

TÜRK HARFLERİNİN KABULÜ VE TATBİKİ HAKKINDA KANUNLA ŞAPKA İKTİSASI HAKKINDA KANUN HÜKÜMLERİNİN İHLALİ TCK., m. 222

Prof. Dr. Zeki HAFIZOĞULLARI*

GİRİŞ

Anayasa, 1. madde Türkiye Devleti bir cumhuriyettir demektir. Anayasa, 2. madde Cumhuriyetin niteliğinin, demokratiklik, laiklik olduğunu belirtmektedir. Bunun sonucu olarak, Anayasa, 6. madde egemenlik kayıtsız şartsız milletindir demekte, 10. madde din, mezhep ayırımı gözetilmeksizin herkesi kanun önündü eşit saymakta ve 24. madde herkesin din ve vicdan özgürlüğünü kabul etmektedir¹. Anayasa, 14. madde, kendisiyle oluşan, toplum/hukuk/devlet düzeninin “bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler kanunla düzenlenir” diyerek belirtilen düzenin himayesini emretmiştir.

Böylece, esaslarını ortaya koyduğu bu düzeni², Anayasa, 174. madde, “İnkılap kanunlarının korunması” adı altında, bir ulusal kurtuluş savaşı sonunda oluşmuş olan temelleri korunaksız bırakmak istememiştir³.

Anayasa, 25.11.1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunu, 1.11.1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve tatbiki Hakkında Kanunu, Türk toplumunu çağdaş uygarlığın üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden inkılap kanunları arasında saymaktadır.

Anayasanın emri olarak, Türk Ceza Kanunu, 222. maddesinde, bu iki kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklerle aykırı hareketleri suç saymakta, faillerini cezalandırmaktadır.

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

1 Anayasa, 136. maddesinde, Genel idare içinde, laiklik ilkesi doğrultusunda, idare esaslara uygun faaliyet göstermesini emrettiği Diyanet İşleri Başkanlığına yer vermiştir.

2 Siyasi partiler demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır... Siyasi partilerin tüzük ve programları ile eylemleri... laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz. Anayasa, 1995-4121/6 ile değişik, m. 68.

3 1961 Anayasası 153. Maddesinde, “Devrim kanunlarının korunması” emredilmiştir. Anayasanın 174. Maddesi hükmü ile 1961 Anayasasının 153. Maddesi arasında, kanunun amacı ve koruduğu değerler bakımından bir fark bulunmamaktadır.

Uzun tartışmalardan⁴ sonra, söz konusu madde, verilen bir önerge üzerine⁵, “Şapka ve Türk harfleri” madde başlığı altında, “ 25.11,1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanunla, 1.11. 1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabulü ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklere aykırı hareket edenlere iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir” biçiminde ifade edilmiştir.

Gerekçe, “765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526 ncı maddesindeki hüküm aynen alınmıştır” demektedir. Böylece, gerekçe, normun, önceki konuluş amacına göndermede bulunmuş olmaktadır⁶.

Burada kısaca bu suçlar incelenecektir.

1. KANUNUN DÜZENLEMESİ

Kanun, devrim kanunlarına aykırı davranışları tek fıkra olarak düzenlemiştir. Düzenleme bize aittir. Kanuna 657 sayılı Kanunun ihlalini “kabahat” sayan 526. maddesinin 2. fıkrasından gelmiştir⁷.

Madde hükmü, yapısal olarak eksik ceza normudur⁸. Kanun, ceza normunu, göndermede bulunduğu 25.11.1925 tarih ve 671 sayılı Şapka İktisası Hakkında Kanun ve 1.11.1928 tarih ve 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve tatbiki Hakkında Kanun hükmü ile tamamlamakta, dolayısıyla bunların “koyduğu yasaklara ve yükümlülüklere aykırı” hareketleri suç saymaktadır.

Anayasa, “Cumhuriyetin laiklik niteliğini koruma amacı güden” öteki kanunlarla birlikte, bu iki kanunu, 174/1, 2, 6. maddesinde “koruma” altına almış, böylece, bunlara “kaldırılmaz” ve “anayasaya aykırı olduğu şekilde anlaşılabilir ve yorumlanamaz” niteliği kazandırarak, laik toplum/ hukuk/devlet düzeninin temelini oluşturan “anayasal” bir hüküm haline getirmiştir.

Kanun, 222. maddede, müeyyide hükmü ortak, iç içe, iki farklı suça yer vermiştir.

2. ŞAPKA İKTİSASI HAKKINDA KANUNUN KOYDUĞU YASAKLARA VEYA YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRI HAREKET ETMEK SUÇU

2.1. Suçun faili, hukuki konusu, mağduru

Şapka İktisası Hakkında Kanunun muhatabı, yani ceza normunun öznelştirilmesi

4 Bkz., Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı, Ankara 2005, Madde Üzerine 06.07. 2004 Tarihinde Adalet Komisyonunda görüşme, s. 782 vd. ve Madde Üzerinde 16.09.2004 Tarihinde Genel Kurulda Görüşme, s. 804 vd.

5 Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s.809.

6 Kanunun gerekçesinde, Anayasanın 174. maddesinde himayesi emredilen diğer devrim kanunlarının bu yeni düzenlemede niçin cezai himayenin konusu yapılmadığı tartışılmamıştır. Madem kanun koyucu ilke olarak devrim kanunlarını himaye etmek istemektedir, bu kanunlar arasında, neye göre bir seçim yaptığının, bazılarının ihlalini suç sayarken diğerlerine ilgisiz kaldığının gerekçesini göstermek zorundadır. Bunun açıklanmamasının bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz.

7 657 sayılı kanunun 526. maddesi, başlangıçta, mehzasına uygun olarak, tek fıkradan ibarettir. Tespitimiz doğruysa, 526. maddesinin 2. fıkrası, daha sonraki bir dönemde, bugünkü biçiminde 3038 sayılı Kanun (Düstur/tertip 3, Cilt 17, s. 139, RG. Sayı 3531) ile konulmuştur. 226. Madde 4055 sayılı Kanunla değiştirilmiş, ancak 2.fıkra hükmüne dokunulmamıştır. Bilgi için bkz., Çağlayan, En Son Tadilleriyle Birlikte Gerekçeli Notlu ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Cilt. III, Ankara 1970, s, 1146 vd.

8 Hafizoğulları, Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1996. s. 280,

suçun failini de belirlemektedir. Bu bağlamda, özellikle “Türkiye Büyük Millet Meclisi Azaları” yanında “idareyi umumiye ve hususiye ve mahalliyeye ve bilumum müessesata mensup memurin ve müstahdemin ” yani “kamu görevlisi ” kimseler, cinsiyet farkına bakılmaksızın suçun failidirler. Aksini düşünmek kanun önünde eşitlik ilkesi ile çelişir. Elbette, bu kişiler bakımından, suç, mahsus suçtur. Kuşkusuz, mahsus suça iştirak kuralları burada da geçerlidir.

Ancak, Kanun, ayrıca “ ... Türkiye halkının da umumi serpuşu şapka olup buna münafi bir itiyadın devamını hükümet meneder” dediğinden, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın, herkes suçun failidir. Halkı erkekler ve kadınlar oluşturur. Halktan sadece erkekleri anlamak, temel bir dil yanlış¹⁰ olmanın ötesinde, hukukta kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlalidir¹¹.

Burada, şapkanın sadece erkeklere ait olduğunu sanan genel kanaat, söylem ve söylevler, yani bilinen “ezber” suçun failinin sadece erkek kişiler olduğu düşüncesini çağrıştırmakla birlikte, Kanun “...meclisi azaları..” “...mensup memurin müstahdemin..” “Türk milletinin” “Türkiye halkının..” dediğinden, kadın kişi, erkek kişi ayrımını yapmadığı gözlenmektedir. “Medeni giyim” ifadesi olduğundan, şapka erkek kişinin de kadın kişinin de kullandığı bir giysidir¹². Ezber bozduğumuzun farkında olarak, daraltıcı yorum imkânı olmadığından, kanunun amacından, ayrıca Anayasanın 174. maddesinin zorunlu kıldığı ilerletici yorumdan hareketle, hem erkek kişilerin, hem de kadın kişilerin suçun faili olduğunu düşünüyoruz.

Kamunun, anayasal teminat altına alınan laik toplum, hukuk, devlet düzeninin temelini oluşturan “Devrim kanunu” Şapka İktisası Hakkında Kanunun Türkiye halkının .. umumi serpuşunun şapka olduğu emrine uyulmasının sağlanmasına ilişkin kurumsal yararı, suçun hukuki konusunu oluşturmaktadır. Gerçekten Kanun, asıl olarak Türkiye halkının “başının açık olmasını” istemekte, ancak, kamu görevlisi olsun veya olmasın, başını örtmek isteyen kişilerin, başörtüsünün, yani serpuşunun mutlaka “medeni giyim” olan “şapka” olmasını emretmektedir¹³.

9 Hafizoğulları-Özen, Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 522, 523 vd.

10 Halk, dilde, aynı ülkede yaşayan, aynı uyrukta olan insan topluluğu anlamına gelmektedir. İnsan topluluğu kadın ve erkekten oluşmaktadır. Bkz. Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 1, A-j, Akara 1998, s. 933,

11 Ceza normunun muhatabı, yani suçun faili konusu, teknik olarak değil, etik-siyasi olarak hem Adalet Komisyonunda, hem de Genel Kurulda, tartışılmış, ancak normun yorumuna malzeme olabilecek bir düşünce ortaya konulamamıştır. Bu tartışmalardan suçun failinin sadece erkek kişiler olduğu sonucu çıkarılamamakta, ancak kimi konuşmacılar yerel kıyafetlerin (kisvelerin) normun kapsamı dışında olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bkz. Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, s. 794, 795,796, 797, 798, 800, 803, 804, 805.

12 Hafizoğulları, Örtünme ve Yasak, AÜHFD., C. 57, 2008, s. 288 vd. Yazıda, özetle, halktan kadın kişilerin örtünüp örtünmemesi konusunda bir yasağın bulunmadığı ileri sürülmüş, Şapka İktisası Hakkında Kanunun ayrıntılı bir değerlendirilmesi yapılmamıştır. Ancak, TCK., 222.maddesinin incelenmesi gündeme geldiğinde, söz konusu kanunun hükmü, keyfi olarak daraltıcı yoruma tabi tutulmadıkça, maalesef, memur, müstahdem, halktan kadın kişilerin de, erkek kişiler yanında, suçun faili olabilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durum, Şapka İktisası Hakkında Kanunun ve bu kanunla tamamlanan TCK., 222. maddesi hükmünün, önyargıdan, siyasi çekişmelerden uzak ciddi bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiğini düşünüyoruz.

