERİ VE GEREKÇESİ, II. TASARI İLE KABUL EDİLDİĞİ İLERİ SÜRÜLEN ÖN ŞİRKET, III. KONUYA İLİŞKİN TASARI HÜKÜMLERİ VE GEREKÇESİNİN ELEŞTİRİSİ, A. Şirketin Kurulması ve Tüzel Kişilik Kazanması Farklı Kavramlar Mıdır?, B. Ön Şirket Elbirliği Mülkiyeti(Şirketi) Midir?, C. Şirketin Kurulmasına ve Tüzel Kişilik Kazanmasına İlişkin Hükümler ve Gerekçe, Tasarı'nın Bazı Hükümleri ve B.K. (ve Tasarısı) İle Çelişkilidir, D. Ön Şirket Kurumunun Hukuk Sistemimizce Kabulü İçin İhtiyaç Var Mıdır?, E. Alman Hukukunda Adî Şirketin Niteliği, IV. KONUYLA İLGİLİ DÜZENLEME NASIL OLMALIDIR?, SONUÇ

(★) Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi Üyesi.

GİRİŞ

T.C. Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan Komisyonca hazırlanan Türk Ticaret Kanunu Tasarısı⁽¹⁾ 2005 yılında kamuoyunun tartışmasına sunulmuştur. 25.11.2008 tarihinde T.B.M.M Genel Kurulunda görüşmelere başlanmış, ancak 27.11.2008 tarihi itibarıyla görüşmeler yarıda kalmıştır.

Tasarı, bilim çevrelerince tartışılmakta ve eksiklikleri ortaya konulmaktadır. Bu bağlamda, anonim ve limited şirketlerin kurulması ve tüzel kişilik kazanmasını düzenleyen Tasarının 335 ve 585'inci madde hükümleri de, Tasarıdaki sistemle çelişki oluşturması ve şirketler hukuku ve uygulamasına ters düşmesi vs. yönlerden eleştiri konusu olmuştur.

İşte, sözü edilen hükümlerle ilgili ortaya çıkabilecek sorunları, eksiklikleri irdelemek ve sorunun çözümüne katkıda bulunmak yazının kaleme alınış nedeni olmuştur.

I. ANONİM ŞİRKET VE LİMİTED ŞİRKETİN KURULMASI VE TÜZEL KİŞİLİK KAZANMASINA İLİŞKİN TASARI HÜKÜMLERİ VE GEREKÇESİ

Kurucu işlem başlığını taşıyan Tasarının 335'inci madde hükmüne göre: “(1) Şirket, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenen, imzaların noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket kurma iradelerini açıklamaları ve sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleriyle kurulur.

(2) 355. maddenin 1. fıkrası hükmü saklıdır”.

Bu maddeyle paralellik arzeden 585'inci madde hükmü ise, “(1) Şirket, kanuna uygun olarak düzenlenen şirket sözleşmesinde, kurucuların limited şirket kurma iradelerini açıklayıp sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleri, nakit

1 Türk Ticaret Kanunu Tasarısı bundan sonra kısaltılarak “Tasarı” olarak ifade edilecektir.

kısmı hemen ve tamamen ödemeleriyle kurulur. 588'inci maddenin birinci fıkrası saklıdır." şeklindedir.

Bu hükümler için geçerli olan Tasarının 335'inci maddesine ilişkin gerekçe ise aynen şöyledir: "Madde ön – anonim şirketin varlığına işaret etmekte ve bu şirketin oluşma anını açıklığa kavuşturmaktadır. Ön – anonim şirket tüzel kişiliği haiz anonim şirketten farklıdır. Anılan nokta 355'inci maddenin birinci fıkrasının saklı tutulması ile vurgulanmıştır. Ön -anonim şirket ile anonim şirketin ayrışması sadece tasarının 12'inci maddesi bakımından değil, organların oluşumu ve yetkilerini kullanma anlarının belirlenmesi başta olmak üzere birçok diğer hüküm yönünden de önemlidir. Hakim görüş uyarınca, ön - anonim şirket bir adî şirket ve dernek olmayıp; bir el birliği mülkiyeti (şirketi) oluşturur. Ön – şirketin ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımazlar. Şirketin tescili ile ön – şirket tasfiyesiz infisah eder. Tek kişi anonim şirketinde ise ön – şirket tek kurucunun özel mal varlığı niteliğini taşır. Türk Hukukunda ön – anonim şirketin niteliği ile hukukî durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacaktır".

II. TASARI İLE KABUL EDİLDİĞİ İLERİ SÜRÜLEN ÖN ŞİRKET

Tasarının 335'inci maddesinin gerekçesinde, ön – anonim şirketin varlığına işaret edildiği belirtilmektedir. Daha önce hukuk sistemimizde tanınmayan ön şirket ile ifade edilmek istenilen nedir? Tasarıda hakkında açık bir hüküm bulunmayan, sadece 335'inci maddesinin gerekçesinde ön – anonim şirketin varlığına işaret edilmek suretiyle hukukî süje olarak kabul edilmesi istenen ön-şirketin hukukî niteliği ve durumu ne olacaktır?

Bilindiği üzere, kurucular tarafından ana sözleşmenin imzalanması ve noterde tasdik edilmesi; Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak bir tebliğ ile belirlenecek alanlarda faaliyet gösterecek anonim şirketler için bakanlıktan izin alınması (TTK m.273; Tasarı m.333); şirketin ticaret siciline tescil ve ilan şirketlerin kuruluşlarındaki aşamalarıdır. Bununla birlikte ana sözleşmenin noterde tasdikinden önce kurucuların ana sözleşme ve kuruluş işlemlerinin nasıl, ne şartlarda

yapılacağı konusundaki görüşmeleri süreci, bu bağlamda ön- (ana) sözleşme akdetmeleri de bir vaktidir.

İşte, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde, şirket ana sözleşmesinin imzalanmasından önceki aşamada kurucuların oluşturduğu ve hedeflenen şirketin kuruluşunun gerçekleştirilmesini amaç edinen, müstakbel şirketten bağımsız, başlı başına bir varlığa sahip “ön kuruluş şirketi”nin; kurulacak şirketin ana sözleşmesinin noterde imzalanmasından başlayarak şirketin ticaret siciline tesciline kadar geçen süreçte ise “ön şirket”in bulunduğu kabul edilmektedir.⁽²⁾

Ön şirket ilişkisinden bahsedebilmek için kurulması amaçlanan şirketin tüzel kişilik kazanması hedefine yönelik olması gerekir. Eş deyişle, ön şirket ilişkisi sadece kurulması amaçlanan şirketin tüzel kişiliğinin hukukça tanınması halinde mümkündür⁽³⁾. Ana sözleşme limited şirkete ilişkinse “ön-limited şirket”, anonim şirkete ilişkinse “ön-anonim şirket” olarak adlandırılır. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda, kollektif ve komandit şirketlere tüzel kişilik tanındığından bu şirketler bakımından da ön şirket sözkonusu olacaktır⁽⁴⁾.

