

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**KİTLE İLETİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI OLARAK
TÜRK HUKUKUNDA ADİL YARGILANMA HAKKINA
KARŞI SUÇLAR**

DOKTORA TEZİ

Dilek EKMEKÇİ

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL

Nisan 2013

ÖNSÖZ

Tamamlanması üç buçuk yıl süren bu doktora tez çalışmasının ortaya çıkmasına katkı sağlayan pek çok kişi oldu. Öncelikle akademik hayatımın tamamında benden değerli yardımlarını esirgemeyen her zaman örnek aldığım, beni ben olarak kabul eden ve aramızdaki sevgi bağından hiçbir zaman şüphe etmediğim değerli hocam Prof. Duygun Yarsuvat'a teşekkürü bir borç bilirim. Doktora yeterlik sınavını verdikten hemen sonra 2009 yılının yazında, tez konumu belirlemek amacıyla kendisini ziyarete gittim. Aklımdaki konu olan "*Anayasayı İhlal*" suçu ceza hukuku alanında doktora tezi yazan bir başka arkadaşımız tarafından yazılıyordu. Bense ülkemizin içinden geçtiği sürecin de etkisiyle mutlaka siyasi boyutu olan bir tez konusu seçmeyi ve aynı zamanda maddi ceza hukukuyla ilgili çalışmayı umuyordum. Böylece yüksek lisans tezimi ceza muhakemesi hukuku alanında yazdığım için dolayı, maddi ceza hukuku alanında da donanımımı artırmayı umuyordum. İşte bu noktada hocamız, doktora tez konusu seçmenin eş seçmek gibi olduğunu belirterek beklentilerime uygun bir konu seçebilmem için bana değerli zamanını ayırarak, çeşitli öneriler getirdi. TCK'nın 285, 286 ve 288. maddelerini yazabileceğime işaret ederek, o aşamada tez konumu TCK'nın bu suç tiplerinin içinde bulunduğu bölümünün başlığıyla bağlantılı olarak "*Adliye Karşı Suçlar*" (*Adaletin İşleyişi Aleyhine Suçlar*) olarak belirlememde etkili oldu. Zamanla konunun kapsamını sınırlandırma gayretlerim ve kitle iletişim özgürlüğüyle bağlantısını ortaya koymam sonucunda gerçekten bu konuyu çok severek araştırdığım ve yazdığım bir süreç ortaya çıktı. Özetle bu kadar severek yazdığım bir konu seçmemde etkisi sebebiyle ve yüksek lisans tezimde, doktora yeterlik aşamasında ve doktora tez önerisi savunmam sırasında danışmanlığımı yapmayı kabul ettiği için Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a ne kadar teşekkür etsem azdır.

Süreç içerisinde bir takım idari zorunluluklar sebebiyle Prof. Dr. Duygun Yarsuvat danışmanlığımı sürdürmediğinde, bütün yoğunluğuna rağmen Galatasaray Üniversitesi'nde lisansüstü öğrenim gören pek çok öğrencinin tez danışmanlığını özveriyle yapan Doç Dr. Ümit Kocasakal hocamıza ben de yük olmak zorunda kaldım. Lisansüstü öğrenimimin tamamında yine bende emekleri çok olan ve yine ilkeli duruşuyla, mücadeleci kişiliğiyle ve engin maddi ceza hukuku bilgisiyle örnek aldığım Ümit Hocamız bütün yoğunluğuna rağmen benimle ilgilenmeye ve özellikle tezimin son aşamasında süreci hızlandırmaya gayret gösterdi. Kendilerine de her yönden sonsuz teşekkürü bir borç bilirim. Yine aynı süreçte tez izleme komitemde yer alan, tez planımı inceleyerek değerli fikirleriyle bana yol gösteren, bir bayan ceza hukukçusu olmam sebebiyle ayrıca örnek aldığım, her görüşmemde güler yüzüyle bana moral ve destek verdiğini hissettiren değerli hocam Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu'na da en derin saygı ve şükranlarımı sunarım.

İstanbul Üniversitesi'ndeki lisans öğrenimimden seçmeli Sosyoloji dersini alarak tanıdığım ve Galatasaray Üniversitesi'ndeki doktora öğrenimimin ders döneminde kendisiyle yakından tanıştığım, öğrencilerini tanımak ve anlamak için gayret gösteren ve böylece beni yakından tanıyarak güven veren, daha sonra da tez

izleme komitemde yer almayı kabul eden değerli hocam Prof. Dr. Ahmet Ulvi Türkbağ'a da teşekkürlerim sonsuzdur.

Bu tezin ortaya çıkış sürecinde yaşadığım bir takım şanssızlıklar oldu. Bunlardan bir tanesi 2012 yılının Haziran ayı sonunda tezimi bütün jüri üyesi hocalarıma teslim etmemden birkaç gün sonra yürürlüğe giren 6352 sayılı kanunla TCK m. 286 hariç tez konum kapsamındaki bütün maddelerde kapsamlı değişiklikler yapılmasıdır. Ancak ben her şerde bir hayır olduğunu düşünüyorum. Böylece bu tezi en sıcak haliyle güncelleme ve gözümden kaçan hatalarımı görerek düzeltme fırsatım oldu. Bu süreçte jürimde yer almayı kabul ederek, tezimi akademik ve idari işlerinin bütün yoğunluğunda her satırına değer verdiğini hissettirerek okuma ve beni tek tek uyarma özverisinde bulunan değerli bilim insanı ve kendisini tanımaktan büyük bir memnuniyet duyduğum hocam Prof. Dr. Serap Keskin Kiziroğlu'na da sonsuz teşekkürü bir borç bilirim. Kendisinin bundan sonraki akademik hayatımda da değerli fikirlerini, eleştirilerini ve desteğini benden esirgemeyeğini ümit ediyorum. Ayrıca Doç. Dr. Vesile Sonay Evik hocamıza da tez jürimde yer alması başta olmak üzere, güvenimi perçinleyen konuşmaları ve kaynakçama tezimi düzeltirken eklediğim Ali Kemal Yıldız hocamızın "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Şikayetçi" isimli kitabımı bana ödünç olarak getirmesi de dahil çeşitli destek ve yardımlarından ötürü şükranlarımı sunarım.

Bu vesileyle Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu ile yakından tanışmamıza vesile olan, hukuk ve ceza hukuku alanında her zaman bilgi ve kaynak paylaşımında bulunduğum, kariyerimin en keskin dönemeçlerinde benden desteğini esirgemeyen Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü doktora öğrencisi, değerli ceza hukukçusu, avukat hakları ve insan hakları mücadelesinin genç savunucusu avukat arkadaşım, kardeşim Volkan Bahadır'a, iki yıl boyunca eski işyerim olan Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde aynı odayı paylaştığım ancak Galatasaray Üniversitesi'deki lisansüstü öğrenim sürecimin ilk gününden beri arkadaşım olan, özverisi, iyi niyetli ve sakin kişiliği ile en stresli zamanlarımda alttan almayı ve yükümü kaldırmayı bilen değerli meslektaşım Arş. Gör. Çağatay Çınar'a ve alanı olmamakla birlikte tezimi okur musun dediğimde tereddüt etmeden kabul eden, hiçbir zaman benden manevi desteğini esirgemeyen değerli avukat arkadaşım ve avukatım Peren Sanrı Arslan'a da sevgi ve teşekkürlerimi sunuyorum.