13 Atatürk, Kastamonu Nutku: “Efendiler, Türkiye Cumhuriyetini kuran Türk halkı medenidir. Tarihte medenidir, gerçekte medenidir. Fakat ben sizin öz kardeşiniz, arkadaşınız, babanız gibi size diyorum ki, Türkiye Cumhuriyeti halkı fikriyle, zihniyetiyle medeni olduğunu ispat etmek ve göstermek zorundadır; medeniyim diyen Türkiye Cumhuriyeti halkı aile hayatıyla, yaşayış tarzıyla, medeni olduğunu göstermek zorundadır. Kısacası medeniyim diyen Türkiye'nin gerçekten medeni olan halkı baştan aşağı dış vaziyetiyle de

Laik toplum, hukuk, devlet düzenine karşı saldırıları önlemek ve bastırmakla görevli kamu idareleri yanında, söz konusu düzeninin korunmasında hayati çıkarı olan herkes suçun mağdurudur.

2.2. Fiil

Fiil, failin, “Türk milletinin iktisa etmiş olduğu şapkayı giymek mecburiyetini” alenen ihlal etmesidir. Kuşkusuz, failin, kendi özelinde, şapka giymek mecburiyetine uymaması, bu suç oluşturamaz. Aleniyet, suçun özünde mevcut bulunmaktadır.

Kanun şapkayı tanımlamamış, dildeki tanımını korumak istemiştir. Dilde, şapka (chapeau, cappello), keçe, hasır gibi maddeden yapılan başlık anlamına gelmektedir¹⁴

Herhalde, Kanun, amacıyla uyumlu olarak, “Türkiye halkını da umumi serpuşu şapka olup...” derken, laik toplum, hukuk, devlet düzeninin sonucu olan kanun önünde eşitlik ilkesinin ihlaline yol açabilecek her çeşit serpuşun giyilmesini yasaklamış olmaktadır.

Esasen kanun, başın açık olmasını istemektedir. Ancak, bir kimse başını örtmek istiyorsa, kanun başı örten şeyin “şapka” olmasını mecbur kılmaktadır. Böyle olunca suç, alenen şapka yerine başka bir şey giyildiğinde işlenmiş olmaktadır.

Kamu görevlisi bir kimse şapka giymek mecburiyetine uymadığında, suç esasen anı suç olmakla birlikte mahiyeti icabı, az veya çok sürekli olmak zorunda olduğundan, işleniş bakımından “kesintisiz suç” özelliği arz etmektedir.

Öte yandan, Kanun “Türkiye halkının da umumi serpuşu şapka olup buna münafi bir itiyadın devamını hükümet meneder” dediğinden, halktan birinin şapka giymek

medeni ve olgun insanlar olduklarını fiilen göstermek zorundadırlar. Bu son sözlerimi açıkça ifade etmeliyim ki, bütün memleket ve dünya ne demek istediğimi kolayca anlasın. Bu açıklamalarımı, bir sualle yönelmek istiyorum, soruyorum:

“Bizim kıyafetimiz milli midir? (Hayır sesleri)

“Bizim kıyafetimiz medeni ve milletlerarası mıdır? (Hayır, hayır sesleri)

“Size katılıyorum. Tabirimi mazur görünüz, altı kaval üstü şışhane diye ifade olunabilecek bir kıyafet ne millidir ve ne milletlerarasıdır.”

“ O halde kıyafetsiz bir millet hiç olur mu? Arkadaşlar, böyle nitelendirilmeye razı mısınız? (Hayır, hayır, asla sesleri)

Çok kıymetli bir cevheri çamurla sıvayarak aleme göstermekte mana var mıdır? ve “bu çamurun içinde cevher gizlidir fakat anlayamıyorsunuz?” demek isabetli midir? Cevheri gösterebilmek için çamuru atmak gerekli ve doğaldır. Cevherin korunması için bir kutu lazımsa, onu altından veya platinden yapmak gerekmez mi? Bu kadar açık gerçek karşısında tereddüt caiz midir? Bizi tereddüde sevk edenler varsa, onların ahmırlığına alırlığına hükmetmekte hala tereddüt mü edeceğiz?

Arkadaşlar, Turan kıyafetini araştırıp canlandırmaya gerek yoktur. Medeni milletlerarası kıyafet, milletimiz için layık bir kıyafettir. Onu giyeceğiz. Ayakta iskarpin veya potin, üstünde pantolon, yelek, gömlek, kravat, ceket ve doğal olarak bunların tamamlayıcısı olmak üzere başta “siperi şemli serpuş”, bunu açık söylemek isterim, bu başlığın ismine “şapka” denir.

Şapkaya itiraz edenler vardır. Yunan başlığı olan fesi giymek caiz olur da şapkayı giymek neden olmaz? Ve yine onlara ve bütün millete hatırlatmak isterim ki, Bizans papazlarının ve hahamlarının özel kılığı olan cüppeyi ne vakit, ne için ve nasıl giydiler?”

14 Türkçe sözlük, 2, s.2074. Latince başa giyilen başlık anlamına gelen cappadan türemiş bir kelimedir. Türkçe'deki şapka kelimesi Rusça'dan alınmıştır. Günümüzde, erkek ve kadınların sokağa çıkarken gerek süs olarak, gerekse yağmur ve güneşten başlarını korumak gayesiyle giydikleri başlığın genel adıdır. Erkek ve kadın şapkaları zamana ve kullanım amacına göre geçmişten bugüne pek çok değişiklik geçirmiştir. 1950'li yıllarda modada altın çağını yaşasa da günümüzde hala modacıların vazgeçemediği aksesuarlardandır. Bkz. İnternet, Google.

mecburiyetine uymaması, ancak o kimsede “itiyat” hâsıl etmişe suç olmaktadır¹⁵. İtiyadı kanun tanımlamıyor. Herhalde, bir kimse, usulüne uygun olarak yetkililerce makul süreler içinde, şapkadan başka bir giysi giymekten iki veya ikiden fazla kez men edildiğinde, “itiyat” hâsıl olmuş olacağından, suç işlenmiş olacaktır.

Şapka giymek mecburiyetine uymama, şaka olmadığı bilinen bir giysiyi giymeyi gerekli kıldığından suç, salt icra hareketinden ibaret olan neticesiz bir suçtur. Bu suça teşebbüs olmaz.

Mahiyetine uyduğu nispette suça iştirak mümkündür. Amirin memurun şapka giymemek mecburiyetine uymamasına göz yumması, suça iştirak olmadığından, koşullarına göre “görevinin gereklerini ihmal” suçunu oluşturabilir.

Suç resen takip edilmektedir. Suçun takibinde sistemli savaçlama, kanunun etkinliğini giderir, sonunda hüküm metruk hale gelir. Bu suç yönünden ortaya çıkan en büyük olumsuzluk, düzenlenirken hükmün daha başında metruk hale gelmesinin yolunun açılmasıdır.

2.3. Hukuka aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Bazı din adamların, dini hizmet gören kimselerin, giyilmesine kanunların izin verdiği dinsel giysileri giyinmeleri, “şapka giymek mecburiyetinde” olmanın bir ihlalini oluşturmaz. Bu halde fiil hukuka uygundur.

2.4. Kusurluluk

Fiil kastla işlenir.

Kast, failin, Şapka İktisası Hakkında Kanunun “koyduğu yasaklara veya yükümlüklere aykırı hareket ettiğini” yani “ şapkayı giymek mecburiyetine” uymamayı veya “...buna münafi bir itiyadı” edinmeyi bilmesi ve istemesidir.

Fail gösteri niyeti ile hareket ettiğinde, kastı söz konusu olmaz.

Fiili hata, kastı kaldırır.

Bir kimse, örneğin giyinmeye hakkı olmadığı bir “şerpuşu” hakkı olduğunu zannederek giyindiğinde veya dinsel olmadığını zannettiği dinsel bir giysiyi giyinip gezdiğinde hatası lehine değerlendirilir.

2.5. Ceza

Fiili sabit olduğunda, faille, iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

15 Aksi düşünce, YİBGK., E. 1936/22, K.1936/37, T.11.11.1936, “Şapka Kanununa Muhalefet (Suçun Oluşumu için İtiyat Gerekip Gerekmemesi) 765/m.526, ÖZET: Şapkadan başka başlık (serpuş) Giyenlerin eylemlerinde itiyat aranmaz; hükümet buyruklarına aykırılıktan dolayı sorumlulukları gerekir,, “...” KARAR: 671 sayılı Kanun hükmü, Türkiye halkının umumi serpuşu şapka olup buna münafi itiyadın devamını men’ e hükumete selahiyet vermiş olmasına göre şapkadan maada serpuş iktisa edenlerin fiillerinde itiyat aranmayarak evamiri hükumete muhalefet suçundan dolayı mes’ uluyetleri lazım geldiği ittifakla 11.11.1936 gününde takarrür etti”. Tespitlerimize göre bu İçtihadı birleştirme kararı halen yürürlüktedir. Burada tartışılacak konu, kararın, 5237 sayılı Kanun karşısında, halen geçerli olup olmadığıdır. Karar için ayrıca Bkz., Çağlayan, Ceza Kanunu, s 1179: “Şapka Kanununun hükümlerine muhalefet fiillerinde itiyat aranmaz”.

3. TÜRK HARFLERİNİN KABUL VE TATBİKİ HAKKINDA KANUNUN KOYDUĞU YASAKLARA VEYA YÜKÜMLÜLÜKLERE AYKIRI HAREKET ETMEK SUÇU

3.1. Fail, hukuki konu, mağdur

Kanun, 2. madde, “Devletin bütün daire ve müesseselerinde ve bilcümle şirket, cemiyet ve hususi müesseselerde Türk harfleriyle yazılmış olan yazıların kabulü ve muameleye konulması mecburidir”, 4. madde “... Türkçe hususi veya resmi levha, tabela, ilan, reklam, sinema yazıları ile kezalik Türkçe resmi, hususi bilcümle mevkut, gayri mevkut gazete, risale ve mecmuaların Türk harfleriyle basılması ve yazılması mecburidir” ve 9. madde “Bütün mekteplerin Türkçe yapılan tedrisatında Türk harfleri kullanılır. Eski harflerle matbu kitaplarla tedrisat icrası memnudur” diyerek, bu kurumların sorumlularının, bu tür faaliyetleri yapanların suçun faili olduğunu kabul etmiştir.