Ön kuruluş şirketinin adî şirket vasfında olduğu ve esas itibariyle adî şirkete dair hükümlerin uygulanması gerektiği Türk, İsviçre ve Alman öğretilerinde ve yargı uygulamalarında tereddütsüz şekilde; ön şirketin de adî şirket niteliğini taşıdığı Türk ve İsviçre öğretilerinde ve yargı uygulamalarında kâhir ekseriyetle kabul edilmiştir⁽⁵⁾. Ön şirketin hukukî niteliği konusunda eski Alman İmparatorluk Mahkemesinin uygulaması da bu yönde idi⁽⁶⁾. Hatta eski

2 PULAŞLI, Hasan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, c.11, Sa.1, s.442 ve Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.1, İstanbul 2007, s.469-471; BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998, s.111.

3 Bu görüşler için bkz., PULAŞLI, H.: agm.,s.443; BARLAS, N.: age.,s.111.

4 PULAŞLI, H.: agm.,s.443 ve aynı sayfa dn.73; BARLAS, N.: age.,s.111

5 PULAŞLI, H.: agm.,s.443; BARLAS, N.: age.,s.112.

6 PULAŞLI, H.: agm.,s.444; BARLAS, N.: age.,s.112,dn.91.

Alman öğretisinde ön şirket; kolektif şirket ve tüzel kişiliği olmayan dernek olarak da vasıflandırılmıştır⁽⁷⁾.

Sonraki dönemlerde ve halen Alman öğretisi ve mahkeme uygulamasında tümüyle hâkim görüş⁽⁸⁾, ön şirketin hiçbir şekilde adı şirket niteliğini taşımayıp kendine özgü mahiyet arzeden bir kişi birliğinden ibaret olduğu yönündedir. “Kuruluş hükümleriyle ilgili kanun ve şirket ana sözleşmesinden doğan ve -tüzel kişiliğe bağlı olmayan- tescil edilecek şirketin hukukuna tâbi bir organizasyondur”. Tescil edilen anonim (veya limited) şirket ile ana sözleşmenin akdedilmesinden sicile tescil edilinceye kadar olan süreçteki ön-anonim (veya ön-limited) şirket aynı ve tek şirkettir⁽⁹⁾. Ön şirketin temsilcisi tarafından yapılan işlemde doğan haklar ve borçlar, şirketin sicile tescille tüzel kişilik kazanması halinde, kurucuların ve temsilcilerin sorumlulukları ile birlikte kendiliğinden tüzel kişi anonim veya limited şirkete geçer⁽¹⁰⁾.

Alman hukukunda benimsenen görüş ve uygulamaya göre, ön şirket dış ilişkilerde geçici olarak tüzel kişiliğe sahiptir: Borçlar hukukuna ilişkin sözleşmeler yapabilir; ortağın taahhüt ettiği sermayeyi uhdesine geçirmek için bankada hesap açtırabilir ve ticaret unvanına “kuruluş halinde” ibaresi eklenerek taşınmaz tapuda adına kaydettirebilir; işletme sahibi olabilir; dava ve haksız fiil ehliyetleri vardır.⁽¹¹⁾

7 PULAŞLI, H.: agm.,s.444; BARLAS, N.: age.,s.112-113,dn.91.

8 PULAŞLI, H.: agm.,s.443; BARLAS, N.: age.,s.113.

9 PULAŞLI, H.: agm.,s.444-445.

10 MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5.Baskı, İstanbul 2007, s.126,312.

11 PULAŞLI, H.: agm.,s.445-446 ve ag.karar inceleme, s.473 vd.

III. KONUYA İLİŞKİN TASARI HÜKÜMLERİ VE GEREKÇESİ- NİN ELEŞTİRİSİ

A. Şirketin Kurulması ve Tüzel Kişilik Kazanması Farklı Kavramlar Mıdır?

Tasarı'nın 355/1 ve 588/1 maddelerine göre, “şirket, ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanır”. 335 ve 585'inci maddelerde ise; şirketin, kurucuların kanuna uygun olarak düzenlenen, imzaların noterce onaylandığı esas sözleşmede, anonim şirket (veya limited şirket) kurma iradelerini açıklamaları ve sermayenin tamamını şartsız taahhüt etmeleriyle (limited şirkette nakit kısmı hemen ve tamamen ödemeleri ile) kurulacağı öngörülmüştür. Anılan maddelerde kurulacak olan şirket “ön şirket” olmayıp anonim(veya limited) şirkettir⁽¹²⁾. Çünkü Tasarının 124/1'inci maddesinde sayılan şirketler arasında ön şirket yer almadığı gibi diğer maddelerin hiçbirisinde de “ön şirket” kavramına rastlanmamaktadır. Sadece Tasarının 335'inci maddesinin gerekçesinde, ön – anonim şirketin varlığına işaret edildiğinin belirtilmesi bu sonucu değiştirmez. Hukukî müesseselerin, özellikle hukuk süjesi olarak tanınması istenen bir müessesenin gerekçeler ile değil kanunla -tanımı yapılmak ve şartları, hüküm ve sonuçları açıklanmak suretiyle- düzenlenmesi gerekir. Nitekim Tasarı Komisyonu başkanı Sayın Tekinalp, Tasarı'nın Ticaret Kanunu'nun aksine olarak anonim şirketin kurulması ile şirketin tüzel kişilik kazanmasını birbirinden ayırdığını belirtmektedir⁽¹³⁾.

Şimdi cevaplandırılması gereken soru şudur: Şirketin kurulması ve tüzel kişilik kazanması ne demektir? Bunun için öncelikle “kurma-kurulmak” ve “tüzel kişi-tüzel kişilik” kavramlarını açıklamak icap eder.

12 Bkz.,YAVUZ, Cevdet:Türkiye Barolar Birliği,Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, Ankara 2007, s.602.

13 TEKİNALP, Ünal: Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı'nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen, Hukuki Perspektifler Dergisi, Ağustos 2005, Sa. 4, s. 17.

Tasarı'nın 335'inci maddesinde kurulduğu belirtilen şirketin “ön şirket” olduğu yönündeki görüş için bkz., PULAŞLI, H.: agm.,s.441vd. ve ag.karar incelemesi, s.485; AKIN, Murat Yusuf: Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, I-II-III, Ankara, Mart 2008, s.596-597.

Kurmak kelimesinin muhtelif anlamları bulunmakla beraber konumuzla bağlantılı anlamları, “bir şeyi oluşturan parçaları birleştirmek, bütün duruma getirmek” ve “ticaret ortaklığı sağlamak”tır⁽¹⁴⁾. Kurulmak ise, “kurma işine konu olmak veya kurma işi yapılmak”⁽¹⁵⁾ demektir.