Son olarak bütün lisansüstü öğrenimim boyunca değerli fikirleriyle akademik gelişimimde katkısı olan Galatasaray Üniversitesi'nin bütün değerli öğretim üyelerine, her sorunumda yardımcı olmaya çalışan kütüphanemizin değerli personellerine ve özellikle Serpil Ögeç'e, bazı yabancı kaynakların Birleşik Devletler'den elime ulaşmasında yardımlarını esirgemeyen İzmir Amerikan Lisesi'nden dönem arkadaşım Zübeyde Seda Şahin Gulvas'a, kriminolojik bazı verileri ve kaynakları elde etmemde yardımları dokunan ve her ne kadar kapsamı aşacağından vazgeçmiş olsak da anket çalışması yapmam konusunda her zaman yardıma hazır beklediğinden kuşku duymadığım değerli öğretim üyesi arkadaşım Yrd. Doç. Dr. Aslı Akdaş Mitrani'ye ve kendisiyle tanışmamda vesile olan yine İzmir Amerikan Lisesi'nden arkadaşım Yrd. Doç. Dr. Nilüfer Kafesçioğlu'na, özellikle UYAP üzerinden konuyla ilgili Yargıtay kararlarına ulaşmamda yardımcı olan Ümraniye Savcısı Dr. Cengiz Apaydın'a, İstanbul Bilgi Üniversitesi kütüphanesinden kitap ödünç almamda yardımlarını esirgemeyen değerli ceza hukukçusu meslektaşım Arş. Gör. Onur Kemal Kerman'a, bazı kaynak ve makaleleri bulmamda hiçbir zaman yardımlarını esirgemeyen Doğu Üniversitesi

Kütüphanesi'nin değerli müdür yardımcısı Onur Bagan'a, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün değerli yönetimi ve çalışanlarına ve burada isimlerini zikretmeyi unuttuğum bana akademik ve mesleki katkı sağlayan herkese teşekkürü bir borç bilirim. Bu çalışmanın araştırmacılara, hukukçulara ve okuyan herkese faydalı olmasını temenni ederim.