Bu görünümünde suç mahsus suçtur.

1924, 1961, 1982 Anayasalarında “Türkiye ahalisinin” veya “Türk Ulusunun” “Ulusal Dili” Türkçedir. Türk Harflerinin Kabulü ve Tatbiki Hakkında Kanun, Türkçenin Türk harfleri ile ifade edilmesini emretmektedir.

Kanun; “ Türk toplumunun çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkma ve Türkiye Cumhuriyetin laiklik niteliğini koruma amacı güden” öteki kanunlarla birlikte, Anayasanın 174. maddesinde “koruma” altına alınmış; kendisine “kaldırılmaz” ve “Anayasaya aykırı olduğu şekilde anlaşılabilir ve yorumlanamaz” niteliği kazandırılmış; dolayısıyla laik toplum, hukuk, devlet düzeninin temelini oluşturan değiştirilmesi bile teklif edilemeyen “anayasal” bir hüküm haline getirmiş olduğundan; suçun hukuki konusu, “ Türk harfleri unvan ve hukuku ile kabul edilmiş” olan “Türk Harflerinin”, Türkçe yazı dilinde, hayatın kamusal her alanında kullanımının sağlanmasına ilişkin kamusal yarar olmaktadır.

Türk harfleri ile oluşturulmamış olan yazışmalar, adli, idari işlemler, ilanlar, reklamlar, filmler, gazeteler, kitaplar vs.. suçun maddi konusunu oluşturmaktadır.

Laik toplum, hukuk, devlet düzeninin gereklerini yerine getirmekle görevli kamu idareleri ve bu düzeninin saldırlardan korunmasında çıkarı olan herkes suçun mağdurudur.

3.2. Fiil

Anayasa, 3. maddede, Türk ulusunun “ulusal dilinin” Türkçe olduğunu kabul etmiştir¹⁶.

Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun, “... Türk harfleri unvan ve hukuk ile kabul edilmiştir” diyerek, Türkçenin Türk harfleri ile ifade edilmesini emretmekte, Ceza Kanunu, bu emrin ihlalini suç saymaktadır.

Gerçekten, Kanun 222. maddede, fiili, “ Türk Harflerinin Kabul Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklerle aykırı hareket etme” olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda; Devletin bütün daire ve müesseselerinin ve bilcümle şirket, cemiyet ve hususi müesseselerin işlemlerinde, Türk harflerinin kullanılması; Türkçe hususi ve resmi levha, tabela, ilan, reklam, sinema yazılarının, Türkçe hususi, resmi bilcümle mevkut, gayri mevkut gazete, risale ve mecmuaların, Türk harfleri ile basılması; Türkçe basılacak kitapların Türk harfleriyle basılması; okulların Türkçe yapılan tedrisatında,

16 Hafizoğulları, Türkiye Cumhuriyetinin Temel Nitelikleri, AÜHFD., C. 45, 1996, sayı 1-4; Türkiye Cumhuriyeti Devletin Düşünsel Temelleri, Bir Mevzuat Değerlendirmesi, ABD., Yıl 58, Sayı 2000/1.

Türk harflerinin kullanılması veya eski harflerle matbu kitaplarla tedrisat yapılması mecburiyetinin ihlali bu suç oluşturur.

Kıyası Kanun, Anayasanın 3. maddesi gereğince “Türkiye ahalisinin dili” yani “ulusal dili” Türkçe olduğundan, Türkçenin, yazılı dilde, adli, idari, ticari, kültürel tüm işlemlerde Türk harfleri ile ifade edilmesini, Türkçe eğitim-öğretimin Türk harfleriyle ve bu harflerle yazılmış kitaplarla yapılması emrinin ihlal edilmesini suç saymaktadır.

Kanunun öngördüğü mecburiyetlerden birine veya birkaçına uymamak, tek bir suç vücut verir. Fail, fiilini, değişik zamanlarda, bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlediğinde zincirleme suç düşünülebilir.

Kanunun uygulanmasını 1929, 1930 tarihleri ile sınırlandırdığı hükümlerinin ihlal edilmesi artık bugün söz konusu değildir.

Suç, icra hareketi ile işlenebilen, ani, neticeli bir suçtur. Suça teşebbüs mümkündür. Türk harfleri ile oluşturulması gereken, örneğin Arap, Çin, Japon, Slav, Grek vs. harfleri ile oluşturulan Türkçe bir levha, ilan veya reklam sergilenmeden önce; kitap, gazete basıldığı esnada ele geçirilirse, suça teşebbüs edilmiş olur.

Ancak, okulların Türkçe yapılan tedrisatında Türk harflerinin kullanılması mecburiyetinin ihlali söz konusu olduğunda, ihlalin harici bir neticesi bulunmadığından, mecburiyetin ihlali, yani başka harflerin kullanılması ile suç oluşur. Suça teşebbüs olmaz.

3.3. Hukuka aykırılık

Fiil hukuka aykırı olmalıdır.

Bir kanun özel olarak izin vermiş olmadıkça, Türkçenin, Türk harflerinden başka harflerle yazılması hukuka aykırıdır.

3.4. Kusurluluk

Suç kastla işlenir.

Kast, failin, Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanunun koyduğu yasaklara veya yükümlülüklerle bilerek ve isteyerek aykırı hareket etmesidir.

Fiili hata, kastı kaldırır. Failin örneğin Türkçe çıkarmak istediği bir gazetenin Türk harflerinden başka harflerle çıkarılmasına, Türkçe olması gereken resmi bir yazışmanın Türk harflerinden başka harflerle yapılabileceğine, özel olarak izin verildiğini zannetmesi hataya düşmüş olmasıdır. Hata failin lehinedir.

3.5. Ceza

Fiili sabit olduğunda, faile, iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

4. SONUÇ

Şapka İktisası Hakkında Kanun, 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanununun 526. maddesinin 2. fıkrası hükmünü oluşturmuştur. Ancak hüküm, yürürlükte olduğu süre içinde etkin olmamıştır. Anayasanın 174. maddesi hükmünün açık emrine rağmen, kanunu yürütmek ve uygulamakla görevli organlar, kanunun ihlallerine ilgisiz kalmış, hatta göz yummuşlardır. Bunun sorucu olarak, kanun, değiştirilmek, varsa eksikleri giderilmek veya yürürlükten kaldırılmak yerine, elbirliği edilerek etkin kılınmamış, “metruk” konumuna düşürülmüştür.

Herkesçe bu durum bilindiği halde, 5237 sayılı Kanun 222. maddede, Şapka İktisası Hakkında Kanununun ihlalini suç saymış, resen takibi emredilmiştir.

Böyle olunca, istenmese bile, kendiliğinden, suçun failinin kim olduğu meselesi, zorunlu olarak tekrar ortaya çıkmış olmaktadır.

Kanun, “Türkiye halkının .. umumi serpuşunun şapka olduğunu” emrederken cinsiyet ayrımı yapmamış, suçun failinin, kamu görevlisi veya hizmetlisi olsun veya olmasın, kadın kişi de, erkek kişide olduğunu kabul etmiştir. Keyfilik seçilmedikçe hükmün daraltılarak yorumlanmasına olanak yoktur.

Faili kamu görevlisi kadın kişi veya erkek kişi olduğunda suç ani suçtur. Disiplin amirleri suçu takip etmediklerinde, görevi ihmal suçunu işlemiş olurlar, çünkü Kanun bunlara suçu takip edip gereğini yapmayı emretmiştir.

Türkiye halkı, sadece erkek kişilerden değil aynı zamanda kadın kişilerden oluşmaktadır. Aksine 1936 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı olmasına rağmen, biz, faili halk olduğunda, yani kamu görevlisi olmadığında, Kanunun, suçun oluşması için, fiilin failde itiyat oluşturmasını emrettiğini düşünüyoruz. Bir kimse hakkında ikiden fazla idari işlem yapıldığında, itiyat oluşmuş kabul edilmelidir¹⁷.

Anayasanın Türkiye Devletinin Dili Türkçedir hükmü karşısında, Türk harflerinin kabulü ve tatbiki hakkında Kanun, Türkçenin, yazı dilinde, mutlaka “Türk harfleri” ile ifade edilmesini emretmiş bulunmaktadır. Kanun, Türk harflerinin kabulü ve kullanımını çağdaş uygarlığın üstüne çıkmanın ve Cumhuriyetin laiklik niteliğinin teminatı saymakta, buna istisna tanımamaktadır

Yeni düzenleme özellikle Şapka İktisası Hakkında Kanun yönünden “sözde” kalmamalı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasanın 174. maddesi hükmü doğrultusunda, kişinin giyiminde kendisini ifadesine imkân tanınarak, hükmün etkin kılınmasının yol ve yöntemleri aranmalı, kanunda mutlaka bunu sağlayıcı değişiklikler yapılmalıdır. Teknik olarak bu mümkün görülmediği takdirde hüküm, yürürlükten kaldırılmalıdır.

17 Yukarıda açıklanan 1936 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı hariç, Şapka İktisası Hakkında Kanunun hükmünün ihlali konusunda bir emsal kararına rastlanmamıştır. Komisyon ve Genel Kurul Çalışmalarında bu konuda verilmiş kararların olmadığına dikkat çekilmiştir. Bu, 765 sayılı Kanunun 526/2. Maddesi hükmünün Şapka İktisası Hakkında Kanun yönünden geçerli olmasına rağmen etkin olmadığını göstermektedir. Kanun koyucu bu durumu bilerek söz konusu Kanunun ihlalini suç saymıştır. Tabiri caizse “dostlar alışverişte görsün” veya “yasak savmak” kabilinden konulmuş olan 222. madde hükmünün, Kolluk ve Savcılıklar ihlallere ilgisiz kaldığında, Şapka İktisası Hakkında Kanun yönünden, aynı akıbetin ortaya çıkacağını, geçerli olmasına rağmen, etkin olmayacağını, metruk kalacağını düşünüyoruz. Geçmişten bugüne bakıldığında, toplumda bugünkü fiili durum göz önüne alındığında, söz konusu hükmün maalesef ölü doğmuş bir hüküm olduğunu söylemek yanlış olmaz. Kanunu yürütmek ve uygulamakla görevli olanların bizi doğrulamalarını dileriz.