Tüzel kişi kavramı, “başı başına varlığı olmak üzere kurulan dernek veya ortaklıklarla, kendilerine özgü bir varlığı veya belirli bir amacı bulunan kurumlara”⁽¹⁶⁾ ifade eder. Tüzel kişi olma durumu da “tüzel kişilik” olarak adlandırılır.

Bu kavramlar birlikte genel anlamlarıyla değerlendirildiğinde; bir şeyi oluşturan parçaların birleştirilerek bütün haline getirilmesi ile o şey bir varlık, adeta organizma haline gelmektedir. Dolayısıyla, varlığın kuruluşu tamamlanmış olmaktadır. Keza, bir topluluk tüzel kişi sıfatını kazanmakla başlı başına varlığı olmak üzere kurulmuş olmaktadır. O halde, şirketin kurulmasıyla tüzel kişiliği kazanması kavramları anlamdaş olup aynı sonucu doğurmaktadır.

Öte yandan, anonim ve limited şirketlerin kuruluş işlemleri ve ticaret siciline tescilleri hususu irdelendiğinde de aynı sonuca varmak mümkündür. Kurucular tarafından ana sözleşmenin imzalanması ve noterce tasdik edilmesi; Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak bir tebliğ ile belirlenecek alanlarda faaliyet gösterecek anonim şirketler için bakanlıktan izin alınması (TTK m.273; Tasarı m.333); şirketin ticaret siciline tescil ve ilanının şirketlerin kuruluşlarındaki aşamalar olduğu yukarıda belirtilmişti. Bu aşamaların sonunda, eş deyişle ana sözleşmenin kurucular tarafından imzalanıp noterce tasdik edilmesi, bazı alanlarda anonim şirketler yönünden Bakanlık izni alınması ve ticaret siciline tescil işlemleri gerçekleştikten sonra şirket kurulmuş olur. Tescil ile birlikte şirket kuruluşunu tamamlarken aynı zamanda tüzel kişilik de kazanır (TTK.m.301/I, 512/II; Tasarı m.355/1, 588/1).

14 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005,s.1259.

15 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005, s.1264-1265.

16 YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 3.Baskı, Ankara 1985,s.750

Bu bağlamda, anonim ve limited şirketlerin Tasarının 335 ve 585'inci maddelerinde belirtilen şartların yerine getirilmesi sonucunda kurulması ile şirketin hukukî kişilik kazandığının kabulü gerekir.

Hal böyle olunca, anonim veya limited şirketin kurulması ile ticaret siciline tesciliyle tüzel kişilik kazanması hukuken aynı sonucu doğurmaktadır.

Bu itibarla, anonim veya limited şirketin “kurulması” ve “tüzel kişilik kazanması” aynı kavramlar olup şirketlerin hukukî varlık olarak tanınma anı konusunda iki ayrı kural ihdas edilmesi(en azından Tasarının bu şekilde yorumlanmaya pek müsait olması) hukuk tekniğine ve mantık kurallarına aykırıdır.

B. Ön Şirket Elbirliği Mülkiyeti(Şirketi) Midir?

Elbirliği mülkiyeti, aralarında bir ortaklık bağı bulunan kişilerin, ortaklıkları dolayısıyla bir şeye birlikte sahip olmalarını ifade eder. Ortakların her birinin hakkı şeyin tamamına sâdir⁽¹⁷⁾. Elbirliği mülkiyetinin tüzel kişiliği bulunmamasıdır. Tüzel kişiliği kabul edildiği takdirde, birlikte(elbirliği) mülkiyetten değil tek kişinin(yani tüzel kişinin) mülkiyetinden bahsedilir⁽¹⁸⁾. Mülkiyet sahibi ortakların bütünü olduğundan şey üzerinde ortakların doğrudan doğruya hakları yoktur; ortak tek başına şeyle ilgili tasarrufta bulunamaz. Ortaklar şeye elbirliği ile malik oldukları, şey üzerinde tek mülkiyet olduğu için bir “pay”dan söz edilemez⁽¹⁹⁾.

Elbirliği mülkiyeti kanundan ya da kanunda sayılmış olan sözleşmelerden doğar (TMK m. 701/1). Kaynağını doğrudan doğruya kanundan alan elbirliği mülkiyeti sadece miras şirkettir (TMK m. 640). Kanunda öngörülen sözleşmelerden doğan elbirliği mülkiyetine konu şirketler ise karı-koca mal rejimlerinden

17 AYİTER, Nuşin:Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları(İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961, s.69; OĞUZMAN, M. Kemal/SELIÇI, Özer: Eşya Hukuku, İstanbul 1975, s.270.

18 OĞUZMAN, M. K./SELIÇI, Ö.:age.,s. 270; GÜRİSOY, K.Tahir/EREN, Fikret/CANSEL,Erol: Türk Eşya Hukuku, 2.Baskı, ANKARA 1978, s.433.

19 OĞUZMAN, M. K./SELIÇI, Ö.:age.,s. 271; GÜRİSOY, K.T./EREN, F./CANSEL,E.:age.,s.434.

biri olan “mal ortaklığı” (TMK m. 256 vd); hisımların kendilerine geçen mirasın tamamı veya bir bölümü ile ya da ortaya başka malları koymak suretiyle aralarında kurdukları “aile malları ortaklığı” (TMK m. 373 vd.); ortaklar arasında aksi bir anlaşma yoksa adî şirkettir (BK m. 520 vd.)⁽²⁰⁾

Elbirliği mülkiyetinin tesis şekilleri sınırlı olarak sayıldığından, bunlar dışında, yani kanunda veya kanunda gösterilen sözleşmeler dışında başka bir elbirliği mülkiyeti tesis edilemez.⁽²¹⁾

Şu halde, kanunda açıkça düzenlenmediğinden ve kanunda sayılan bir sözleşme olarak gösterilmediğinden, “numerus clausus” ilkesi uyarınca, ticaret şirketinin tescilinden önceki safhada kurucuların oluşturduğu ön şirketi elbirliği mülkiyeti (şirketi) olarak kabul etmek mümkün değildir. Keza, elbirliği mülkiyetinde ortaklara ait somut bir “pay” olmadığı halde, yukarıda açıklanan nitelik ve hukukî duruma göre, ön şirkette ortakların somut, belirli payları mevcut olup bu paylar üzerinde ortağın -sözleşmeye uygun olarak- tek başına tasarrufta bulunabilmesi mümkündür⁽²²⁾.

Sayın Ayiter⁽²³⁾ tüzel kişiliği olmayan cemiyetleri elbirliği mülkiyeti şirketi olarak kabul etmiş ise de, TMK m. 701/I'deki özel madde hükmü ile önceki TMK'nun 55. maddesinin “şahsiyet iktisap etmesi kanunen mümkün olmayan yahut henüz şahsiyet iktisap etmemiş bulunan bir cemiyet, âdi şirket hükmündedir.” şeklindeki hükmüne tekabül eden bir maddenin yeni Türk Medeni Kanununda yer almaması, TTK nun 138, BK nun 520/2 ve TTK nun 156.madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, bu tür kuruluştan önceki kişi toplulukları hakkında

20 GÜRİSOY, K.T./EREN, F./CANSEL, E.: age., s.436; ERTAŞ, ŞEREF: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2005, s.270-271.