İÇİNDEKİLER

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| İÇİNDEKİLER | v |
| KISALTMALAR | xii |
| RÉSUMÉ..... | xiv |
| ABSTRACT | xx |
| ÖZET..... | xxv |
| GİRİŞ | 1 |
| BİRİNCİ BÖLÜM: ADİL YARGILANMA HAKKI, KİTLE İLETİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMLARI, KAPSAMLARI, ÇATIŞMASI VE ÇATIŞMANIN ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK YAKLAŞIMLAR | 4 |
| I. Adil Yargılanma Hakkı Kavramı ve Kapsamı | 4 |
| A. Terim ve Kavram | 4 |
| B. Adil Yargılanma Hakkının Kapsamı | 5 |
| 1. Genel Olarak | 5 |
| 2. Adil Yargılanma Hakkının Unsurları | 8 |
| a. Kanunla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme | 8 |
| b. Makul Sürede Yargılanma | 12 |
| c. Aleniyet İlkesi | 14 |
| d. Masumiyet Karinesi | 17 |
| e. Savunma Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkesi | 19 |
| II. Kitle İletişim Özgürlüğü Kavramı ve Kapsamı | 22 |
| A. Terim ve Kavram | 22 |
| B. Uluslar arası Belgelerde ve Sözleşmelerde Kitle İletişim Özgürlüğü | 25 |
| C. Türk Hukukunda Kitle İletişim Özgürlüğü | 28 |
| 1. Kitle İletişim Özgürlüğünün Anayasal Temelleri | 28 |
| a. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü | 28 |
| b. Bilim ve Sanat Özgürlüğü | 29 |
| c. Basın Özgürlüğü | 30 |
| d. Radyo ve Televizyon Yayınlarıyla İlgili Hükümler | 32 |
| e. Bilgi Edinme Hakkı | 33 |
| 2. Kitle İletişim Özgürlüğüne İlişkin Kanuni Düzenlemeler | 33 |
| a. Genel Olarak | 33 |
| b. Kanuni Düzenlemelerin Dağılımı Sorunu | 35 |
| c. Kitle İletişim Özgürlüğünün Ceza Normlarıyla Sınırlanması | 37 |
| 1) Basın Suçları, Türleri, Özel Sorumluluk Sistemi | 37 |
| a) Basın Suçu Kavramı | 37 |
| b) Basın Suçları Türleri | 38 |
| (1) Basılmış Eserin Düşünsel İçeriğine İlişkin Suçlar | 38 |
| (a) Dar Anlamda Basın Suçları | 38 |
| (b) Basın Yoluyla İşlenen Suçlar | 39 |
| (2) Basın Düzenine Karşı Suçlar | 41 |
| c) Basılmış Eserin Düşünsel İçeriğine İlişkin Suçlardan Sorumluluk Sistemleri | 41 |
| (1) Genel Kurallara Göre Sorumluluk Sistemi | 41 |
| (2) Özel Sorumluluk Sistemleri | 42 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| (a) Kanuni Sorumluluk Sistemi | 42 |
| (b) Basamaklı Sorumluluk Sistemi | 43 |
| (c) Taksirden Doğan Sorumluluk Sistemi | 45 |
| (d) Karma Sorumluluk Sistemleri | 46 |
| (3) TCK'nın 5. Maddesi Karşısında Basın Suçlarından Sorumluluk ile İlgili Sorunlar | 50 |
| (a) Genel Olarak | 50 |
| (b) İştirak Hükümlerinin Uygulanması Bakımından | 51 |
| (c) Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Bakımından | 54 |
| 2) Basın Dışı Kitle İletişim Araçları Yoluyla İşlenen Suçlardan Sorumlulukla İlgili Düzenlemeler | 56 |
| a) Radyo ve Televizyon Yayınları Yoluyla İşlenen Suçlardan Sorumluluk | 56 |
| (1) 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'na Göre Sorumluluk Rejimi | 56 |
| (2) 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'a Göre Sorumluluk Rejimi | 58 |
| (3) Radyo ve Televizyon Mevzuatına Göre Kabahatlerden Sorumluluk | 62 |
| b) 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna Göre Sorumluluk | 64 |
| III. Kitle İletişim Özgürlüğü ve Adil Yargılanma Hakkı Çatışması | 68 |
| A. Çatışmanın Tespiti | 68 |
| B. Çatışmanın Kriminolojik ve Sosyolojik Boyutları | 70 |
| 1. Medyanın Adli Haberleri Verişindeki Çarpıklık | 70 |
| 2. Medya Adalet İlişkilerinin Ekonomik Yönü | 74 |
| 3. Medyanın Devam Eden Muhakemeye Etkisi | 77 |
| a. Genel Olarak | 77 |
| b. Medyanın Adil Yargılanma Hakkı İhlalleri | 78 |
| c. Haber Kaynaklarının Medyayla İlişkisi | 80 |
| 1) Hakimler ve Savcılar | 80 |
| 2) Avukatlar | 81 |
| 3) Diğer Kişiler | 83 |
| 4. Medyanın Suç Siyasetine Etkisi | 85 |
| a. Genel Olarak | 85 |
| b. Medyanın Suç Siyasetine İlişkin İlkelere Zarar Vermesi | 87 |
| C. Çatışmanın Çözümüne Yönelik Deontolojik Yaklaşımlar | 92 |
| D. Çatışmanın Çözümüne Yönelik Hukuksal Yaklaşımlar | 96 |
| 1. Genel Olarak | 96 |
| 2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yaklaşımı | 99 |
| a. İfade Özgürlüğü Adil Yargılanma Hakkı Çatışması Genelinde | 99 |
| 1) Polisin, Hükümet Üyelerinin ve Savcıların İfade Özgürlüğü Bakımından | 99 |
| a) Fransa'ya Karşı Alenet de Ribemont Kararı | 99 |
| b) Türkiye'ye Karşı Y.B. ve Diğerleri Kararı | 100 |
| c) Azerbaycan'a Karşı Fatullayev Kararı | 102 |
| 2) Avukatların İfade Özgürlüğü Bakımından | 103 |
| a) Güney Kıbrıs Rum Kesimi'ne karşı Kyprianou Davası | 103 |
| b) Rusya'ya Karşı Igor Kabanov Kararı | 105 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| b. Kitle İletişim Özgürlüğü Adil Yargılanma Hakkı Çatışması | |
| Özelinde..... | 106 |
| 1) Medeni Muhakemeye İlgili Olarak | 106 |
| 2) Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Hakkıyla İlgili | |
| Olarak | 109 |
| 3) Ceza Muhakemesiyle İlgili Olarak..... | 110 |
| a) Avusturya'ya Karşı Worm Kararı..... | 110 |
| b) Fransa'ya karşı Tourancheau ve July Kararı | 114 |
| c) Norveç'e karşı Egeland ve Hanseid Kararı..... | 115 |
| 3. Adil Yargılanma Hakkının Korunması Bağlamında Adliye Karşı | |
| Suçlar..... | 116 |
| a. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme | 116 |
| 1) Genel Olarak | 116 |
| 2) Adliye Karşı Suçlar ve Ceza Adaleti İlişkisi..... | 119 |
| 3) Adliye Karşı Suçlarla Korunan Hukuksal Değere İlişkin | |
| Görüşler | 120 |
| 4) Görüşümüz | 120 |
| b. Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar ve Adli Sır Kavramı..... | 124 |
| 1) Genel Olarak | 124 |
| 2) Meslek Sırrı/Görev Sırrı ve Adli Sır | 130 |
| 3) Devlet Sırrı ve Adli Sır | 135 |
| 4) Ticari Sır ve Adli Sır..... | 136 |
| 5) Kişisel Veriler ve Adli Sır..... | 137 |
| 6) Adli Sırrın Kabulüne İlişkin Tartışmalar | 139 |
| 7) Adli Sırrın Yumuşatılmasına İlişkin Girişimler | 141 |
| İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN ADİL | |
| YARGILANMA HAKKINA KARŞI SUÇLAR..... | 145 |
| I. Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs ve Adil | |
| Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları | 145 |
| A. Genel Olarak..... | 145 |
| B. Suçlar ile Korunan Hukuksal Değer | 148 |
| C. Suçların Konusu | 150 |
| 1. Genel Olarak | 150 |
| 2. Yargı Görevi Yapan Kavramı..... | 154 |
| 3. Yargı Görevi Yapan Kavramının Kapsamı..... | 156 |
| D. Suçların Faili..... | 162 |
| E. Suçların Mağduru | 163 |
| F. Suçların Önşartı..... | 166 |
| 1. Genel Olarak | 166 |
| 2. Önşart Olarak “Görülmede Olan Bir Dava”..... | 169 |
| 3. Önşart Olarak “Görülmede Olan Bir Dava”nın Kapsamı Dışında Kalan | |
| Konular | 171 |
| a. Çekişmesiz Yargı Faaliyeti..... | 171 |
| b. İcra Takipleri | 174 |
| c. Meslekten Hakim İlkesinin İstisnaları | 174 |
| d. Uluslararası Mahkemelerde Görülen Davalar..... | 176 |
| 4. Önşart Olarak “Görülmede Olan Bir Dava”nın Başlangıcı ve Sonu ... | 179 |
| a. Hukuk Muhakemesi Bakımından..... | 179 |
| 1) Davanın Açılma Zamanı | 179 |
| 2) Davanın Sonu | 180 |
| b. Ceza Muhakemesi Bakımından | 181 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1) Kamu Davasının Açılma Zamanı | 181 |
| 2) Kamu Davasının Sonu | 182 |
| a) Genel Olarak | 182 |
| b) “Durma” Kararı Hüküm Değildir | 182 |
| c) Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması | 184 |
| c. Anayasa Mahkemesinde Görülen Davalar Bakımından | 185 |
| 1) Davanın Açılma Zamanı | 185 |
| a) İptal Davaları ve İtiraz Yolu | 185 |
| b) Siyasi Partilerin Kapatılması Davaları | 187 |
| c) Yüce Divan Yargılaması | 187 |
| d) Bireysel Başvuru Kapsamında Göreceği İşler | 188 |
| 2) Davanın Sonu | 189 |
| 5. Önşart Olarak “Yapılmakta Olan Soruşturma”nın Kapsamı | 190 |
| 6. Önşart Olarak “Yapılmakta Olan Soruşturma”nın Başlama ve Sona Erme Zamanı | 192 |
| a. Soruşturmanın Başlama Zamanı | 192 |
| b. Soruşturmanın Sona Erme Zamanı | 193 |
| 1) Genel Olarak | 193 |
| 2) Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verilmesi | 194 |
| 3) Önödeme Uygulanması | 196 |
| 4) Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi | 196 |
| 5) Uzlaşma | 197 |
| G. Suçların Tipe Uygun Eylem Unsurları | 197 |
| 1. Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçunun Tipe Uygun Eylem unsuru | 197 |
| 2. Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçunun Tipe Uygun Eylem unsuru | 206 |
| H. Suçların Hukuka Aykırılık unsuru | 210 |
| 1. Genel Olarak | 210 |
| 2. Hukuka Uygunluk Nedenleri | 213 |
| a. İddia ve Savunma Hakkı | 213 |
| b. Kitle İletişim Özgürlüğü | 217 |
| c. Bilim Özgürlüğü | 221 |
| d. Yasama Sorumsuzluğu | 222 |
| İ. Suçların Manevi unsuru | 225 |
| K. Suçların Özel Görünüş Şekilleri | 232 |
| 1. Teşebbüs | 232 |
| 2. İştirak | 236 |
| 3. İçtima | 238 |
| a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından | 238 |
| b. Fikri İçtima Hükümleri veya Özel Norm-Genel Norm İlişkisi Bakımından | 239 |
| c. Gerçek İçtima Durumu | 245 |
| L. Suçların Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler | 246 |
| 1. Genel Olarak | 246 |
| 2. 6352 Sayılı Kanunla Dava ve Cezaların Ertelenmesi | 250 |
| M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanlaşımı | 253 |
| II. Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçu | 258 |
| A. Genel Olarak | 258 |
| B. Suç ile Korunan Hukuksal Değer | 260 |
| C. Suçun Konusu | 263 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| D. Suçun Faili | 268 |
| E. Suçun Mağduru | 270 |
| F. Suçun Önşartı | 270 |
| 1. Suçun Önşartı Olarak Soruşturma | 270 |
| 2. Soruşturmanın Gizliliği | 271 |
| a. Genel Olarak | 271 |
| b. Soruşturmayı Yürüten Kişiler | 273 |
| 1) Savcı | 273 |
| 2) Adli Kolluk | 275 |
| 3) Hakim..... | 277 |
| 4) Uzlaştırmacı..... | 278 |
| 5) Savcılık Kalemı | 280 |
| c. Soruşturma İşlemleri Sırasında Hazır Bulunabilecek Kişiler | 282 |
| 1) Müdafı ve Vekil..... | 282 |
| 2) Diğer Kişiler | 282 |
| d. Soruşturma Dosyasını İnceleyebilecek ve Belgelerden Örnek Alabilecek Kişiler | 283 |
| 1) Müdafı ve Vekil..... | 283 |
| 2) Şüpheli, Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Şikayetçi, Malen Sorumlu | 286 |
| 3) Bilirkişi..... | 288 |
| G. Suçun Tipe Uygun Eylem Unsuru | 289 |
| H. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru | 293 |
| İ. Suçun Manevi Unsuru..... | 294 |
| K. Suçun Özel Görünüş Şekilleri..... | 296 |
| 1. Teşebbüs..... | 296 |
| 2. İştirak | 297 |
| 3. İçtima..... | 301 |
| a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından | 301 |
| b. Fikri İçtima Hükümleri veya Görünüşte İçtima Bakımından..... | 303 |
| L. Suçun Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler | 306 |
| M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı..... | 308 |
| III. Kapalı Duruşmanın Gizliliğini İhlal Suçu..... | 310 |
| A. Genel Olarak..... | 310 |
| B. Suç ile Korunan Hukuksal Değer | 312 |
| C. Suçun Konusu..... | 313 |
| 1. Ceza Muhakemesi Bakımından | 313 |
| 2. Hukuk Muhakemesi Bakımından..... | 315 |
| D. Suçun Faili | 315 |
| E. Suçun Mağduru | 317 |
| F. Suçun Önşartı | 317 |
| 1. Genel Olarak | 317 |
| 2. Ceza Muhakemesinde Duruşma ve Kapalılığı | 318 |
| 3. Hukuk Muhakemesinde Duruşmanın Gizliliği | 324 |
| G. Suçun Tipe Uygun Eylem Unsuru | 324 |
| 1. Ceza Muhakemesi Bakımından | 324 |
| 2. Hukuk Muhakemesi Bakımından..... | 325 |
| H. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru | 326 |
| İ. Suçun Manevi Unsuru..... | 326 |
| K. Suçun Özel Görünüş Şekilleri..... | 327 |
| 1. Teşebbüs..... | 327 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. İştirak | 327 |
| 3. İçtima..... | 328 |
| a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından | 328 |
| b. Fikri İçtima Hükümleri veya Özel Norm-Genel Norm İlişkisi Bakımından..... | 329 |
| L. Suçun Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler | 331 |
| M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı..... | 332 |
| IV. Kişilerin Görüntülerinin Yayınlanması Suçu | 332 |
| A. Genel Olarak..... | 332 |
| B. Suç ile Korunan Hukuksal Değer | 333 |
| C. Suçun Konusu | 334 |
| D. Suçun Faili | 336 |
| E. Suçun Mağduru | 336 |
| F. Suçun Önşartı | 336 |
| G. Suçun Tipe Uygun Eylem Unsuru | 337 |
| H. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru | 346 |
| İ. Suçun Manevi Unsuru..... | 347 |
| K. Suçun Özel Görünüş Şekilleri..... | 347 |
| 1. Teşebbüs..... | 347 |
| 2. İştirak | 348 |
| 3. İçtima..... | 348 |
| a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından | 348 |
| b. Fikri İçtima Hükümleri Bakımından..... | 348 |
| c. Basın Kanunu'nda Düzenlenen Kimliğin Açıklanmaması Suçu Bakımından..... | 349 |
| L. Suçun Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler | 350 |
| M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı..... | 351 |
| V. Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu | 351 |
| A. Genel Olarak..... | 351 |
| B. Suç ile Korunan Hukuksal Değer | 356 |
| C. Suçun Konusu | 357 |
| D. Suçun Faili | 359 |
| E. Suçun Mağduru | 359 |
| F. Suçun Önşartı | 359 |
| 1. Ceza Muhakemesi Bakımından | 359 |
| 2. Hukuk Muhakemesi Bakımından..... | 360 |
| G. Suçun Tipe Uygun Eylem Unsuru | 361 |
| 1. Ceza Muhakemesi Bakımından | 361 |
| a. Genel Olarak | 361 |
| b. Ses ve Görüntü Alıcı Aletlerin Kullanılması Yasağı..... | 361 |
| c. Ses ve Görüntü Alıcı Aletlerin Kullanılması Yasağının İstisnaları..... | 366 |
| 1) CMK'nın 183. Maddesinde Açıkça Düzenlenen İstisnalar | 366 |
| 2) CMK'nın 183. Maddesinde Açıkça Düzenlenmeyen İstisnalar | 367 |
| a) Tanıkların Dinlenmesi ve Korunmasıyla İlgili İstisnalar | 367 |
| b) Fizik Kimliğin Tespitiyle İlgili İstisnalar | 368 |
| c) Otopsiyle İlgili İstisna | 369 |
| d) Özel Soruşturma Tedbirleriyle İlgili İstisnalar | 369 |
| e) İfade Alma, Sorgu ve Duruşma Tutanağıyla İlgili İstisnalar | 369 |
| f) Teşhise İlişkin İstisna | 370 |
| g) Yüce Divan Yargılamasıyla İlgili İstisna | 370 |
| 3) Yasağın İstisnalarına İlişkin Değerlendirme..... | 370 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------|-----|
| 2. Hukuk Muhakemesi Bakımından | 373 |
| a. Kayıt Yasağının İhlali | 373 |
| b. Yayın Yasağının İhlali | 374 |
| H. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru | 375 |
| İ. Suçun Manevi Unsuru | 377 |
| K. Suçun Özel Görünüş Şekilleri | 377 |
| 1. Teşebbüs | 377 |
| 2. İştirak | 378 |
| 3. İctima | 378 |
| a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından | 378 |
| b. Fikri İctima Hükümleri Bakımından | 379 |
| L. Suçun Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler | 380 |
| M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı | 380 |
| SONUÇ | 381 |
| KAYNAKÇA | 392 |
| I. Genel Yapıtlar | 392 |
| II. Uzmanlık Yapıtları | 394 |
| III. Makaleler, Bildiriler, Raporlar ve Tartışmalar | 398 |
| IV. İnternet Siteleri | 406 |
| ÖZGEÇMİŞ | 407 |