ÜLKEMİZDE “TORBA KANUN” VE “TEMEL KANUN” UYGULAMALARI

Doç. Dr. Şeref İBA *

“Torba” ve “temel” ibareleri, yasama diline görece yeni giren terimlerdir. Temel kanun ve torba kanun arasındaki ilk benzerlik her ikisinin de, iktidar çoğunluğuna sevimli; muhalefete ise sevimsiz gelen kavramlar olmasıdır.

Torba kanun da temel kanun da, genel yasama sisteminin yavaş işleyen ve hantal dışı ve çarklarının bir bölümünü devre dışı bırakıp hızlandırılmış şekilde yasalaştırmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, parlamento zamanının daha etkili ve verimli kullanımı sonucu ortaya çıkmaktadır. Belli bir periyotta çıkan kanun sayısı gibi yasama istatistikleri meclisin performans kriteri olarak alınacak olursa, yasama istatistiklerinde üretken sonuçlar ortaya çıktığı görülmektedir. Temel kanun ile torba kanun ilişkisi bununla da sınırlı değil elbette. Böyle bir hukuki zorunluluk olmadığı halde bugüne kadar tüm torba kanunlar, temel kanun yöntemine göre görüşülmüştür.

Uygulamada, “bazı kanunlarda...” şeklindeki başlıkla torba kanun özelliği sergileyen kimi kanunlar madde sayısı az olduğu için olsa gerek, basım tarafından torba kanun olarak adlandırılmamaktadır. Dolayısıyla, madde sayısı normalden fazla olduğundan genellikle temel kanun kapsamında yasalaştırılan ve aşağıda tartışılacak olan diğer bazı özellikleri taşıyan kanunlar, “torba” olarak anılmaktadır. Torba kanun ile temel kanun ilişkisini daha derinliğine irdelemek için ilk önce “temel kanun” ya da “özel yasama yöntemi” mekanizmasının anlaşılması gerekmektedir.

1. TEMEL KANUN

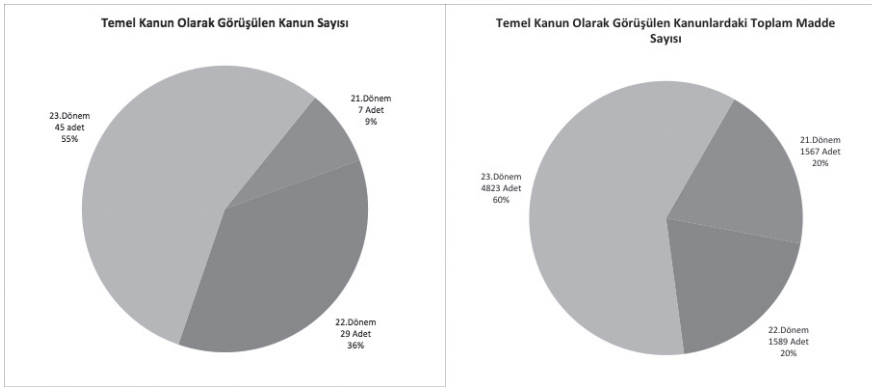
Kanun yapım sürecinin, yasama organı evresinde “esas komisyon” için mutfağı konumundadır. Yasama organı bünyesinde son karar merci olan “Genel Kurul” çalışmaları, komisyonda olgunlaştırılan ve “sıra sayısı” adını alan metin üzerinden yürütülür.

Kanun tasarısı ve teklifinin, komisyondaki görüşmeleri sırasında, uzmanlığı olan üye ya da üye olmayan milletvekillerinin katkıları ve varsa, ilgili sivil toplum kuruluşlarının görüşleri alınır.

* Ufuk Üniversitesi Öğretim Üyesi

Genel olarak iki tür yasa yapma yöntemi vardır; birisi normal, diğeri hızlandırılmış yol. Madde bazlı görüşme ve oylamaya dayanan normal usul, teknik açıdan "genel yasama yöntemi" olmaktadır. Hızlandırılmış yol ise, "özel yasama yöntemi" olarak adlandırılmaktadır. Özel yasama yönteminin bizdeki karşılığı, biraz da zorlama bir nitelemeyle "temel kanun" olmuştur. Türk parlamento hukukuna 1991 yılında giren hızlandırılmış yasa yapma yöntemi, TBMM İçtüzüğü'nün 91. Maddesinin başlığından esinlenen bir terimle "temel kanun" olarak yerleşmiş durumdadır. Ancak bu kullanım, bir alanı hukuki reform niteliğinde ilk kez düzenleyen "Medeni Kanun", "Borçlar Kanunu", "Türk Ceza Kanunu" gibi ana kanunlardan söz ederken kullanılan "temel kanun" deyimiyile karışmaktadır. Uygulamada temel kanun yöntemi, kanun tasarı ya da teklifinin Genel Kurul görüşmelerinde 30'u geçemeyen maddelerden oluşan bölümler içine sıkıştırılarak görüşülüp yasalaştırılması anlamına geldiğinden, bilgisayar terimleriyle, bir dosyanın sıkıştırılması (ziplenmesi)'ni andırmaktadır. TBMM İçtüzüğü'nün 91. maddesinde de, özellikle "temel kanun" tanımlamasıyla ilgili olarak benzer bir "bocalama" hali zaten söz konusudur. Madde, Anayasa Mahkemesi tarafından da birkaç kez iptale konu edilmiş¹, iptaller ışığında gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra sular büyük ölçüde durulmuştur.

21. Yasama döneminde (7), 22. Yasama döneminde (29), 23. Yasama döneminde (45) adet kanun "temel kanun" olarak görüşülmüştür. Yasa yapma hızının vitesini, daha sağlıklı analiz edebilmek bakımından yasama dönemleri bazında adet olarak verilen kanunların toplam madde sayılarını belirtmek daha aydınlatıcı ve ilginç olabilir. Bu bağlamda, sırasıyla 21. Dönemde toplam (1567), 22. Dönemde toplam (1589), 23. Dönemde toplam (4823) maddeden oluşan temel kanunlar çıkarılmıştır.



Grafik-1 ve 2 birlikte değerlendirildiğinde, 23. Dönemde temel kanun olarak görüşülen kanun ve madde sayılarında katlanan artışlar gerçekleşmiştir. Buna göre, temel kanun uygulaması son dönemlerde giderek daha çok başvurulan bir yöntem haline gelmiş durumdadır. Torba kanun uygulamasının, parlamentonun halkın ihtiyacı olan kapsamlı yasaların gecikmeksizin görüşülmesinde başvurulan gerekli bir yol olduğu ortadadır.

1 İlk kez 1996 İçtüzük değişiklikleriyle düzenlenen temel kanunlar (md.91) hükmü, Anayasa Mahkemesince birkaç kez iptal edildikten sonra en son 2005 yılında yeniden düzenlenmiştir. Maddenin son halinde temel kanun tanımı yine yapılamamıştır. Ancak, ucu açık biçimde bazı özellikleri sıralanmıştır. Bkz: Şeref İBA (2010), Parlamento Hukuku, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, (yenilenmiş) 4. Baskı, s.s.68-69.

Üstelik, yasa yapma süreçlerinin yavaşlığına bağlanan hantal yasama işlemlerinin hızlandırılması, dünyada da genel kabul gören rasyonelleştirme mekanizmaları olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak tam da bu noktada, parlamento çoğunluğunun iradesiyle, bir bölümde en çok 30 madde yer alabileceği şeklindeki içtüzük limitinin çok altındaki madde sayısından oluşan kanun tasarısı ya da tekliflerinin bile temel kanun kapsamında görüşüldüğü örneklerin savunulabilir yanı bulunmamaktadır.²

2. TORBA KANUN

T.D.K Sözlüğünde torba, *“genellikle pamuk ve kıldan dokunmuş, türlü boy ve biçimde, ağzı büzülüp bağlanabilen araç”*: 2. *Genellikle plastikten veya kâğıttan yapılmış, içine öteberi koymaya yarayan, çeşitli büyüklükte olabilen taşıma gereci, poşet”* şeklinde tanımlanmıştır.³ “Kanun” ibaresinin başına eklenen “torba” kelimesi, bir yandan “taşıyıcılık işlevi” ne diğer yandan da içine konulacak öteberinin her zaman kestirilemeyeceği için “gizem”ine işaret eden son derece isabetli bir sıfattır. Bununla birlikte, insanımızın kıvrak zekasının bir ürünü olarak günlük yasama diline yerleşmiş olan bu eğlenceli terim, çeşitli belirsizlikler içerdiği için tanımlanması güç ve formel yasama dilinde hiç kullanılmayan bir nitelemedir.

Kısaca, birbiri ile konu yönünden ilgili olmayan ve çok fazla sayıda başka kanunda ek ve değişiklikler yapan kanunlara “torba kanun” adı verilebilir. Bir kanunun torba kanun olup olmadığının temel göstergelerinden birisi, kanun başlığıdır. Torba kanunların başlığı, içerik itibarıyla yürürlükteki birden fazla kanunu etkilediği için genellikle “çeşitli kanunlarda” diye başlamak zorundadır.

Torba kanunların yasalaşma sürecinde kimi özgün yönler ortaya çıkmaktadır. Bunlar kabaca, şöyle sıralanabilir:

-Torba kanun uygulaması, geleneksel komisyon sistemini devre dışı bırakmaktadır. Hemen her torba kanun tasarısı/teklifi, mali nitelikli hükümler içerdiği gerekçesiyle, esas yönünden “bütçe komisyonu” na havale edilmektedir. Aynı kanun teklifleri halinde sunulmuş olsa, başka ihtisas komisyonlarının görev alanına girecek olan işler, zorunlu olarak tek komisyona gönderildiği için devre dışı (bypass) bırakılmış komisyonların uzmanlığından yararlanmadan ve katkıları alınmadan yasalaşmış olmaktadır.⁴

-Torba kanun görüşmelerinin, özellikle, komisyon aşamasında, yeni madde ihdasının⁵ sıklıkla görülen bir durum olduğu görülmektedir. Genel Kurulda, torba kanuna yeni madde ihdası Komisyon aşamasına göre çok daha zordur.⁶

- Komisyon gelen ve komisyondan geçen madde sayısının yeni maddelerin eklenmesi yüzünden katlanarak arttığı görülmektedir. Böylece, torbaya daha önceden kamufler edilmek istendiği ya da kamuoyunda, ilgili kesimlerde en azından bir süre gözlerden kaçırılmak

2 Toplam 11 maddeden oluşan 5983 Sayılı Kooperatifçilikle ilgili Kanun ile: sadece 8 maddeden oluşan 6005 sayılı YÖK ile ilgili Kanun, “temel kanun” kapsamında görüşülmüştür.