21 OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö.:age.,s. 271; GÜRİSOY,K.T./EREN, F./CANSEL,E.: age., s.435;AYİTER, N.:age., s.69;ERTAŞ, Ş.:age., s.270.

22 SCHMİDT, Karsten: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 1991,&34, N.3a(PULAŞLI, H.: agm.,s.446'dan naklen).

23 AYİTER, N.:age, s.81-82.

ayrıntılı hüküm bulunmaması da göz önüne alındığında, bugün böyle bir görüşe katılmak zordur.

Şayet Tasarıyı hazırlayanlar ya da kanun koyucu ön şirketin elbirliği mülkiyeti (şirketi) olduğu düşüncesinde ise, ön şirketin tanımı, şartları, hüküm ve sonuçları, yani yönetim ve temsil, ortakların şirket payları üzerindeki tasarruf hakları, şirket malvarlığına dahil mal ve haklar üzerindeki tasarruf şekli, şirketin hangi hallerde sona ereceği vs. hususları açıkça kanunla düzenlemesi gerekir. Nitekim TMK.'nun 702/I'inci maddesi ile "ortakların hakları ve yükümlülükleri, topluluğu doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenir".hükmü getirilmiştir.

Bu bağlamda, Tasarıda yapılan ön şirketin adî şirket olmadığına ilişkin tespit de dikkate alındığında, uygulayıcıların (hâkimlerin) TMK.'nun 701/I maddede hükmü yokmuş gibi davranmak suretiyle, kanundan veya kanunda sayılan sözleşmelerden kaynağını almayan bir hukukî olguyu -teknik anlamda- elbirliği mülkiyeti (şirketi) olarak değerlendirmesi ve bu müessese çerçevesinde yorumlar yaparak olaylar hakkında karar vermesi mümkün değildir.

Ön şirket ortakları (kurucular) tacir sıfatını taşımazlarsa ve ön şirketin tüzel kişiliği de kabul edilmez ise ticari faaliyetleri nasıl vergilendirilecektir? Vergi işlemleri yönünden vergi idaresi kimi muhatap alacaktır, eş deyişle vergi mükellefi kim olacaktır? Bu noktada TTK nun 14/III, Tasarınının 12/3 maddeleri ile öngörülen "bir ticarî işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adî bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur" hükmünü burada uygulamamız mümkün olmadığına göre, hukuk süjesi olarak kabul edilmeyen ön şirket nasıl ticarî faaliyette bulunacaktır.⁽²⁴⁾

24 Bkz., KUMKALE, Rüknettin:Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki "Ön Anonim Şirket"le İlgili Bir Görüş, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2007, yıl 2 Sa.5,s.38-42.

Öğretide de, 'elbirliği mülkiyeti şirketi'nin muğlâk bir kavram olduğu ileri sürülmektedir.⁽²⁵⁾

C. Şirketin Kurulmasına ve Tüzel Kişilik Kazanmasına İlişkin Hükümler ve Gerekçe, Tasarı'nın Bazı Hükümleri ve B.K. (ve Tasarısı) İle Çelişkilidir.

Tasarının 335 ve 585'inci madde hükümleri ve gerekçesi ile ana sözleşmenin akdedilmesinden şirketin ticaret siciline tesciline kadar geçen süreçte hukuk süjesi olan, yani her tür işlemleri yapabilme yeteneği, dava ehliyeti bulunan veya bulunması gereken ön şirket sisteminin kabul edildiği ileri sürülmektedir. Şirketin, ticaret siciline tescille ön şirketin tasfiyesiz sona ereceği belirtilmiştir. Öte yandan, bu sisteme aykırı hükümler de mevcuttur.

Evvelâ, Tasarı'nın 128/5. maddesiyle, taşınmaz veya sair aynî bir hakkın sermaye olarak konulması halinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescilin gerekli olduğu hükme bağlanmıştır. O halde, ön şirketin ticaret siciline tescili ile sermaye olarak konulan mülkiyet veya sınırlı aynî hak kendiliğinden şirkete geçmemektedir; tapuda ferağa ihtiyaç duyulmaktadır.⁽²⁶⁾

İkinci olarak, Tasarı 355/2 ve 3, 588/2 ve 3'üncü maddeleri ile ticaret siciline tescil edilmeden (tüzel kişilik kazanmadan) önce yapılan işlemler(sözleşmeler)den doğan hak ve borçların anonim şirket ve limited şirket tarafından kabulü şartlarını düzenlemekte ve esas itibarıyla bu işlemin kabulünü şirketin iradesine tâbi tutmaktadır.⁽²⁷⁾ Bir yandan ticaret siciline tescille ön şirketin

25 ARKAN, Sabih: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı- A.Ü.H.F., s.51.

26 AKIN, Murat Yusuf: Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, I-II-III, Ankara, Mart 2008, s.597.

27 Ayrıntılı bilgi için bkz., KIRCA, İsmail: Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II), BATİDER, 1998, C.XIX, Sa. 4, s. 85-113; ÜNAL, Süleyman: Tüzel Kişilik Kazanılmadan Önce Limited Şirket Adına Yapılan İşlemler, Yargıtay Dergisi, 2007, C.33, Sa.4, s.461-520.

tasfiyesiz infisah edeceğini, ön şirket uhdesindeki hak ve borçların kendiliğinden tescille birlikte tüzel kişi şirkete geçeceğini kabul ederken, diğer yandan sadece bazı işlemlerden⁽²⁸⁾ doğan hak ve borçları anonim şirket ve limited şirketin iradesine tâbi tutmak çelişkili bir davranıştır.

Üçüncüsü, BK.'nun 520/II (TBK Tasarısı'nın 625)nci maddesine göre, "Bir şirket Ticaret Kanunu'nda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değilse bu bab ahkâmına tâbi adi şirket sayılır". TTK.'nun 136 (Tasarı'nın 124/1) ncı madde hükmünde; ticaret şirketi olarak kollektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketler sayılmıştır. Ön şirketin ticaret şirketi olarak vasıflandırıldığına dair Tasarı'da bir hüküm bulunmamaktadır. Buna paralel olarak, TTK.'nun 137 (Tasarı'nın 125) nci maddesinde, ticaret şirketlerinin tüzel kişiliği haiz olduğu; TTK.'nun 138 (Tasarı'nın 126) inci maddesinde, her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak kaydıyla, TMK.'nun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu fasılda hüküm bulunmayan hususlarda BK.'nun adî şirketlere dair hükümlerin her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda ticaret şirketleri hakkında da uygulanacağı belirtilmektedir. Tasarı'da ön şirketin tüzel kişiliğinin bulunduğu, haklar edinip borç altına girebileceği, ortakların kendi aralarında ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin nasıl yürütüleceği hususlarında hiçbir açıklığa rastlanmamaktadır. Tüzel kişiliği haiz ticaret şirketlerine, özel hükümlere rağmen boşluk olması halinde adî şirkete dair hükümlerin uygulanması mümkün ise; tüzel kişiliği tanınmayan ve hakkında hiçbir -açık- hüküm bulunmayan, sadece gerekçede adından ve bazı özelliklerinden bahsedilen ön şirkete adî şirket hükümleri evleviyetle uygulanabilmelidir. Açıklanan hukuk normları karşısında, ön şirketin adî şirket vasfında olduğu düşüncesi daha makul görünmektedir.