KISALTMALAR

| | |
|---------------|-----------------------------------------------------------|
| ABD | : Ankara Barosu Dergisi |
| a.g.e. | : adı geçen eser |
| A.g.e. | : a.g.e. takip eden referans |
| a.g.m. | : adı geçen makale, bildiri, rapor veya tartışma |
| A.g.m. | : a.g.m. takip eden referans |
| art. | : article |
| akt. | : aktaran |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AÜHFM | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| AÜSBF | : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi |
| AvK | : Avukatlık Kanunu |
| BEHK | : Bilgi Edinme Hakkı Kanunu |
| BsK | : Basın Kanunu |
| BM | : Birleşmiş Milletler |
| bkz. | : bakınız |
| c. | : Cilt |
| CD | : Ceza Dairesi |
| CMK | : Ceza Muhakemesi Kanunu |
| CMUK | : Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu |
| CPT | : Code Pénal Turc |
| E. | : Esas |
| ET | : Erişim Tarihi |
| FBsK | : Fransız Basın Kanunu |
| FCK | : Fransız Ceza Kanunu |
| GSÜ | : Galatasaray Üniversitesi |
| HMK | : Hukuku Muhakemeleri Kanunu |
| HUMK | : Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| HSK | : Hakimler ve Savcılar Kanunu |
| HSYK | : Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu |
| IAPL | : International Association of Penal Law |
| İBD | : İstanbul Barosu Dergisi |
| İBÜ | : İstanbul Bilgi Üniversitesi |
| İHAS | : İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi |
| İHAM | : İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi |
| İHEB | : İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi |
| İÜHFM | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| İYUK | : İdari Yargılama Usulü Kanunu |
| K. | : Karar |
| KHİMD | : Kazancı Hukuk İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi |
| KK | : Kabahatler Kanunu |
| m. | : madde |
| MSHS | : Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi |
| PUF | : Presses Universitaires de France |
| PVSK | : Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu |

| | |
|-----------------------|---------------------------------------------------------|
| RDPC | : Revue de Droit Pénal et Criminologie |
| RPDP | : Revue Penitentiaire et de Droit Pénal |
| Rev. Sc. Crim. | : Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé |
| S. | : Sayı |
| s. | : Sayfa |
| sy. | : Sayılı |
| SCD | : Suç ve Ceza Ceza Hukuku Dergisi |
| T. | : Tarih |
| TBB | : Türkiye Barolar Birliği |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| TMK | : Terörle Mücadele Kanunu |
| TPC | : Turkish Penal Code |
| TRT | : Türkiye Radyo Televizyonu |
| TCHD | : Türk Ceza Hukuku Derneği |
| UzY | : Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik |
| v. | : versus (karşı) |
| vb. | : ve benzeri |
| vd. | : ve devamı |
| vs. | : vesaire |
| y. | : yıl |
| YCGK | : Yargıtay Ceza Genel Kurulu |
| YGİY | : Yakalama Gözaltı ve İfade Alma Yönetmeliği |
| YKD | : Yargıtay Kararları Dergisi |
| YSK | : Yüksek Seçim Kurulu |
| YTD | : Yeni Türkiye Dergisi |

RÉSUMÉ

Cette thèse traite d'un instrument qui vise à résoudre le conflit entre le droit à un procès équitable et la liberté de communication de masse survenant en rapport avec la manière dont les médias présentent les nouvelles juridiques. Cet instrument est "*les infractions contre le droit à un procès équitable*". Les infractions contre le droit à un procès équitable comme les limites de la liberté de communication de masse, sont principalement réglementés dans la section intitulée "*Les crimes contre la justice*" du Code Pénal Turc. En outre, certains délits de presse semblables à ces infractions comme l'article 21 et l'art. 19 (aboli par la loi numérotée 6352) du Code de la Press sauvegardent le droit à un procès équitable. Par conséquent, la thèse est nommé "*Les infractions contre le droit à un procès équitable en droit Turc comme la restriction de la liberté de communication de masse*".