3 <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (erişim: 08.04.2010)

4 Uygulamada, tali yönden havale edilen komisyonlar, işi görüşmemektedir.

5 TBMM İçtüzüğü'nün 87/4. Hükmü, yeni bir madde olarak görüşme açılmak suretiyle işleme konulacak değişiklik önergesinin, “görüşülen tasarısı ya da teklifle çok yakın ilgisi” olmasını ve komisyon üyelerinin salt çoğunluğuyla önergeye katılmasını şart koşmuştur.

6 Torba kanuna, Genel Kurulda, yeni madde eklenebilmesi için, TBMM 87. Maddesine göre verilecek yeni madde önergesinin, komisyon raporunda geçen metinde yer alan konularla ve gönderme yapılan kanunlarla doğrudan ilgili olması şarttır.

istendiği için konulmayan bir madde veya konu son anda eklenmiş olmaktadır. Bu bağlamda, torba kanunlar, genellikle, kanundan etkilenecek kesimler bakımından sürprizlere gebe özellikler sergilemektedir.

-Kanun yapım sürecinde sivil toplumun etkili bir şekilde katılması ve görüşlerini ifade etmesi, torba kanun yönteminde sekteye uğrayabilmektedir. Öte yandan, çok sayıda kanun çok sayıda bakanlığı ve kuruluşu ilgilendirdiğinden yasa yapım sürecinin teknik ilgilileri arasında gereken diyalog ve bilgi alış-verişi imkanı çoğu zaman ortadan kalkabilmektedir. Bu durum, yasama hatalarının artmasına yol açabilmektedir.

-Toparlamak gerekirse, temel kanun, TBMM Genel Kurulundaki görüşme şekliyle, torba kanun ise, içerik itibariyle yapılan bir adlandırmadır.

Torba Kanun uygulamasının pragmatist ihtiyaçlardan doğduğu bir gerçektir. Hükümetler bir an önce gerçekleştirmek istedikleri, her birini ayrı bir kanun ile yapmak durumunda kalacakları düzenlemelerin hepsini geniş bir yelpazede torba kanun uygulaması yoluyla yapabilmektedirler. Bu durum, özellikle seçimlere giderayak yasama dönemlerinin sona ermesine yakın zamanlarda daha sık olarak görülmektedir. Çünkü, artık sona ermek üzere olan dönemde yeni bir seçimle işbaşına geçip geçmeyeceği belirsiz olan hükümetler, yapmak istedikleri düzenlemeleri birleştirmekte ve tek bir kanun halinde kısa sayılabilecek parlamento zamanı tüketerek TBMM'den geçirmeye çalışmaktadırlar.

Torba kanunlar söz konusu olduğunda, Medeni Kanununun 1. Maddesinde belirtildiği anlamda, "kanunun ruhundan/özünden" söz edebilmek neredeyse imkansız hale gelebilmektedir. Torba kanunla, uygulayıcılar açısından çeşitli sürprizlere gebe dir. Örneğin, kimi torba kanunların, gerekçe trafiği ya çok karışık ya da hiç gerekçesi olmayan maddeleri bulunmaktadır. Bu nedenle, somut hukuki açmazlarla ilgili kanun "yorum" teknikleri çoğu zaman işlemez hale gelebilmektedir.

Torba Kanun uygulamasına örnek olarak 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı *Bazı Kanun ve Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun* verilebilir. 36 maddelik bu Kanunla 53 kanun veya kanun hükmünde kararnamede 163 değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden 21 adedi yeni, ek veya geçici madde ilaveleri şeklinde olmuştur.

Torba Kanun uygulamasına son ve yeni bir örnek ise, 13/2/2011 tarihli ve 6111 Sayılı *Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun*'dur. Toplam 234 maddeden oluşan bu kanunla, 66 ayrı kanunda ve 7 adet kanun hükmünde kararnamede olmak üzere rekor düzeyde değişiklik yapılmıştır. Söz konusu torba kanuna ilişkin komisyon raporu, 1 adet kanun tasarısıyla 59 adet kanun teklifi birleştirildiğinden sadece başlığı 3 sayfa tutmuştur.⁷ Bu bağlamda, 1 tasarı esas alınarak en çok teklifin birleştirildiği komisyonu raporu rekoru kırılmıştır.

Tasarının ilk hali, 7'si geçici madde olmak üzere toplam 120 madde iken, esas komisyondaki yeni madde ilavesi ve madde bölmeleri nedeniyle, torba tasarısı 10'u geçici olmak üzere toplam 234 maddeye çıkmıştır. Bazı maddelerin çıkarılması vb. nedenlerle, Genel Kurulda kabul edilen son hali ise, 18'i geçici olmak üzere toplam 234 maddedir.

Böyle bir kanunun normal şartlarda, kanun tekniği gereklerine uygun olarak 73 parçaya bölünmesi ve 73 adet ayrı kanun tasarısı olarak sunulması gerekmektedir. Bu denli uzun

7 Komisyon Raporu, (S. Sayısı:606); Yasama Dönemi:23, Yasama Yılı:4.

madde sayısından oluşan ve yürürlükteki 73 kanunu etkileyen bir tek kanuna hakim olmanın güçlüğü ortadadır. Bir torba tasarıya sıkıştırılması 73 ayrı kanun konusunun ayrı ayrı bakanlıkları ve kuruluşları ilgilendirdiği varsayımı altında, bu kadar kalabalık bürokrat grubunu komisyon salonlarında ve genel kurulda, fiziki şartlar itibariyle de bir arada tutmak zaten imkansızdır.

Torba kanun, her biri ayrı ayrı tasarı ya da teklifler halinde gelmesi gereken işleri, bir araya toplayarak süratle yasallaşmasına imkan sağlamaktadır. Yasama hatalarının artma olasılığına karşı, yasama sürecinde destek sağlayan teknik görevlilerin sunduğu uzmanlık hizmetinin önemi daha da artmaktadır. Kanun tekniğine ilişkin bazı noktaların gözlerden kaçırılmaması için, madde eklemeleri ve çıkarmaları vb. nedenlerle bazen yap-boz oyununa dönüşen torba kanun görüşmelerinde son anda verilen değişiklik önergelerinin ciddi sıkıntılara yol açabildiği bilinmektedir.

6111 Sayılı Torba kanun hakkında eleştirilerde bulunan Erdem, seçmenleri memnun etme isteğiyle çok sayıda tasarımı bir kanunun içine paketlemek/torbalamakla, bütünü denetiminin zorlaştığını, haklı olarak belirtmektedir.⁸ TBMM İçtüzüğünde madde olarak düzenlenen temel kanun yolu, formel bir içtüzük kurumudur. Buna karşılık torba kanun, konuşma dilinde var olan yazı dilinde geçmeyen kavramlaştırmalardır. Türk parlamento hukukundaki konumu bakımından her iki kavram da, yavaş işleyen yasa yapım sürecinin hızlandırılmasına dönük fonksiyonel rasyonelleştirme teknikleri olarak karşımıza çıkmaktadır.

SONUÇ

Ne pahasına olursa olsun, yasama sürecini hızlandırmak için torba kanun çıkarma yoluna başvurulması, çok ciddi sakıncaları beraberinde getirmektedir. Torba kanun sadece yasama süreci açısından değil, tasarı ya da teklif yasaladıktan sonra uygulama sürecinde de sorunlar doğurmaktadır.

Torba kanun çıkarma yolu, muhalefetin ve sivil toplum kuruluşlarının yasa yapım süreçlerine etkili biçimde katılımının sağlanamamasını göze almayı gerektirmektedir. Kaldı ki, her telden konuları kapsayabilen torba kanunların, yürürlükteki mevzuata olan etkileri hakkında, iktidar partisi üyesi milletvekilleri bile içerik hakimiyeti bakımından sıkıntıya düşmektedir.

Uygulamada, böyle bir zorunluluk olmadığı halde, temel kanun kapsamında görüşülen torba kanunların hızla yasalştırılması yüzünden ortaya çıkan yasama hatalarını düzeltmek amacıyla değişen kanun veya kanunlarda çok geçmeden yeniden değişiklik yapılmasını körüklemektedir. Kısaca, ülkemizde torba kanunlar, değişen kanunda yeni değişiklik gereksinimlerini tetikleyici bir etken niteliği de taşımaktadır.

8 Tarhan Erdem, köşe yazısında şöyle yazmıştır: “Hataların bir kısmı, seçimler öncesi her iktidar partisinin, değişik çevrelerin baskısı ve seçmenleri memnun etme isteğiyle çok sayıda tasarımı kanunlaştırmaya çalışmasından doğar. Bu acele içinde, hele komisyon başkanları ve uzmanlar bunaldıklarında pek çok hata yapılabilmektedir. Özellikle ‘Torba Kanun’ benzeri, bütünü denetlemek zor olan kanunlarda maddi ve anlamsal hatalarla karşılaşılır. Böyle kanunlara her bakan bir madde eklemek ister.” Tarhan ERDEM, “Yeni kanunlar: Ne önce, ne sonra yeterli bilgi verildi” Radikal, 17.02.2011

KAYNAKLAR

Şeref İBA (2010), Parlamento Hukuku, İstanbul, İş Bankası Kültür Yayınları, (yenilenmiş) 4. Baskı.

Tarhan ERDEM, “Yeni kanunlar: Ne önce, ne sonra yeterli bilgi verildi” Radikal, ()17.02.2011.)

Komisyon Raporu, (S. Sayısı:606); Yasama Dönemi:23, Yasama Yılı:4. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (erişim: 08.04.2010)

Alman Hukukunda Tutuklulukta Ölçülülük İlkesi

Av. Memet KILIÇ *

I. GENEL OLARAK

Almanya'da tutukluluk kurumu, sadece sürmekte olan usulüne uygun bir ceza muhakemesi sonucunda verilecek olan hapis cezasına ilişkin mahkeme kararının infazının güvence altına alınmasını sağlar.¹ Bundan başka bir nedenle zanlı tutuklanmamalıdır.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 112. paragrafı uyarınca, tutuklama kararının şartları, kişinin suç işlendiğine yönelik güçlü bir şüphenin bulunması ve diğer tutuklama nedenlerinin bulunmasıdır. Diğer tutuklama nedenleri ise, kaçma, kaçma tehlikesi, delilleri karartma tehlikesi ve suçun tekrar işlenmesi tehlikesidir.