Tasarı'nın 335'inci maddesine ilişkin gerekçede, şirketin tescili ile ön şirketin tasfiyesiz infisah edeceği belirtilmekle, ön şirketin bağımsız bir hukukî varlık olduğu kabul edilmiştir. Ancak bu cümlelerin akabinde "tek kişi anonim şirkette

28 Söz edilen maddelerde belirtilen bu işlemleri, iki tarafa borç yükleyen iki veya çok taraflı işlemler (sözleşmeler) olarak kabul etmek gerekir. Bkz., ÜNAL, S.:agm., s.473-481.

ise ön-anonim şirket tek kurucunun özel malvarlığı niteliğini taşıır” şeklinde zıt bir düşünce ortaya konulmaktadır. Eğer ön şirket tek kurucunun özel malvarlığı ise, şirketin tescili halinde malvarlığı ancak sahibi olan tek kurucunun rızasıyla tüzel kişiliği kazanan şirkete intikal edecektir. Ayrıca böyle bir durum, hukukî varlık olarak kabul edilen ön şirketin malvarlığının ve kurucuların (tek kurucu olsa dahi) kişisel malvarlığının birbirinden bağımsız olduğuna ilişkin esasa aykırı düşmektedir.

D. Ön Şirket Kurumunun Hukuk Sistemimizde Kabulü İçin İhtiyaç Var Mıdır?

Alman hukukunda ön şirket pratik zaruretten ve ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Zira ana sözleşmenin akdedilmesinden limited veya anonim şirketin tescil ile tüzel kişilik kazanmasına kadar aylarca, bazen bir yılı aşkın süre geçmektedir. Şayet, ön şirketin tescili gerçekleşmezse tasfiye yapılması zorunludur.⁽²⁹⁾ Sayın Pulaşlı ayrıca, Alman hukukunda tescil için sicile değil mahkemeye başvurulduğunu, mahkemece kuruluş işlemlerinin ayrıntılı şekilde incelendiğini, Alman Paylı Şirketler Kanunu’nda ön şirketin sicile tescili için bir sürenin öngörülmediğini belirtmektedir.⁽³⁰⁾

Oysa bizim hukuk sistemimizde, şirketlerin kuruluşu bu kadar uzun sürmemektedir. Esas itibarıyla ana sözleşmenin noterde imzalanıp onaylanmasından sonra ticaret sicil memurluğuna hemen başvurulması ve tescil işleminin yapılması ile şirket kurulmuş ve tüzel kişilik kazanmış olmaktadır. Bu işlemlerin hepsi üç - beş günlük süreçte gerçekleşmektedir. Bu kısa zaman dilimi içerisinde tüzel kişilik kazanacak şirket hakkında, ana sözleşme hükümlerinden ve halen uygulanmakta olan adî şirket hükümlerinden faydalanma imkânı da mevcut olduğu halde, ayrıca yeni bir müessesenin getirilmesinde pratik bir fayda yoktur.

29 PULAŞLI, H.: agm., s.447’den naklen

30 PULAŞLI, H.: agm., s.448.

Şirketin kurulmasını veya ana sözleşmenin akdedilmesini izleyen otuz gün içinde ticaret siciline tescili öngören Tasarı'nın 354/1 ve 587/1'inci maddelerine tekabül eden TTK'da bir hüküm bulunmamakta ise de, İç Ticaret 2003/3 sayılı, "Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Ana Sözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ"⁽³¹⁾in 3/A-b ve 4/A-b maddeleri ile ana sözleşmenin noterde onaylandıktan sonra 15 gün içerisinde ticaret siciline tescil edileceği hüküm altına alınmıştır.

Şu halde, kısa sürede şirketin kurulma ve tüzel kişilik kazanma imkânı bulunan hukuk sistemimizde, ihtiyaç olmadığı halde ön şirket müessesesinin ihdas edilmesi yahut ihdasına çalışılması bir fantezi olarak kalacaktır. Nitekim öğretide, ön şirketin hukukumuzda getirilmesinde sırf Alman hukuk kaynaklı tezler hazırlanmasının etken olduğu görüşü dahi ileri sürülmüştür.⁽³²⁾

E. Alman Hukukunda Adî Şirketin Niteliği

Alman hukukunda ön şirketin ihtiyaçtan kaynaklandığını, tüzel kişiliği haiz olması hasebiyle tasarruf, işlem, dava ve haksız fiil ehliyetlerinin bulunduğunu; keza eski Alman öğretisinde ve uygulamada ön şirketin adî nitelik taşıdığı ve ön şirket ilişkisine adî şirket hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde görüşler ve içtihatların da mevcut olduğunu belirtmiştik⁽³³⁾. Bununla birlikte adî şirketin niteliğiyle ilgili olarak Alman hukukunda -Türk hukukunun aksi yönünde- farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Bu bağlamda, bir asr öncesinde Gierke, adî şirketlerin hak ve işlem ehliyetine sahip olduğunu ve ortakların kişisel mameleklerinden farklı bir şirket mameleki bulunduğunu kabul etmek suretiyle adî şirketlerin

31 25.07.2003 tarih, 25179 sayılı Resmî Gazete.

32 YAVUZ, Cevdet: Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, I-II-III, Ankara, Mart 2008, s.604.

33 Bkz., yukarıda II ve III-D paragrafları.

temeli olan elbirliği ortaklığına tüzel kişiliğe yakın bir nitelik atfetmiştir⁽³⁴⁾. Uzun yıllar sonra Flume, adî şirketlere kanunla tüzel kişilik tanınmasa bile bu şirketlerin hak süjesi olarak ehliyetlerinin bulunduğu görüşünü ortaya atmıştır⁽³⁵⁾. Bu görüş, Ulmer ve K. Schmidt tarafından 1987 ve 1997 yıllarında yayınlanan eserler ile geliştirilmiş ve hatta bazı yazarlar, adî şirketlerin tüzel kişiliği haiz olduğunu savunmuşlardır⁽³⁶⁾.