Cette étude se compose de deux sections principales. Dans la première section principale de cette thèse, les concepts, la portée et les éléments de droit à un procès équitable et la liberté de communication de masse sont généralement expliqué. Dans ce contexte, les dispositions des conventions internationales, les dispositions constitutionnelles et légales sont énoncées respectivement. Les dispositions concernant la liberté de communication de masse, la restriction de cette liberté par les dispositions pénales, les infractions de presse et des systèmes particuliers de responsabilité sont expliqués en détail. Dans ce contexte, nous avons souligné les problèmes sur l'applicabilité des systèmes particuliers de responsabilité en ce qui concerne l'art. 5 de CPT intitulé "*Relation avec les lois spéciales*" et la désorganisation de la législation concernant la liberté de communication de masse

Après la détermination du conflit entre le droit à un procès équitable et la liberté de communication de masse, les aspects criminologiques et sociologiques de tel conflit sont essayé d'être présenté en référence à diverses données telles que les résultats des enquêtes et des recherches. Les recherches montrées que la plus importante source d'informations du public au sujet de la justice, est les médias. La distorsion dans la présentation des nouvelles juridiques par une telle source d'information importante se pose comme la principale raison du conflit entre le droit à un procès équitable et la liberté de communication de masse. Aussi le but de gain économique qui domine les activités médiatiques industrialisés d'aujourd'hui, est à l'origine de la distorsion dans la présentation des nouvelles juridiques. Par suite de la concurrence et équilibre d'offre-demande dans le marché des médias, en particulier les nouvelles concernant la justice pénale et les crimes sensationnels ou violents sont faites. En outre, la vitesse des nouvelles peuvent affecter négativement son exactitude.

Ce problème de présentation des nouvelles juridique a des effets négatifs à la fois sur les procédures pénales en cours et sur la politique criminelle. Il est essayé d'être expliqué dans cette étude comment le procès médiatique endommage beaucoup de principes tels que principalement la présomption d'innocence et les droits de la défense, l'égalité des armes, la légalité des peines et la personnalité des

peines. La relation des médias avec les sources d'information, qui se présente souvent comme les raisons ou les résultats de ces violations, est discutée séparément. Dans ce contexte, le rôle de l'avocat et son utilisation des médias, pour équilibrer les violations d'un procès équitable réalisées par les médias est notamment important. Parce que les décisions prises ici, sont efficaces dans les conclusions que nous avons atteint en ce qui concerne le sens de l'immunité de la défense de la défenseur comme une raison de la conformité légale à l'égard des infractions contre le droit à un procès équitable dans la seconde section principale. Si il est nécessaire de mettre en avant un principe général, nous pouvons affirmer que la possibilité pour les défenseurs d'être l'auteur de ces infractions est incompatible à la fois avec l'objectif de ces infractions et avec le devoir du défenseur à défendre et à sauvegarder le droit d'un procès équitable de l'accusé.

Les effets des médias à la politique criminelle sont également expliqués dans notre étude. Les principes de la politique criminelle endommagés par les médias sont parallèles avec ceux d'un procès équitable. Ces dommages se présentent comme des violations du principe "*ultima ratio*" qui signifie que le droit pénal est le remède ultime et "*in dubio pro libertate*" qui signifie la liberté doit être préféré en cas de doute, et comme une tendance du droit d'infraction pénale au droit pénale des délinquants.

Suite à la présentation de cet manière du conflit entre le droit à un procès équitable et la liberté de communication de masse, les approches déontologiques de la solution de cet conflit sont très brièvement expliqué pour ne pas dépasser les limites de cette étude. Dans ce contexte, les approches déontologiques à la solution du conflit sont discutés en ce qui concerne les deux côtés du conflit. Tout d'abord les dispositions pertinentes des Principes Bangalore sur la déontologie judiciaire pour les juges et les principes de Budapest pour les procureurs sont introduits, puis les principes éthical pour les agents des services répressifs sont mentionnés. En ce qui concerne l'autre côté du conflit, les dispositions connexes de la Charte de la Conseil de la Presse qui est l'organisation la plus importante pour le contrôle de soi dans notre pays sont présentés.

Également à la fin de la première section principale de cette étude, les approches juridiques de la solution du conflit entre le droit à un procès équitable et la liberté de communication de masse sont discutées en général. Tout d'abord, il est expliqué que le conflit est essayé d'être résolu dans le cadre de "*contempt of court*" (l'outrage au tribunal) dans le droit anglo-américain. Il est également présenté que toutes les codes de procédure servent l'objectif d'un procès équitable en général. Il est souligné que le conflit est essayé d'être résolu par certains types d'infractions réglementées entre les crimes contre la justice dans le Code Pénal Turc et certains délits de presse tels que l'art. 21 et l'art. 19 (aboli par la loi numérotée 6352) réglementés dans le Code de la Presse. Sous cette rubrique, les principes suggérés par la Cour Européenne des droits de l'homme sont également essayé d'être expliqué, par l'étude détaillé des décisions.

Dans cette partie de la thèse, les opinions concernant la valeur juridique visant à être protégés par les crimes contre la justice et la relation entre les crimes contre la justice et la justice pénale sont discutées. Nous sommes ainsi parvenu à la conclusion que les infractions qui seront analysées dans la deuxième section principale de notre étude sont le noyau dur qui protège le droit à un procès équitable parmi les crimes

contre la justice. Enfin dans cette section, la notion de secret judiciaire est discutée et sa relation avec les autres types de secrets protégés par le droit est expliquée.

Dans la deuxième section principale de notre thèse, les infractions contre le droit à un procès équitable réglementées par les articles 277, 288, 285 et 286 de CPT sont analysés par tous leurs éléments et en détail. En outre leurs relations avec certains délits de presse tels que l'art. 21 et l'art. 19 aboli dans le Code de la Presse sont discutées dans le cadre des paragraphes intitulés fusion de crimes ou d'autres sections connexes. Ci-après, nous allons essayer de résumer les principales conclusions que nous avons atteint dans ce contexte.

Puisque les types d'infractions aux articles 277 et 288 du CPT, sont réglementés en fonction de la relation disposition générale-disposition spéciale par la loi numérotée 6352, ces types d'infractions sont analysés ensemble. Ces deux types d'infractions, sont réglementés presque sous la même forme, en termes de tous leurs éléments, sauf le conformité au type d'action. L'infraction d'influencer les autorités chargées d'effectuer juridiction, experts ou témoins dans l'art. 277 de CPT punit, les tentatives illégales pour influencer les personnes à la portée de l'objet de l'infraction en faveur ou contre l'un quelconque ou tous les partis du procès. Cette infraction était la nouvelle version de l'infraction réglementée par l'article 232 du Code Pénal Turc abrogé numérotée 765 avant les modifications par la loi numérotée 6352. À cette effet, pendant cette période, on pourrait dire que cette disposition n'était pas une disposition nouvelle en comparaison avec les autres types d'infractions que nous analysons dans notre étude. Toutefois, les aspects de cette disposition qui diffèrent de l'ancienne disposition, a donné cette disposition une forme considérablement nouvelle. Ce type d'infraction est transformé en un type entièrement nouveau d'infraction par la loi numérotée 6352. Ces différences sont examinées en détail et a critiqué dans notre étude. La première de ces différences est la portée de l'objet de l'infraction, qui inclut non seulement les juges comme dans l'art. 232 du CPT aboli mais aussi les procureurs et les avocats comme dans le CPT numérotée 5237. Ce caractère découle de la définition erroné des "*autorités chargées d'effectuer juridiction*" à l'article 6 de la CPT. L'inclusion des experts et des témoins dans le cadre de l'objet de l'infraction par la loi numérotée 6352, a renforcé cette différence.