Bunun dışında tutukluluk aşırıya kaçmalıdır, yani ölçülü olmalıdır. Tutuklama müdahalesi, eğer fiilin tam olarak aydınlatılması, soruşturmanın yürütülmesi ya da hükmün ifasının başka türlü güvence altına alınmaması hali var ise, ancak bu halde caizdir.² Tutukluluk, mutlaka meselenin özü ve anlamı ile ilişkili ve kendisinden beklenen hukuku sonuca yönelik olmalıdır. Ceza Usul Kanununun 113. paragrafına göre tutuklama kurumuna hafif suçlarda sadece sınırlı olarak başvurulabilir. Bu gibi suçlarda, şayet düzenli olarak polise bildirim veya başkaca güvenlik tedbirleri ile tutuklama ile arzulanan amaca ulaşıyor ise, bu hallerde tutuklama kararı verilemez.

Tutuklu bulunan zanlı veya sanık, tutukluluğun her aşamasında tutukluluk kararının kontrol edilerek, kaldırılması yönünde mahkemenin karar vermesi yönünde talepte bulunabilir. Veyahut da zanlı veya sanık, tutukluluğun talikine yönelik bir itirazda bulunabilir. (Tutukluluğa ilişkin ana denetim, Ceza Usul Kanununun 117. paragrafında düzenlenmiştir.)

II. HIZLANDIRMA İLKESİ

Tutukluluk halinde hızlandırılma ilkesi, ölçülülük prensibinin özel ve baskın bir görünümüdür.

Tutukluluk hali devam eden bir zanlı, hızlı bir yargılamayı talep etme hakkına sahiptir. Bu hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesi

* LL.M. (Heidelberg Üniversitesi), Ankara ve Karlsruhe (Almanya) Baroları Üyesi,

Alman Federal Parlamentosu Milletvekili

1 BVerfGE 32, 87, 93; BGH NJW 87, 2525.

2 BVerfGE 20, 144, 147.

ve Anayasanın 2. maddesinin 2. fıkrasının 2. cümlesinde yer alan anayasal ölçülülük prensibine dayanır.³

Almanya'da hürriyeti bağlayıcı bir ceza veya hürriyeti bağlayıcı tedbire ilişkin bir mahkeme kararı olmadığı sürece, kural olarak tutukluluk hali altı aydan daha uzun olmaz. Ancak, Eyalet Yüksek Mahkemesi bu sürenin uzatılması yönünde karar verebilir. Bu kararın verilme şart ise, "özel bir zorluk ya da kapsamlı bir hazırlık soruşturması ya da bunlar dışında başkaca önemli bir nedenin kararın verilmesine imkân tanımaması ve tutukluluk halinin devamını haklı çıkarılması", olarak sıralanabilir. (Bu mesele Alman Ceza Usul Kanunu'nun 121. paragrafında düzenlenmiştir). Tutukluluğun 6 aydan daha uzun olması, uygulamada ender rastlanan bir durum değildir.

1. HIZLANDIRMA İLKESİNE İLİŞKİN ALMAN YARGI İÇTİHATLARI

Alman Anayasa Mahkemesi 13. Mayıs 2009 tarihli bir kararında tutuklamanın ölçülülüğü konusuna açıklık getirmiştir.⁴

Tutuklama düzeninin korunmasında, anayasanın 2. maddesinin ikinci fıkrasının 2. cümlesinde garanti altına alınan "*kişi özgürlüğüne dokunulamaz*" ilkesi ile etkili bir ceza kovuşturmasının zorunlu gereklilikleri arasında bir çelişki bulunduğu dikkate alınmalıdır. Bir hukuk devletinde kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılması, sadece usulüne uygun olarak kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla mümkündür. Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrası ve gene Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 maddesinin 2. fıkrasında açıkça ortaya konulan hukuk devleti ilkesine göre, bir suçun şüphelisinin özgürlüğünden mahrum bırakılması, sadece istisnai olarak caizdir. Ceza yargılaması aşamasında gerekli ve orantılı görülmesi, zorunlu hürriyet kısıtlamaları, sürekli olarak, kesinleşmiş mahkeme kararı olmaksızın yargılanın özgürlük talebi açısından düzeltici olarak denetlenmelidir. Bu bağlamda ölçülülük ilkesi belirleyici bir anlam taşımaktadır. Ölçülülük ilkesi, sadece tutuklama kararının verilmesi bakımından değil tutuklamanın süresi açısından da önemlidir. Ölçülülük kuralı uyarınca, yargılama sonucunda verilecek muhtemel ceza ile tutuklama süresi orantısız olamayacaktır. Gene bu ilkeye göre muhtemel cezadan bağımsız olarak da tutuklamaya sınır konulmaktadır. Tutukluluk süresinin uzaması karşısında, özgürlük talebinin ağırlığı, etkili bir ceza yargılaması esnasında giderek artmaktadır. Bu ilke gereğince, bir taraftan tutuklu işlerde hızlı yargılama yapılmasına ilişkin gerekler artarken, diğer taraftan da tutukluluk süresi uzadıkça, tutukluluğun gereklerini zorunlu kılan şartların daha iyi gerekçelendirilmesi gerekir."

Böylelikle Anayasa Mahkemesi tarafından tekrar açıklık getirilen tutuklama kararının verilmesi çok sıkı kurallara bağlanmıştır.

Hazırlık soruşturmasının hacmi özel bir zorluk taşıyorsa, altı aylık tutukluluk süresi Alman mahkeme içtihatlarına göre uzayabilir. Mahkeme içtihatlarına göre bu uzatma gerekçeleri şunlardır: Aydınlatılması gereken ceza eylemlerinin fazlalığı, çok sayıda yerli veya yabancı tanığın dinlenmesi gerekliliği, çok zaman alan bilirkişi raporlarının hazırlanması zorunluluğu ya da yargılamanın çok sayıda sanık aleyhine yürütülmesi, olarak sıralanabilir.⁵

3 BVerfGE 20, 45, 50; BVerfGE 53, 152, 158.

4 Alman Anayasa Mahkemesi kararı, BVerfG 13. Mayıs 2009 tarih, 2 BvR 388/09.

5 Meyer-Goßner, StPO Kommentar, § 121, Rdnr. 17.

Soruşturma makamlarının elverişli tedbirler ile karşı koyamayacakları koşullardan ötürü yargılama uzarsa, tutukluluk süresinin altı aydan fazla sürmesine izin verilebilir.⁶ Bu konuda özellikle tek başına ceza soruşturmasını yürütmekte olan savcının hasta olması⁷ ya da savcılık veya mahkemenin aniden meydana gelen ön görülemez ve kaçınılmaz bir yükümlülük ile karşı karşıya kalması⁸ durumu da örnek olarak gösterilebilir.

Bazı mahkemelere göre tutukluluk süresinin uzaması şu halde de haklı görülebilir; işin değerlendirilmesi uzun sürse bile soruşturma makamının ağır kusuru ya da gecikmesi yoksa tutukluluk süresinin uzaması haklı görülebilir.⁹ Bu konuda Frankfurt Eyalet Mahkemesi 18.01.1988 tarihli bir kararında, resmi dairenin her kurusun değil, sadece ağır kusur ya da gecikme halinin gibi tutukluluk kararının kaldırılmasında eksiklik meydana getiren önemli nedenlerin haklı görüleceğine hükmetmiştir. Bu anlamda önemli bir neden sayılan haller; kapsamı geniş bir soruşturma, çok sayıda sanığın ve savunmanın duruşmaya katılması nedeniyle savunma makamının dava dosyasını incelemek üzere talep etmesi nedeniyle duruşmaların ertelenmek zorunda kalınması, olarak sıralanabilir. Bu gibi durumlarda meydana gelen gecikme, hızlıca yeni bir tarih belirlenmesiyle suretiyle, ancak sınırdır ve kısa bir süre olabilecektir. Burada sorulması gereken soru şudur, acaba bu kararın tutukluluk süresinin en çok altı ay olabileceğine ilişkin Ceza Usul Kanununun 121. paragrafının birinci fıkrasında düzenlenen prensibin aksine, ona aykırı şekilde bir istisna getirip getirmediğidir.

Yargılama makamında görülmekte olan adli işlerden dolayı meydana gelen yığılmalar ya da yetersiz bağımsız yargıçlık kadroları ve mahkemeler, tutukluluk süresinin altı aydan daha uzun bir tutukluluk hali için esaslı bir neden olmaması gerekmektedir. Aynı şekilde mahkeme Ceza Usul Kanununun 121 paragrafı açısından mahkeme üyelerinden birinin geçici olarak görevde olmaması¹⁰, tayin ya da savcının tatilde olması veyahut da önemli bir nedenle raportör¹¹ olarak bulunması Ceza Usul Kanununun 121 paragrafı açısından önemli bir neden sayılmaz.