Öğretiye paralel olarak Federal Mahkeme 1978, 1991 ve 1997 yıllarında; adî şirketin başka bir adî şirkete ortak olabileceği, kıymetli evrak düzenleyebileceği, müşterek bir unvan altında faaliyetlerde bulunabileceği, adî şirketlerin işlerinin yapıldığı esnada ika edilen zararlardan ortakların sorumlu kılınabileceği gibi adî şirketlerin hak süjesi olduğunu kabul eden içtihatlar tesis etmiştir⁽³⁷⁾. Yine, 29.01.2001 tarihli içtihadı ile adî şirketin tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen fiil ehliyetine ve dolayısıyla aktif ve pasif dava(-takip) ehliyetine sahip olduğuna, ortakların şirketin borçlarından sorumluluğunun -kollektif şirketlerde ortakların ortaklık borçlarından sorumluluğu gibi- ikinci derecede olduğuna hükmetmiştir⁽³⁸⁾. Ancak unutulmamalıdır ki, adî şirkete atfedilen bu yetenekler tüzel kişiliğe sahip olmanın bir gereğidir. Dolayısıyla, Federal Mahkeme adî şirketin tüzel kişiliğinin bulunduğunu zımnen kabul etmiş olmaktadır⁽³⁹⁾.

34 Von GIERKE, Otto: Deutschs Privatrecht, Bd.I, Leipzig 1895, s.660-661 ve Deutschs Privatrecht, Bd.III, München 1917, s.840vd.(AYİTER, K.:age.,s.102 ve ANSAY, Tuğrul: Adî Şirket Ortaklarının Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukları, BATİDER, 1967, C.IV, Şa:1, s.69'dan naklen).

35 FLUME, Gesellschaft und Gesamthand, ZHR 1972, s.177vd. (ANSAY, Tuğrul: Adî Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?, Prof.Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s.4'ten naklen).

36 Bkz., ANSAY, T.:age.,s.4 ve aynı sayfa dn.8,9,10; BİLGİLİ, Fatih: "Adî Ortaklığın Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Yeni Kararlar Karşısında Ortaya Çıkan Durum", Prof. Dr.Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.198, dn.8.

37 Bkz., ANSAY, T.:age.,s.6 ve aynı sayfa dn.17; BİLGİLİ, F.: age.,s.199.

38 NARBAY, Şafak/ DELİDUMAN, Seyithan: "Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adî Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı", Prof. Dr.Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002, s.577-594; BİLGİLİ, F.: age.,s.207vd.; ERİŞİR, Evrim:Usul Hukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 219 vd.

39 Bkz., LEYENS, Patrick C.(Çev.: Gül Okutan Nilsson) : 21. Yüzyılda Alman Şirketler Hukuku, Yakın Zamandaki Gelişmeler ve Gelecekte Beklentiler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Ağustos 2005, Sa. 4, s.57.

Alman Anayasasında belirtilen temel haklardan adi şirketlerin yararlanacağı; İflas Kanunu ile adi şirketlerin iflase tâbi olduğu kabul edilmiştir⁽⁴⁰⁾.

Alman hukukunda, tüzel kişilik tanınmayan kolektif ve komandit şirketlerin ticaret şirketi sayıldıkları ve adî şirketlerin bu şahıs şirketlerinin temelini oluşturduğu⁽⁴¹⁾ unutulmamalıdır. Yine, “bizzat şirket” kavramının tüzel kişi için geçerli olduğu algısını ifade etmekte de fayda vardır⁽⁴²⁾.

Buna karşılık Türk hukuk uygulamasında, sicile tescil ile tüzel kişilik kazanılmadan önce şirketlerin -kuruluşunun tüm aşamalarında- hak ehliyetinin bulunduğu, bağımsız bir hukukî varlık olduğuna dair bir içtihadı rastlanmamaktadır. Öğretide hâkim görüş bu yönde olup Tasarı ile birlikte tartışmalar artmaya başlamıştır. Esas itibarıyla, kuruluş halindeki şirketin BK.'nın 520 vd. maddelerinde öngörülen adî şirket niteliğinde olduğu ve bunun ötesinde tüzel kişiliğinin, dolayısıyla hak ve fiil ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁽⁴³⁾.

Şu halde, Alman hukukunun aksine Türk hukukunda, “ön şirket” olarak adlandırılan şirketin tüzel kişiliğinin tanınmasının tarihî bir mesnedi de yoktur. Oysa toplumsal müesseselerde olduğu gibi hukukî müesseseler de, bir ihtiyacı gidermeye matuf olmalı ve tüm yönleriyle başta bilimsel çevreler ve ilgili kurumlar olmak üzere kamuoyu tarafından kâmil tartışıldıktan sonra uygulamaya konulmalıdır. Hukukî müesseseler fayda sağlamayan ve bir anda ortaya çıkan olgular değildir.

40 ANSAY, T.:aga.,s.6 ve aynı sayfa dn.18,19;ŞENER, Oruç Hami:Adi Ortaklık, Ankara 2008,s.153.

41 BİLGİLİ, F.: aga.,s.197; (LEYENS, Patrick C.(Çev.: Gül Okutan Nilsson):agm., s.57.

42 Alman Federal Mahkemesinin 29.01.2001 Tarihli Kararı(BİLGİLİ, F.: aga.,s.590'dan naklen).

43 Bkz.,ŞENER, O.H.:s.154vd.;ÜNAL, S.:agm., s.487-492 ve orada belirtilen içtihatlar ve literatür.

IV. KONUYLA İLGİLİ DÜZENLEME NASIL OLMALIDIR?

Tasarının 335'inci ve 585'inci madde metinlerinden -belirtilen şartlar gerçekleştiğinde- anonim şirket ve limited şirketin kurulacağı anlaşılmaktadır. Bu konuda gerekçede yapılan tesbite katılmak, yani şartların gerçekleşmesi halinde ön şirketin kurulacağı sonucunu çıkarmak mümkün değildir.

Kanun koyucu bir hukukî müesseseyi ihdas ederken bu müessesenin tanımı, niteliği, şartları, hükümleri vs. hususları net şekilde kanunda belirtmelidir. Kanun metninde ismini bile anmadan madde gerekçesinde müessesenin varlığına işaret edildiğinden bahsedilmesi tek başına hukukî bir değer ifade etmez. Nitekim Tasarı'yı hazırlayan Komisyon, gerekçede "...ön-anonim şirketin niteliği ile hukukî durumu öğretide ve mahkeme kararlarında açıklığa kavuşacaktır" demek suretiyle muğlaklığı peşinen itiraf etmiştir⁽⁴⁴⁾.

Öte yandan, tüzel kişiliği kabul edilmiş kişi toplulukları, bünyesinde birleşen kişilere karşı bağımsız olduğu gibi üçüncü kişilerle de bağımsız bir varlık (hak süjesi) olarak hukukî ilişkiler kurar⁽⁴⁵⁾. Hangi kişi veya mal topluluklarının bağımsız bir kişiliğe sahip olabileceklerini de hukuk düzeni belirler. Başka deyişle, tüzel kişilerde "numerus clausus" ilkesi geçerlidir; kanun koyucunun kabul ettiği tüzel kişiler haricinde, sırf tarafların ortak iradeleri ile yepyeni bir tüzel kişilik oluşturulamaz⁽⁴⁶⁾. Ancak, kanunda öngörülen tüzel kişiliğin kurulmasına ilişkin taraf iradeleri hukukî sonuç doğurur.