Deuxièmement, ce type d'infraction est réglementée comme une infraction de comportement libre à l'art. 277 du CPT contrairement à l'article 232 du CPT abrogé. En outre, les modèles d'action qui ont été énumérés dans l'article comme exemple, sont retirés de l'article par la loi numérotée 6352. Ce méthode de régulation est inconvenient au regard des principes de légalité et de certitude, en raison du fait qu'il peut provoquer l'infraction d'avoir une relation de fusion avec de nombreux différents types d'infractions. Cet mode de réglementation, peuvent laisser la porte ouverte à l'arbitraire en menaçant la sécurité juridique. En fait, la méthode de réglementation précédente de l'article était de nature à rendre quelques types d'infractions non fonctionnel, comme les articles 288 de la CPT et 19/2 du Code de la Presse. Par conséquent, il provoque aussi un préjudice pour la liberté de communication de masse. Cependant, le type d'infraction doit être de nature à réprimer les influences venant non seulement des médias, mais surtout des autres pouvoirs de l'État en tant que la législateur et l'exécutif comme la sanction de l'article 138/2 de la Constitution. Cet article a été transformé en une structure totalement diffent de l'article 232 du CPT aboli, par la loi numérotée 6352. Le but de cette modification était de résoudre l'incertitude entre l'art. 288 du CPT et ledit article

dans le cadre de la disposition générale-disposition spéciale relation, et que l'art. 288 du CPT devient une disposition spéciale pour les médias. Ainsi, les types d'infractions aux articles 277 et 288 du CPT, sont réglementés presque sous la même forme, en termes de tous les éléments sauf la conformité au type d'action. À notre avis, il serait plus propre de prévoir ce type d'infraction comme une infraction de comportement alternative telle qu'elle existait dans le CPT abrogé, au lieu de modifications qui différencient totalement le type d'infraction, de celui de l'art. de 232 du CPT abrogé.

Enfin, nous avons abouti à la conclusion que la tentative à ce type d'infraction n'est pas possible en raison du fait que ce type d'infraction est une infraction de risque concret ou les conditions de tentative sont nécessaires pour sa commission. En outre, dans le but de ne pas créer une "*présomption d'intention*", nous avons fait valoir que la commission d'infractions de risque par une intention éventuelle ne peut pas être possible. Ces conclusions sont également plaidées pour les autres types d'infractions à la portée de cette thèse qui se présentent les caractéristiques similaires.

Comme nous l'avons mentionné ci-dessus l'infraction de tentative d'influencer un procès équitable réglementée dans l'art. 288 de CPT, est une norme particulière à l'égard de l'art. 277 de CPT. Une autre infraction que nous avons analysées dans notre étude est, tentative d'influencer un procès équitable. Ce type d'infraction qui est entré dans notre droit par CPT numéroté 5237 est le semblable du type d'infraction à l'article 434-16 du Code Pénal Français. Cette infraction sanctionne l'acte de faire publiquement des déclarations écrites ou orales pour le but d'influencer illégalement les autorités chargées d'exercer la justice, experts ou témoins. Cette infraction est également réglementée comme une infraction de risque concret qui peut être commise par un dol particulier même que l'art. 277 du CPT. "*Susceptibilité*" de la déclaration pour influencer doit également être examinée pour la commission de cette infraction.

Par la suite, les infractions que nous avons analysés sont respectivement la violation du secret de l'enquête (CPT art 285/1-2) et la violation du secret de la procès à huis clos (CPT art. 285/3). Dans ce contexte, nous avons également examiné les actes violant le secret de la procès dans le champ d'application du Code de Procédure Civile réprimés par l'art 285/3 de CPT. À notre avis ces types d'infractions sont des infractions particulières. Néanmoins, dans le cas où ces infractions sont commises via les médias de masse lorsque la publicité est nécessaire pour leur perpétration, la limitation de l'art. 40/2 de CPT prévoyant que les membres des médias ne peut être responsable de ces infractions à solliciter ou à soutenir les partis n'est pas pratique.

L'infraction de publier d'image d'une personne causant sa perception comme coupable qui est réglementée par l'article 285/5 de CPT, constitue une infraction semblable à des infractions en droit comparé visant à garantir la présomption d'innocence. Il convient que, par la loi numérotée 6352, l'article a été réécrit en utilisant la langue appropriée en conformité avec les critiques. Néanmoins, il peut y avoir quelques difficultés dans la détermination du risque concret et de la relation de causalité puisque ce type d'infraction est réglementée comme une infraction de risque concret. Lorsque le type d'infraction a été rédigé encore une fois, il serait préférable d'inclure la publication de l'identité dans le champ d'application de l'infraction en

ligne avec les suggestions et de faire un règlementation plus précis et plus détaillée comme le droit française.

À ce stade, il est nécessaire de mentionner la disposition sur l'ajournement des peines et des procédures pour les médias concernant les infractions telles que l'art. 277, 285, 288 du CPT et de l'art. 19 aboli du Code de la Presse, qui est réglementé dans la loi numérotée 6352. La nécessité d'applicabilité de cette disposition pour toute personne en ce qui concerne le principe d'égalité et de la politique criminelle est important. En outre, dans chaque trois des circonstances d'ajournement pour la continuation de la procédure ou l'exécution des peines, condamnation dans la période de probation par un jugement définitif en raison d'une infraction dans le cadre de l'ajournement est nécessaire. À notre avis cette condition, peut créer un effet d'autocensure/censure en raison des périodes de probation qui peuvent causer des pressions sur les médias.

Le dernier type d'infraction que nous avons analysé dans notre étude est l'infraction de l'enregistrement ou le transfert de son ou de l'image qui est réglementée par l'article 286 du CPT. Les utilisations erronées de la langue Turque en ce type d'infraction doit être corrigée, que nous avons également découvert dans les autres types d'infractions discutées dans notre étude. Aucune modification n'est faite dans ce type d'infraction, par la loi numérotée 6352. Il existe plusieurs types d'infractions et les interdictions en droit comparé semblable à ce type d'infraction, qui reprime la violation de l'interdiction de l'utilisation des appareils d'enregistrement audiovisuel. Puisque cette disposition est également la sanction de l'interdiction d'enregistrer ou de diffuser dans le Code de Procédure Civile, il est également discutée dans ce contexte.

Nous avons abouti à la conclusion qu'en ce qui concerne la procédure pénale, la diffusion des registres tenus par le tribunal dans les circonstances prévues par la loi ou tenus illégalement n'est pas dans la portée de l'infraction à l'art. 286 du CPT. Cependant, nous avons suggéré la réglementation d'une disposition explicite pour la diffusion des audiences comme une exemption de l'interdiction de l'utilisation de dispositifs d'enregistrement audiovisuel à condition que la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable de l'accusé ne soit pas violée. Alors que, chaque fois que nécessaire, la réalisation de la publicité indirecte par cette voie, sera assurée explicitement.

En résumé, nous avons discuté des infractions contre le droit à un procès équitable comme la restriction de la liberté de communication de masse dans notre thèse et en même temps, nous avons essayé de tirer les plus libertaires conclusions que nous pouvons pour les deux. Par exemple, nos déterminations sur les faits que ces infractions ne peuvent pas être commis par l'intention éventuelle ou ils ne sont pas propice à l'application des dispositions de tentative, destiné à ne pas étendre la zone de pénalisation contre la liberté de communication de masse. De même, nos déterminations soulignant les nécessités pour ces types d'infractions d'être réglementés comme des infractions de risque concret ou même si elles sont réglementées comme des infractions de risque abstrait l'évaluation de la causalité et la pertinence sont également pour le même but.

Aussi, nous sommes parvenu à la conclusion que l'immunité de la défense est une cause justificative pour ces infractions à l'exception de l'art. 286, puisqu'il est

hors de question que restriction par ces infractions des droits de la défense et de l'immunité de la défense du défenseur, serait totalement contraire à leur objectif. En conséquence, nous avons proposé qu'une disposition explicite semblable à l'article 128 du CPT, disposant cette cause justificative pour les infractions de diffamation, devrait également être réglementée pour les articles 277 et 288 du CPT.