6 Bu konuda Bamberg Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin 16.06.1995 tarihli kararında, çocuk istismarı olarak anılan kararında, "çocukların korunmasına ilişkin sadece bir tane daire olduğundan, bundan dolayı meydana gelen gecikmeler, tutuklu işlerin hızlı yapılması ilkesini ihlal etmez." Şeklinde bir tespitle bulunulmuştur. (Bkz. OLG-Bamberg NJW 96, 1222)

7 OLG Hamm NJW 72, 550.

8 OLG Duesseldorf NJW 93, 1149 Nr. 19.

9 Bkz. OLG Duesseldorf wistra, 97, 35, OLG Frankfurt StV 88, 439.

10 Anayasa Mahkemesi bu konuya 19.07.1993 tarihli kararında açıklık getirmiştir. Buna göre hızlandırma prensibi "Ceza kovuşturma makamları ve mahkemeler, bir iddianame hazırlanırken emredilen çabukluğu yerine getirmek için tüm olanakları kullanmak ve uygulanabilir tüm tedbirleri almak zorundadır. Bu nedenle şayet bir mahkemenin bu açıdan mevcut donanımı, personeli ve maddi alt yapısı yeterli ise, organizasyonda alınacak gerekli önlemler işlerin görülmesi, yargılama usulünde belirtilen sürelerle uygun süreci sağlıyor ise, "aşırı iş yükü "önemli bir neden" olarak nitelendirilemez." Mahkeme üyelerinden birinin geçici olarak görev başında bulunması, iş bölümü planına göre yapılacak vekâletten görevlendirilme tedbirini ile halledilebilir ve işlemlerin yürütmesi olanaklı kılınabilir. Gene aynı kararda Anayasa Mahkemesi'ne göre, dosyanın savunma makamları tarafından incelenme talepleri de, tutukluluk sürecinde gecikmeye neden olmamalıdır. Çünkü dosyaların çoğaltılarak hazır olarak bekletilmesi kural olarak öngörülebilir ve olanaklıdır. Yargılama süreci mahkeme garantisinde yürütülmektedir. (Bu konuda, Bkz. BVerfG NJW 94, 2081)

11 BVerfG NStZ 83, 519; OLG Koblenz, NStZ 97, 252.

Bundan başka tutukluluk süresi boyunca, savcılık makamının ya da adli kolluk biriminin dosyaları makul ve akla yatkın bir neden olmaksızın aylar boyunca hiç incelememesi ya da gecikmeli bir şekilde incelemesi de uygun görülmemektedir. Bu konuda özellikle eğer savcılık makamının iddianameyi aylar süren bir gecikme¹² ile hazırlaması ya da yetkili olmayan bir mahkemeye iddianameyi sunması da caiz değildir.¹³

Ceza Usul Kanununun 121. paragrafının 1. fıkrası anlamında uzatma, işin özel güçlüğü, soruşturmanın kapsamı veyahut diğer önemli bir sebep, sadece tutuklama kararında anılan ve o nedenle infaz edilen eylemlere ilişkin olabilir. Tutuklama kararının süresinin uzatılmasına gerekçe olarak, tutuklama kararında yer almayan, olası başka eylemlerinde aydınlatılması gerekliliği varsayımı, Alman Anayasaya Mahkemesi'nin içtihatlarına göre, kişisel özgürlüğe ilişkin hakkın mana ve kapsamıyla bağdaşmamaktadır.¹⁴ Eğer mahkeme makul sebep olmaksızın yargılamayı birkaç ay geciktirir¹⁵ veyahut tensip kararından sonra ilk duruşmayı altı ay sonraya bırakırsa, tutuklamaya devam edilemez.¹⁶ Bamberg Eyalet Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararında, üç ay önce esas yargılaması yapılabilecek olan sanığın altı aydan beridir tutuklu kalması halinde, bu tutukluluk süresinin de ölçüsüz olduğuna hükmetmiştir.¹⁷ Yerel mahkemenin mütemediyen yeni iddianamelerin sunulması ve bunlara ilişkin cevap sürelerinin beklemesi isteği, tutuklama süresinin uzatılmasını haklı kılmaz. Bu koşullar altında, birçok eylem nedeniyle yargılama yapılmasından vazgeçilmesi gerekirdi.

12 Bu konuda ayrıca Bkz. KGStV 83, 111.

13 Anayasa Mahkemesi tarafından karara bağlanan olayda, savcılık görülmekte olan davada defi yoluyla anayasaya aykırılık iddiasında bulunan taraf aleyhine ve iddianamede belirtilen diğer kişiler hakkında yerel asliye ceza mahkemesinde silahlı soygun ve silahlı soygun tehdidi iddiasıyla suçlamalar bulunmaktadır. Duruşma esnasında asliye ceza mahkemesi, defi yoluyla Anayasa Mahkemesi'nde anayasaya aykırılık iddiasında bulunan kişinin talebinin davayı etkilediği sürece, dava dosyalarını ayırmış ve olayda yeterli şiddet kullanma maddi unsurunun olmadığına işaret ederek dosyayı Eyalet Asliye Ceza mahkemesine göndermiştir. Anayasa Mahkemesi'nde, temel haklardan birisi olan kişisel özgürlük hakkının zedelendiği def-isi ileri sürülmüştür. Bu def-iyeye göre, zanlıların iddianamede kendisine yöneltilen suçlamalarda (silahlı soygun, silahlı soygunla tehdit) soruşturmanın başlangıç safhasında ve yerel asliye ceza mahkemesinde, olayda yeterli şiddet unsurunun bulunmadığı meselesi dikkate alınsaydı, dava daha sonra Eyalet Ceza Mahkemesine tevdi edilmeyecek ve böylece gecikmeye neden olunmayacaktı. Savcılık iddianamesini Asliye Ceza Mahkemesi ve mahkeme heyetine sunmadan önce, ceza yasasının StGB § 250, 255. paragraflarında bu suç için öngörülen cezanın beş yıldan az olmayan hürriyeti bağlayıcı bir ceza olduğunu tespit etmeliydi. Bu tespit yapılmış olsaydı, daha sonra mahkemelerin işleyişi kanunun § 74 madde 1.fıkra ve 2.cümlesinde yer alan düzenlemeye göre Eyalet Mahkemesi yetkilidir denmesi, anlaşılabilir hale gelmeyecekti. (Bkz. StV 92, 522)

14 BVerfG NJW 92, 1749

15 18.08.1993 tarihli Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu karara göre mahkemenin, davanın açılmasından üç ay sonra yargılamanın başlamasına karar vermesi halinde, bu halde tutuklu işlerin gerekliliklerine ilişkin ilkelerin zedelendiğini kabul edilmektedir. Mahkemenin belirlediği bu sürede, Almanca diline hâkim olmayan sanığa iddianamenin tebliğ edilmeden tercümesinin yapılması da dikkate alınmıştır. Mahkemeye göre kural olarak, iddianamenin sunulmasından sonra vakit geçirmeksizin yargısal tahkikata (Not: Zwischenverfahren, Alman hukukunda mahkeme tarafından yapılan esas yargılama ilişkin soruşturma işlemleridir, mahkeme bunu duruşmalar başlamadan önce de yapmaktadır.) başlanmalı ve bir ay içerisinde de mahkeme nezlindeki yargılamaya başlanmalıdır. (Bu konuda Bkz. KG StV 94, 90)

16 Aynı yönde Bkz. OLG Düsseldorf StV 82, 531.

17 OLG Bamberg StV 91, 29.

Keza mahkeme gereksiz yere yazılı bir bilirkişi raporunu bekleyemez¹⁸ ya da bilirkişinin aşırı iş yoğunluğu nedeniyle yargılamayı birkaç ay erteleyemez.¹⁹ Bu bağlamda yapılması gereken, bilirkişi ile raporun ne kadar sürede hazırlanabileceğine ilişkin görüşerek tutukluluk durumuna dikkat çekmek gerekmektedir. Hatta duruma göre savcılık, bilirkişi raporundan bağımsız olarak iddianameyi sunarak davayı açmalıdır.

Şu halde tutuklu yargılamalar çok belli ve kesin zaman planlaması gerektirir. Hatta Alman Anayasa Mahkemesine göre, bu gibi durumlarda hafta bir duruşma yapmaktan daha fazlası gerekmektedir. Çok ağır iddialarda bile (Altı kişilik seri cinayet) hızlı yargılama ilkesinin ihlali, tutukluluğu kaldırır.²⁰ Tutuklu işlerin hızlı görülmesine yönelik bu ilke sadece ilk derece mahkemelerindeki kararların verilmesi aşamasında değil, yargılamanın tüm aşamalarında geçerlidir.²¹

2. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN (EGMR) İÇTİHATLARI

Eyalet Yüksek Mahkemeleri'nin resen denetimlerine rağmen, Almanya'da uzun süreli tutukluluğa dair münferit olaylar yaşanmıştır. Bu olaylar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle Almanya aleyhine sonuçlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının (yargılamanın uygun ve bir makul bir süre içerisinde yapılması) ihlal edildiği gerekçesiyle, Almanya aleyhine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 13. maddesine düzenlenen etkili başvuru hakkına dayanarak açılan davada, davacı taraf 3000 Euro'luk manevi tazminat talebinde bulunmuştur.²² Davaya esas olan ceza yargılamasında, davacıların her biri eşlerini öldürmek suçundan müebbet hapis cezasına çarptırılmıştır. Davacı taraf, yargılamanın neredeyse 10 yıl iki ay sürdüğünden, Anayasa Mahkemesi sürecinden önce sadece iki derece yargılamanın yapılabildiğinden yakınmıştır. Bunun dışında tutukluluk süresine ilişkin mahkeme kararının maddi gerçekliğe uymadığından da yakınılmıştır.

Tutukluluk süresi açısından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (EGMR) özellikle Alman Anayasa Mahkemesi öncesindeki yargılama süresinin altı yıl ve bir ay sürmüş olmasını ölçüsüz bir süre olarak kabul edilebileceği tespitinde bulunmuştur. Gene aynı kararda mahkeme, bir devletin, yargılamanın ölçülü bir süre içerisinde yapılması ve tamamlanması için kendi mahkemelerinde gerekli organizasyonları yapmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Bunun ötesinde mahkeme vermiş olduğu kararında, davacının yargılama sürecinde etkili bir hukuki koruma olanaklarına sahip olmadığını da tespit etmiştir.²³ Mahkeme davacı tarafa, bu nedenle manevi tazminat olarak 15.000 Euro ve

18 Aynı yönde Bkz. OLG Düsseldorf NJW 96, 2588.

19 Aynı yönde Bkz. OLG Bremen StV 97, 143.

20 BVerfG NJW 06, 672.

21 BVerfG StV 09, 479.

22 EGMR Karar, 22.01.2009 tarih; K ve T Almanya'ya karşı; Nr. 45749/06 ve 51115/06; StV 2009, 561.

23 Bugünkü hukuki duruma göre, hukuki korumaya ilişkin ikinci itiraz noktası aşılmıştır, zira Alman Yargıtay'ının (BGH) 1 Ocak 2008 tarihli kararıyla geliştirdiği "infaz çözümüne" göre, uzun süreli tutukluluk süresinin denkleştirilmesi amacına yönelik, cezanın bir kısmı infaz edilmiş kabul edilmektedir. O tarihten beri ceza mahkemeleri, hukuk devleti ilkesine aykırı olarak yargılama süresinin uzamasını, hükümde uygun bir ceza belirlemek ve aynı zamanda bu cezanın hangi miktarının uzun tutukluluk süresinin tazminatı olarak

ayrıca yargılama masrafları için de 5.000 Euro'nun da ödenmesini yönünde karar verdi.