Bu itibarla, ön şirketin tüzel kişiliğe sahip olduğu kanun maddesinde belirtilmediğinden, ön şirket bünyesindeki kurucu ortakların kendi aralarındaki ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin niteliği, sonuçları vs. konularda da her hangi bir

44 BAHTIYAR, Mehmet: Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, I-II-III, Ankara, Mart 2008, s.600.

45 OĞUZMAN, M.Kema/ SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 7.Baskı, İstanbul 2002, S.169.

46 OĞUZMAN, M.K./ SELİÇİ, Ö./OKTAY, S.:age., S.169 ve aynı sayfa dn.4'te anılan literatür.

hüküm bulunmadığından ön şirket hak ehliyetine sahip hukuk süjesi olarak kabul edilemez.

Tasarının 335. maddesinin gerekçesinde, varlığına işaret edilen ön şirketin Alman hukukunda olduğu gibi hak süjesi olarak kabul edilmesi ve bu yönde uygulamada hukukî yorumlar yapılması mümkün gözükmemektedir. Tasarı bu hali ile kanunlaşırca, ön şirket yine adi şirket niteliğinde görülerek esas itibariyle B.K.'nun 520 vd. madde hükümleri uygulanacaktır.

Şayet ana sözleşme hükümlerinin kuruluş safhasında kurucular arasındaki ilişkiye uygulanması için “ön şirket” kabul edilmişse, mevcut sistemde buna engel bir durum yoktur. Zira, BK.'nun 520'nci maddesinden sonraki hükümler esas itibariyle emredici nitelikte bulunmayan, aksi kararlaştırılabilen hükümlerdir. Dolayısıyla kurucular, tescil anına kadar olan süreçte -aralarındaki ilişkiye- ana sözleşme hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir açıklık olmasa dahi, “ahde vefa” ilkesi gereğince, ana sözleşmeyi imzalayan kurucular ana sözleşmenin kurucular arasındaki ilişkiye dair hükümlerinin uygulanmasını da kabul etmiş demektir⁽⁴⁷⁾.

Bu sebeple, “ön şirket” fantezisinden vazgeçilmeli ve şirketin kuruluşuna ilişkin 335 ve 585 maddeleri ve tüzel kişiliğin kazanılmasına ilişkin 355/1 ve 588/1 maddeleri, TTK'nun benimsediği sisteme uygun düzenlenmeli, iki ayrı kuruluş anı olmamalı, çelişki giderilmelidir.

SONUÇ:

“Ön şirket” müessesesinin alındığı Almanya'da bu konuyla ilgili yüzyılı aşkın bilgi birikimi ve on yılları kapsayan yargısal uygulama olduğu gibi pratik ihtiyaç da bunu zorunlu kılmıştır. Hukukumuzda ise, ön şirket müessesesine hiç

47 Bkz., BAHTIYAR, Mehmet: Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, Ankara 2007, s.600; YAVUZ, Cevdet: Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, Ankara 2007, s.599.

ihtiyaç bulunmamaktadır. Tasarıda düzenlenmeye çalışıldığı ve gerekçede belirtildiği şekliyle kabulü ve uygulanması mümkün değildir.

Bu sebeple, ticaret şirketlerinin tüzel kişilik kazanmasından önceki - kuruluş- safhasında (ister şirket ana sözleşmesinin akdedilmesinden önceki süreçte, ister ana sözleşmenin akdedilmesi ile ticaret siciline tesciline kadar geçen dönemde), kurucuların kendi aralarında ve üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin adı şirket olarak vasıflandırılması en uygun çözüm olarak görülmektedir. Tasarının bu hali ile kanunlaşması halinde, esas itibariyle eski uygulama devam edecektir. Bununla birlikte hukukî karışıklık doğurması da muhtemeldir.

BİBLİYOGRAFYA

ANSAY, Tuğrul: Adî Şirket Ortaklarının Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukları, BATİDER, 1967, C.IV, Sa:1, s.65-76.

ANSAY, Tuğrul: Adî Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Armağanı, İstanbul 1999, s.1-10.

AKIN, Murat Yusuf: Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, I-II-III, Ankara, Mart 2008.

ARKAN, Sabih: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler-Tartışmalar, 13-14 Mayıs 2005, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası Vakfı-A.Ü.H.F.

AYİTER, Nuşin: Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları(İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961.

BAHTİYAR, Mehmet: Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları,I-II-III, Ankara, Mart 2008.

BARLAS, Nami: Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 1998.

BİLGİLİ, Fatih: “Adî Ortaklığın Fiil Ehliyeti ve Alman Federal Mahkemesinin Verdiği Yeni Kararlar Karşısında Ortaya Çıkan Durum”, Prof. Dr.Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.I, İstanbul 2002,s.197-213.

ERİŞİR, Evrim: Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.

ERTAŞ, Şeref: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Eşya Hukuku, 6.Baskı, Ankara 2005.

GÜRSOY, K.Tahir/EREN, Fikret/CANSEL, Erol: Türk Eşya Hukuku, 2.Baskı, Ankara 1978.

KIRCA, İsmail: Tüzel Kişiliğin Kazanılmasından Önce Anonim Şirket Adına Yapılan İşlemler (TTK 301/II), BATİDER, 1998, C.XIX, Sa. 4,s. 85-113.

KUMKALE, Rüknettin: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'ndaki "Ön Anonim Şirket"le İlgili Bir Görüş, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2007, yıl 2 Sa.5,s.38-42.

LEYENS, Patrick C.(Çev.: Gül Okutan Nilsson) : 21. Yüzyılda Alman Şirketler Hukuku, Yakın Zamandaki Gelişmeler ve Gelecekte Beklentiler, Hukuki Perspektifler Dergisi, Ağustos 2005, Sa. 4, s.55-59.

MOROĞLU, Erdoğan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Değerlendirme ve Öneriler, 5.Baskı, İstanbul 2007.

NARBAY, Şafak/ DELİDUMAN, Seyithan: "Alman Federal Mahkemesinin (Dış-) Adi Şirketin Hak ve Taraf Ehliyetine Sahip Olduğuna İlişkin 29.01.2001 Tarihli Kararı", Prof. Dr.Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağani, C.I, İstanbul 2002, s.577-594.

OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer: Eşya Hukuku, İstanbul 1975.

PULAŞLI, Hasan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi ve Eleştirilen Hükümler, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C.II, Sa.1, s.429-448.

PULAŞLI, Hasan: Alman Federal Mahkemesinin Ön Şirkete İlişkin 23.10.2006 Tarihli Kararı ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Bakımından Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C.I, İstanbul 2007,s.467-487.

ŞENER, Oruç Hami: Adi Ortaklık, Ankara 2008.