Les aspects des types d'infractions qui pourraient porter atteinte aux principes de légalité et de sécurité avait été fréquemment souligné et des propositions ont été essayé d'être présentées pendant l'analyse des types d'infraction dans cette étude. Les sanctions des types d'infractions à la portée de notre étude, les modifications apportées par la loi numérotée 6352 concernant ces sanctions et la disposition d'ajournement réglementée dans cette loi sont également examinés par leurs aspects négatives et positives. Bien que la matière de cette thèse est limitée au droit Turque, nous avons essayé d'inclure dans le détail les dispositions connexes du droit comparé autant que possible dans le texte ou dans les notes.

ABSTRACT

This dissertation deals with an instrument which aims to solve the conflict between the right to a fair trial and freedom of mass communication arising in relation to the manner which the media presents the legal news. Such instrument is “*the offences against the right to a fair trial*”. The offences against the right to a fair trial as the limits of the freedom of mass communication are mainly regulated in the section titled “*Crimes against judiciary*” of Turkish Penal Code. Also some press offences similar to these offences such as art. 21 and art. 19 (abolished by law numbered 6352) of Press Code safeguard the right to a fair trial. Therefore the dissertation is named “*The Offences against the Right to a Fair Trial in Turkish Law as the Restriction of Freedom of Mass Communication*”.

This study is composed of two main sections. In the first main section of this dissertation, the concepts, scope and elements of right to a fair trial and freedom of mass communication are generally explained. In this context the dispositions of the international conventions, the constitutional and legal provisions are respectively given. The provisions regarding freedom of mass communication, the restriction of such freedom by the criminal provisions, press offences and particular systems of responsibility are described in detail. In this context, we have pointed out the problems on the applicability of the particular systems of responsibility with regards to the art. 5 of the TPC sideheaded “*Relation with the Special Laws*” and the disorganization of the legislation regarding the freedom of mass communication

After the determination of the conflict between the right to a fair trial and freedom of mass communication, the criminological and sociological aspects of such conflict are tried to be presented with reference to various data such as the results of surveys and research. The researches put forward that the public’s most important source of information regarding the justice, is media. The distortion in the presentation of legal news by such an important source of information arises as the main reason of the conflict between the right to a fair trial and the freedom of mass communication. Also the aim of economic gain which dominates today’s industrialized media activities, lies behind the distortion in the presentation of legal news. As the result of the competition and supply-demand balance in the media market, especially the news regarding the criminal justice and sensational or violent crimes is made. In addition the speed of the news may negatively affect its exactitude.

This presentation problem of the legal news has negative effects both on the pending criminal proceedings and on the criminal policy. It is tried to be explained in this study how the trial conducted through the media damages many principles such as primarily the presumption of innocence and the rights of defense, equality of arms, legality of penalties and the personality of penalties. The relation of the media with the sources of information, which frequently shows up as the reasons or results of such violations, is separately discussed. In this context, the advocate’s role and usage of the media, for balancing the fair trial violations realized by media is notably

important. Because the determinations made in here, are effective in the conclusions we have reached regarding the meaning of defense counsel's defense immunity as a reason of legal compliance with respect to the offences against the right to a fair trial in the second main section. If it is necessary to put forward a general principle, we may state that the possibility for defense counsel to be the perpetrator of these offences is incompatible both with the aim of these offences and the duty of the defense council to defend and to safeguard the right to a fair trial of the accused.

The effects of media to the criminal policy are also explained in our dissertation. The criminal policy principles damaged by the media are parallel with those of a fair trial. These damages show up as violations of the principles "*ultima ratio*" which means the criminal law is the ultimate remedy and "*in dubio pro libertate*" which means the freedom shall be preferred in case of doubt, and as a tendency from the offence criminal law to the offender criminal law.

Following the presentation of the right to a fair trial and freedom of mass communication conflict thereby, the deontological approaches to the solution of such conflict are very briefly explained for not to exceed the limits of this study. In this context the deontological approaches to the solution of the conflict are discussed with regards to the two sides of the conflict. Firstly the related provisions of the Bangalor Principles of Judicial Conduct for the judges and the Principles of Budapest for the prosecutors are introduced, and then the ethichal principles for the law enforcement officers are mentioned. As regards the other side of the conflict, the related provisions of the Charter of Press Council which is the most important organization for the self-control in our country are presented.

Also at the end of the first main section of this study, the legal approaches to the solution of the conflict between the right to a fair trial and freedom of mass communication are discussed in general. Firstly it is explained that the conflict is tried to be resolved within the context of "*contempt of court*" in Anglo-American law. It is also presented that all the codes of procedure serve the aim of fair trial in general. It is emphasized that the conflict is tried to be resolved by certain types of offences regulated between the crimes against judiciary in Turkish Penal Code and certain press offences such as art. 21 and art. 19 (abolished by law numbered 6352) regulated in Press Code. Under this topic the principles suggested by the European Court of Human Rights are also tried to be explained, by the study of decisions in detail.

In this part of the dissertation, the opinions regarding the juridical value which is intended to be safeguarded by the crimes against judiciary and the relationship between crimes against judiciary and criminal justice is discussed. So that we have reached the conclusion that the offences which will be analyzed in the second main section of our study are the hard core that protects the right to a fair trial within the crimes against judiciary. Finally in this section, the concept of judicial secret is discussed and its relation with the other kinds of secrets legally protected is explained.

In the second main section of our dissertation, the offences against the right to a fair trial regulated in articles 277, 288, 285 and 286 are analyzed by all their elements and in detail. In addition their relations with certain press offences such as art. 21 or abolished art. 19 in Press Code are discussed under the subsections titled

merger of crimes or other related sections. Herein after, we will try to summarize the main conclusions that we have reached in this context.

Since the offence types in articles 277 and 288 of the TPC, are regulated according to the general provision-special provision relationship by law numbered 6352, these offence types are analyzed together. These two offence types, are regulated almost in the same form, in terms of all their elements except the conformity to the type of action. The offence of influencing the authorities performing jurisdiction, experts or witnesses regulated in art. 277 of TPC, punishes the unlawful attempts to influence the persons in scope of the object of the offence in favor or against any one of or all the parties of the proceeding. This offence was the new version of the offence regulated in article 232 of the abolished Turkish Penal Code numbered 765 before the modifications by the law numbered 6352. Therefore in that period, we could say that this provision was not a new provision in comparison with the other types of offences which we analyze in our study. However the aspects of this provision which differed from the old provision, gave this provision a considerably new form. This offence type is transformed into an entirely new type of offence by the law numbered 6352. These differences are examined in detail and criticized in our study. The first of these differences is the scope of the object of the offence, which includes not only the judges as in the abolished TPC art. 232; but also the public prosecutors and the advocates as in the TPC numbered 5237. This character arises from the erroneously made definition of “*the authorities performing jurisdiction*” in article 6 of the TPC. The inclusion of the experts and the witnesses in scope of the object of the offence by law numbered 6352, has strengthened this difference.

Secondly, this offence type is regulated as a “*free demeanor offence*” in art. 277 of TPC unlike the article 232 of the abolished TPC. Moreover the action models which were listed in the article as an example are removed from the article by the law numbered 6352. This method of regulation is objectionable regarding the legality and certainty principles, because of the fact that it may cause the offence to have a merger relation with many different types of offences. Such way of regulation, may leave the door open to arbitrariness by threatening the legal security. In fact, the previous regulation method of the article was such as to make the offence types like articles 288 of the TPC and 19/2 of the Press Code nonfunctional. Therefore it also caused some prejudice for the freedom of mass communication. However the offence type should be such as to prevent the influences coming not from media but especially from the other powers of the state as legislature and executive and as the sanction of article 138/2 of the Constitution. This article has been transformed into a totally different structure from the article 232 of the abolished TPC by the law numbered 6352. The aim of this modification was to resolve the uncertainty between TPC art. 288 and this article within the frame of general provision-special provision relationship and that TPC 288 becomes a special provision for media. Thus, the offence types in articles 277 and 288 of TPC, are regulated almost in the same form, in terms of all their elements except the conformity to the type of action. In our opinion it would be more convenient to foresee the offence type as an “*alternative demeanor*” offence as it was in the abolished TPC, instead of modifications which totally differentiates the offence type from the article 232 of the abolished TPC.