Kişisel başvuru sürecinde, O./Deutschland (Nr.1) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 13 Kasım 2008'de oy birliği ile vermiş olduğu kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁴

Ceza yargılamasına esas alınan olayda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine dava açan kişi, ticari işlem ehliyetliye kurmuş olduğu anonim şirket aracılığıyla çok sayıda dolandırıcılık ve dolandırıcılığa teşebbüs suçunun zanlısı olmuştur. Yargılama süreci 15 yıldan fazla sürmüş ve yargılama sonucunda sanık beraat etmiştir. Davacı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine dayanarak, yargılama süresinin uzunluğundan yakınmış ve uygun bir tazminat alamadığını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu olayda yargılama süresinin uzunluğunu Köln Savcılığının yapısal problemlerinden kaynaklandığını tespit etmiştir. Bu nedenle Köln Eyalet Mahkemesi'nden dosyanın geri döndüğünü ve eksik personel bulunduğunu da tespit etmiştir. Gene mahkemeye göre davacı, iddia ettiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlal edilmesinin kurbanı olmuştur, çünkü olayda uzun süren yargıla sürecinin yeterli tazmini için talep edilen manevi tazminat talebi başarısız olmuştur. Ardından mahkeme, Alman Hukuk'unda uzun süren yargılama faaliyeti dolayısıyla ortaya çıkacak manevi tazminat talepleri için, yeterli telafi olanakların bulunmadığı tespitinde de bulunmuştur.

Gene buna benzer bir olayla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürülen bir olayda mahkeme, Almanya'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiğini ve davacıya manevi tazminat olarak 14.000 Euro'nun ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir.²⁵

Yargılamaya esas olan ceza soruşturması, davacı aleyhine ileri sürülen emniyeti suiis-timal ve dolandırıcılık şüphesiyle bir emlak fonuna zarar verildiği iddiasıydı. Neredeyse 12 yıl süren yargılama sonucunda, suçun hafifliği ve suçun unsurlarındaki eksiklikler ortaya çıkmıştı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu olayda, hazırlık soruşturmasının gerekli dikkat ve özenle yapılmadığını tespit etti. Bu eksikliğin çok ve uzun süren bir zaman zarfında mevcut olduğu, bu konuda el konulan evraklar üzerindeki tahkikatın ya yapılmamış ya da bu konuda esaslı bir gecikmeyle yapıldığını da ayrıca tespit edilmişti. Mahkeme bu tespitlerden başka, davacıya isnat edilen suç bakımından esaslı bir suçlama ortaya konulamamıştır. Alman Hukukunda da uzun süren yargılama için ön görülmüş yeterli bir tazmin müessesi bulunmamaktadır.²⁶

Bunun dışında Cevizovic./Deutschland davasında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 3. fıkrasının (Özgürlük ve Güven Hakkı) ihlal edildiği, aynı zamanda gene sözleşmenin 6. maddesinin (Adil Yargılanma

infaz edildiğini kabul etmek suretiyle denkleştireceklerdir.

24 EGMR Karar, 13 Kasım 2008 tarih, Nr. 10597/09; İnsan Hakları Bildiri Metni (Newsletter Menschenrechte) 2008/6, S. 334.

25 EGMR Karar, 13. Kasım 2008 tarih; Nr. 26073/03; StRR 2009, 227-228.

26 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (EGMR), tazminat olanaklarının eksikliğini şu şekilde gerekçelendirmiştir. Alman Hukuk'unda uzun süreli ceza yargılamalarından doğan her türlü tazmin olanağı, suç eylemine muhatap olan kişinin suçlu bulunacağına ilişkin temel koşuldan hareket etmektedir. Diğer taraftan uygun bir giderim olanağı tanımadığı için, anayasaya aykırılık def-ine ilişkin hukuki yola müracaat edilmesine de gerek yoktur.

Hakkı) 1. fıkrasının da ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁷ Mahkeme kararında, 4 yıl 10 ay süren ceza yargılaması esnasında, ceza mahkemesinin gerekli çabuklukta yargılamayı yürütemediğini ve ortalama bir ayda 4 duruşmadan daha az duruşma yapıldığını tesit etmiştir. Burada mahkemenin yargılamayı uzatması yeterli değildir, mahkeme daha ilk başta, alışılmadık çap ve karmaşıklık arz eden delillerin toplanmasını tahmin edebilmeli ve bundan kaçınabilmeliydi.

Tutukluluk süresinin kesin üst sınırı, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları, gerekse Ceza Usul Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kendisine yer almıştır.²⁸ Ağırlıklı olarak, tutuklamanın devamının uygunluğu, somut olayın özel koşullarına bakılarak değerlendirilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 26.01.1993 tarihli bir kararında, tutuklu halde bulunan sanığın yargılamasının süratli bir şekilde yapılması hakkının, mahkemelerin görevlerini gerekli özenle yerine getirmelerine engel olmadığını. Bu bağlamda uluslararası ve çok karmaşık, geniş kapsamlı ekonomik bir suçla ilişkin yargılamada, 4 yıllı aşan bir tutuklama süresinin, eğer somut olayın olağan üstü karmaşıklığından meydana geliyorsa, bu durumun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrası ile bağdaştığını karara bağlamıştır. Ayrıca mahkeme, her ne kadar sanığın yargılama makamlarıyla işbirliği yapma yükümlülüğü bulunmasa da, sanığın yargılama makamlarıyla işbirliği yapmaması, yargılamanın süresini etkiliyorsa, bu durumun sanığın aleyhine olduğu, kanaatindedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bulunla birlikte, yargılama faaliyetleri esnasında iki yılı aşan bir tutukluluk süresi için, “*çok inandırıcı nedenler*” in olmasının yanı sıra “ çok dikkatli ve özenli davranılmış olması gerektiği görüşündedir.²⁹ Yargılamanın zorluk taşınmasına rağmen, takriben 6 yıl süren bir tutukluluk süresi caiz görülmemektedir. Mahkeme, PKK faaliyetlerine ilişkin zor bir yargılama süreci yaşanması ve çok sayıda sanık ve savunma bulunmasına rağmen 5 yıl 11 ay süren tutukluluk süresinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlali sonucunu doğuracağı yönünde karar vermiştir.³⁰ Aynı zamanda mahkeme, başkaca yeterli suç şüphesinin ve kaçma tehlikesinin bulunmasının da tek başına uzun süreli bir tutukluluk halini haklı kılmaya yetmeyeceği görüşündedir.

III. İHLALİN HUKUKİ SONUCU

Tutukluluk için öngörülen uygun sürenin aşılması tutukluluk halini sona erdirir, ancak ilke olarak ceza davasını ortadan kaldırmaz.

Zanlı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinin 5. fıkrasına dayanarak, devlet aleyhine bir talepte bulunabilir. Bu talep kusura değil, hukuka aykırı bir tutuklamaya ilişkindir.

Almanya'da bu konudaki talebe ilişkin diğer hukuki dayanak ise, Ceza Yargılamasındaki Tazminata İlişkin Kanun'un (StreG) § 2 paragrafıdır. Buna göre, tutuklama yoluyla bir başkasına zarar verilirse, berat ettiği ya da kendisine karşı dava açıldığı ya da duruşmalara başlanıp reddedildiği sürece, kişi uğradığı zararının tazmini talep edebilir. Ceza

27 EGMR Karar, 29. Temmuz 2004 tarih; Nr. 49746/99; StV 2005, 136.

28 EGMR Karar, 26. Ocak 1993 tarih; Nr. 92/1991/344/417; EuGRZ 93, 384.

29 EGMR Karar, 26. Ekim 2000 tarih; Nr. 30210/96; NJW 01, 2694.

30 EGMR Karar, 05. Temmuz .2001 tarih; Nr. 38321/97; NJW 03, 1439.

Yargılamasındaki Tazminata İlişkin Kanun'un (StreG) § 7 paragrafının 3. fıkrasına göre ise, kişinin tutuklama dolayısıyla içeride kaldığı her gün için 25 Euro tazminat öngörülmüştür. Hürriyetten mahrum bırakılma ile uğranılan zararın tazmini için öngörülen bu küçük tazminat miktarı saçma bir rakamdır.

Federal Alman Hükümeti uzun süren yargılama süreci ve ceza hazırlık soruşturmaları için çok sayıda yasa tasarısı hazırlamıştır. Bu yasa tasarılarının hazırlanmasının ana nedeni, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi tarafından Almanya aleyhine sonuçlanan Sürmeli kararıdır. Bu kararda, uzun süren yargılama sürecine karşı hukuki koruma olanaklarının Almanya'da olmaması ve bu durumun sistematik ve adil bir yargılama hakkını zedelediği ve aynı zamanda yargısal bir hukuki koruma sağlamak gerekçesiyle Almanya aleyhine karara bağlanmıştı.³¹ En son Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 02.09.2010 - 46344/06-Rumpf kararında, Almanya aleyhine 10.000 Euro'luk bir tazminata hükmetti ve bu konuda Almanya'ya bir yıllık bir süre vererek, bu içerisinde bir etkili girişimde bulunması yönünde karar verdi.³²

Yasa tasarısına göre, bu konuda tazminat talebinden önce bir "gecikme uyarısı" yapılması gerekmektedir. Tutukluluk hali devam ederken, hukuki sürenin aşılması suretiyle verilen zarar için tazminat talebi ileri sürülebilir. Bu tazminatın istenebilmesinin şartı ise, mahkemenin bu gecikme konusunda uyarılmasıdır. Yapılan "Ön uyarı", iletilen haklı bir eleştiri yardımı ile mahkemenin acil tedbirler alarak yargılamanın iyileştirilmesi olanacağını, yetkili yargıca sunmaktadır. Ancak mahkeme bu gecikme uyarısına özel bir tepki vermek zorunda değildir, bu uyarı mahkemeyi daha hızlı bir karar vermeye itemez. Bu uyarı sadece daha sonra talep edilecek olan tazminat talebinin bir ön şartıdır.

31 EGMR Karar, 08.Haziran 2006 tarih; Nr. 75529/01; NJW 2006, 2389-2394.

32 EGMR Karar, 02.Eylül 2010 tarih; Nr. 46344/06; NJW 2010, 3355-3358.