TEKİNALP, Ünal: Zorunlu Hedefler Bağlamında TTK Tasarısı'nda Anonim Şirkete İlişkin Kuramsal ve Dogmatik Düzen, Hukuki Perspektifler Dergisi, Ağustos 2005, Sa. 4, s. 12-19.

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005.

ÜNAL, Süleyman: Tüzel Kişilik Kazanılmadan Önce Limited Şirket Adına Yapılan İşlemler, Yargıtay Dergisi, 2007, C.33, Sa.4, s.461-520.

YAVUZ, Cevdet: Türkiye Barolar Birliği, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Toplantıları, Ankara 2007.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 3.Baskı, Ankara 1985.



**2009 YILI YARGITAY DERGİSİ
BİBLİYOGRAFYASI**

Ersin DAMAR (*)

❖ *Konulara Göre*

I- ANAYASA HUKUKU

SAVTOK, Bülent - *“Kişi Güvenliği”*;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2, Sayfa : 103-142

II- BİLİŞİM HUKUKU

PINAR, Atilla - *“Teknoloji, Kurumların Elektronik Ortamda Yargıya Entegrasyonu ve Etkin Yargı”*;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2, Sayfa : 143-156

III- CEZA HUKUKU

ALBAYRAK, Mustafa - *“Kasten Yaralama Suçları, Uygulama ve Sorunlar”*;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3, Sayfa : 273-314

DURSUN, Hasan - *“Türk Ceza Hukuku’nda Tekerrür”*;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4, Sayfa : 493-562

(*) *Yargıtay Yayın İşleri Müdürü*

İSKENDER, Salih Zeki - “Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2, Sayfa : 5-60

IV- CEZA USUL HUKUKU

SAYGIN, Süreyya - “Koruma Tedbiri Olarak Yakalama ve Gözetim”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2, Sayfa : 157-184

TEKİN, Nurullah - “Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi ve Bu Yolla Elde Edilen Bilgilerin Delil Olarak Değerlendirilmesi”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4, Sayfa : 563-592

TÜRKARSLAN, Süleyman - “Mülga 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanununda Yer Alan Gıyabi Tevkif Müessesesi ile 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Yer Alan Yakalama Emri Müessesesinin Karşılaştırılması”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3, Sayfa : 315-346

V- GENEL KONULAR

ÇELİK, Adem - “Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3, Sayfa : 397-414

GERÇEKER, Hasan - “2009-2010 Adli Yıl Açılış Konuşması”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4, Sayfa : 419-478

ÖZOK, Av. Özdemir - “2009-2010 Yargı Yılı Açılış Konuşması”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4, Sayfa : 479-492

TOPRAK, Prof. Dr. Zerrin;
KARAKURT, Araş. Gör. Ahu - “Türkiye’de Yabancı Mezarları ve Stratejik Yaklaşımlar”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3, Sayfa : 369-396

A- BİBLİYOGRAFYA

DAMAR, Ersin - “2009 yılı Yargıtay Dergisi Bibliyografyası”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4, Sayfa : 615-620

VI- İCRA VE İFLÂS HUKUKU

AKBAL, Mehmet - “Haksız İhtiyati Haciz Nedeniyle Tazminat”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2, Sayfa : 185-212

VII- MEDENİ HUKUK

ARAS, Bahattin - “Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3, Sayfa : 347-368

GENÇCAN, Ömer Uğur - “Kayımlığı Gerektiren Haller”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2, Sayfa : 61-102

VIII- ÖZEL HUKUK

TATAR, Erol - “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanun Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3, Sayfa : 245-272

YENİ, Av. Ramis Onur - “CAS (Spor Tahkim Mahkemesi)”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2, Sayfa : 213-240

IX- TİCARET HUKUKU

ÜNAL, Süleyman - “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Anonim ve Limited Şirketlerin Kurulması ile Tüzel Kişilik Kazanmasına İlişkin Hükümleri Üzerine Bir İnceleme”;
Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4, Sayfa : 593-614

❖ **Yazar Soyadına Göre**

- A -

- AKBAL, Mehmet** : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2,
Sayfa : 185-212
- ALBAYRAK, Mustafa** : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3,
Sayfa : 273-314
- ARAS, Bahattin** : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3,
Sayfa : 347-368

- Ç -

- ÇELİK, Adem** : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3,
Sayfa : 397-414

- D -

- DAMAR, Ersin** : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4,
Sayfa : 615-620
- DURSUN, Hasan** : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4,
Sayfa : 493-562

- G -

GENÇCAN, Ömer Uğur : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2,
Sayfa : 61-102

GERÇEKER, Hasan : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4,
Sayfa : 419-478

- İ -

İSKENDER, Salih Zeki : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2,
Sayfa : 5-60

- K -

KARAKURT, Araş. Gör. Ahu : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3,
Sayfa : 369-396

- Ö -

ÖZOK, Av. Özdemir : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4,
Sayfa : 479-492

- P -

PINAR, Atilla : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2,
Sayfa : 143-156

- S -

SAYGIN, Süreyya : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2,
Sayfa : 157-184

SAVTOK, Bülent : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2,
Sayfa : 103-142

- T -

TATAR, Erol : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3,
Sayfa : 245-272

TEKİN, Nurullah : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4,
Sayfa : 563-592

TOPRAK, Prof. Dr. Zerrin : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3,
Sayfa : 369-396

TÜRKARSLAN, Süleyman : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 3,
Sayfa : 315-346

- Ü -

ÜNAL, Süleyman : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 4,
Sayfa : 593-614

- Y -

YENİ, Av. Ramis Onur : Cilt : 35, Yıl : 2009, Sayı : 1-2,
Sayfa : 213-240



2010 YILI ABONELİK FORMU

Abone No:

Gönderenin
Adı-SOYADI :

Adresi :

:

:

Posta Kodu/ŞEHİR :

Telefon :

Faks :

Aşağıdaki yayınlarınıza abone olmak istiyorum. Katma Değer Vergisi Dahil yayın bedeli olan TL.yi TC. Ziraat Bankası Kızılay / Ankara Şubesi'ndeki **39009014-5001** veya Posta Çekleri Merkezi'ndeki **92932** sayılı hesabınıza/...../..... tarihinde yatırdım.

Buna ilişkin belge (Banka Dekontu veya Çek Kupürü) örneği eklidir.

Ad-SOYAD
İmza

2010 yılı YARGITAY KARARLARI DERGİSİ

%1 oranında KDV dahil, bir yıllık

[12 sayı x 12,50 TL..... **150,00 TL**]

2010 yılı YARGITAY DERGİSİ

%1 oranında KDV dahil, bir yıllık

[4 sayı (1 ve 2. sayı birlikte) x 12,50 TL..... **50,00 TL**]

DİKKAT: Formu doldurduktan sonra,

[Yargıtay Yayın İşleri Müdürlüğü, Yargıtay Ek Binası, Vekaletler Cad. No: 3 06658-Bakanlıklar/ANKARA] adresine ya da (0312) 419 41 11 nolu faks gönderiniz.