Finally we have reached the conclusion that attempt to this offence type is not possible due to the fact that this offence type is a concrete risk offence which attempt

conditions are needed for its commission. In addition, for the purpose of not to create a “*presumption of intent*“, we have argued that commission of risk offences by an eventual intent can not be possible. These conclusions are also argued for the other offence types in the scope of this dissertation which shows up similar characteristics.

As we have mentioned above, the offence of attempt to influence the fair trial regulated in art. 288 of TPC, is a special norm with regard to the offence in art. 277 of TPC . This offence type which entered into our law by TPC numbered 5237 is the similar of the offence type in article 434-16 of the French Penal Code. This offence penalizes the act of publicly making written or oral statements for the aim of unlawfully influencing the authorities performing jurisdiction, experts or witnesses. This offence is also regulated as a concrete risk offence which can be committed by a particular intent same as art. 277 of the TPC. The statement to be “*efficient for influencing*” is also needed for the commission of this offence.

Thereafter the offences that we have analyzed respectively are the violation of secrecy of investigation (TPC. art. 285/1-2) and the violation of secrecy of the closed trial (TPC. art. 285/3). In this context we have also examined the acts violating the secrecy of the trial in the scope of the Code of Civil Procedure which TPC art. 285/3 imposes sanction. In our opinion these offence types are particular offences.. Nonetheless in case these offences are committed via mass media when the publicity is required, for their commission, the limitation in art. 40/2 of TPC foreseeing that the media members can only be responsible from these offenses as soliciting or supporting parties is inconvenient.

The offence of publishing an image of a person causing his perception as guilty which is regulated in article 285/5 of TPC is an offence similar to the offences in comparative law aiming to safeguard the presumption of innocence. It is appropriate that, by the law numbered 6352, the article has been rewritten by using the correct language in accordance with the critics. Nonetheless there may be some difficulties in the determination of the concrete risk and the relation of causality since this offence type is regulated as a concrete risk offence. When the offence type was written over again, in line with the suggestions it would be better to include the disclosure of the identity in its scope and to make a more certain and detailed regulation as the French law.

At this point, it is necessary to mention the provision on the postponement of the sentences and proceedings for media regarding the offences such as art. 277, 285, 288 of TPC and abolished art. 19 of Press Code, which is regulated in the law numbered 6352. The need for the applicability of this provision for anyone with regards to the equality principle and criminal policy is important. In addition, in each three of the postponement circumstances for the continuation of the proceedings or execution of the sentences, condemnation in the probation period by a definitive judgment because of an offence in the scope of the postponement is required. In our opinion this condition, may create an effect of autocensure/censure because of the probation periods which may cause pressure on the media.

The last type of offence that we have analyzed in our study is the offence of recording or transferring of sound or image which is regulated in article 286 of TPC. The erroneous usages of Turkish language in this offence type ought to be corrected which we have also discovered in other offence types that we have discussed in our

study. No modification is made in this offence type by the law numbered 6352. There are offence types and bans in comparative law similar to this offence type, which is the sanction of the ban on the use of audio and video recording devices. Since this provision is also the sanction of the ban of recording or broadcasting in the Code of Civil Procedure, it is also discussed in this context.

We have reached the conclusion that as regards the criminal procedure, the broadcasting of the records kept in the circumstances prescribed by the law by the court or kept unlawfully, is not in scope of the offence in art. 286 of TPC. However we have suggested the regulation of an explicit provision for the broadcasting of the trials as an exemption of the ban on the use of audiovisual recording devices provided that the presumption of innocence and right to a fair trial of the accused is not violated. So that, whenever necessary, the realization of the indirect publicity by this way will be guaranteed explicitly.

As a summary, we have discussed the offences against the right to a fair trial as the restriction of freedom of mass communication in our dissertation and at the same time we have tried to reach most libertarian conclusions that we can for both. For example, our determinations on the facts that these offences can not be committed by eventual intent or they are not suitable for the application of attempt provisions, intended not to extend the penalization area against the freedom of mass communication. Similarly, our determinations pointing out the needs for those offence types to be regulated as concrete risk offences or even if they are regulated as abstract risk offences the evaluation of causality and suitability are also for the same purpose.

Also we have reached the conclusion that defense immunity is a reason of legal compliance for these offences except art. 286 of TPC, because it is out of question that these offences can not restrict the rights of defense and defense counsel's defense immunity which would be totally contrary to their aim. Accordingly we have suggested that an explicit provision similar to the article 128 of TPC regarding this reason of legal compliance for the offences of libel should be regulated also for the articles 277 and 288 of TPC.

The aspects of the offence types which might cause prejudice for the principles of legality and certainty had been frequently emphasized and proposals were brought forward while offence type analyzes had been made in this study. The sanctions of the offence types in scope of our study, the modifications by law numbered 6352 regarding those sanctions and the postponement provision regulated in that law are also examined by their negative and positive aspects. Although the matter of this dissertation is limited to Turkish law, we have tried to include in detail the related provisions of comparative law as far as possible in the text or in footnotes.

ÖZET

Bu doktora tez çalışması medyanın adli haberleri verişiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan, adil yargılanma hakkı kitle iletişim özgürlüğü çatışmasının çözümüne yönelik bir aracı ele almaktadır. Bu araç adil yargılanma hakkına karşı suçlardır. Kitle iletişim özgürlüğünün sınırı olarak adil yargılanma hakkı karşı suçlar, başta Türk Ceza Kanunu'nun "*Adliye Karşı Suçlar*" başlıklı bölümünde düzenmiş olup; Basın Kanunu'nda düzenlenen bu suçlara benzer BsK m. 21 veya 6352 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış BsK m. 19 gibi bazı dar anlamda basın suçları da adil yargılanma hakkını korumaktadır. Bu sebeple tezin adı "*Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar*" olarak belirlenmiştir.

Bu çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci ana bölümünde genel olarak adil yargılanma hakkı ve kitle iletişim özgürlüğü kavramları ile bu hak ve özgürlüklerin kapsamaları ve unsurları açıklanmıştır. Bu kapsamda uluslar arası sözleşme hükümlerine, anayasal ve kanuni düzenlemelere sırasıyla yer verilmiştir. Kitle iletişim özgürlüğüne ilişkin kanuni düzenlemeler, bu özgürlüğün ceza normlarıyla sınırlanması, basın suçları ve özel sorumluluk sistemleri ayrıntılı olarak anlatılmıştır. Bu kapsamda özel sorumluluk sistemlerinin TCK'nın "*Özel kanunlarla ilişki*" kenar başlıklı 5. maddesiyle bağlantılı olarak uygulanabilirliği ve kitle iletişim hukukuna ilişkin kanuni düzenlemelerin dağılımı sorunlarına da temas edilmiştir.

Çalışmada daha sonra kitle iletişim özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı arasındaki çatışmanın tespiti yapılmış ve bu çatışmanın kriminolojik ve sosyolojik boyutları anket veya araştırma sonuçları gibi çeşitli verilerden de hareketle ortaya konulmaya çalışılmıştır. Yapılan araştırmalar halkın adaletle ilgili en önemli bilgi kaynağının medya olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kadar önemli bir bilgi kaynağının, adli haberleri verişindeki çarpıklık ise; adil yargılanma hakkı kitle iletişim özgürlüğü çatışmasının temel sebebi olarak ortaya çıkmaktadır. Medyanın adli haberleri verişindeki çarpıklığın temelindeyse, günümüzde endüstrileşen medya faaliyetine egemen olan ekonomik kazanç sağlama amacı yatmaktadır. Medya pazarındaki rekabetin ve arz-talep dengesinin sonucu olarak; özellikle daha çok ilgi çeken ceza adaletine ilişkin sansasyonel veya şiddet içeren suçlarla ilgili haberler yapılmaktadır. Ayrıca haberin hızı doğruluğunu olumsuz etkileyebilmektedir.

Medyanın adli haberleri verişindeki bu sorunun gerek devam eden ceza muhakemesine gerekse de suç siyasetine olumsuz etkileri söz konusudur. Çalışmamızda medyatik muhakemenin masumiyet karinesi başta olmak üzere, savunma hakkı, silahların eşitliği, cezaların kanuniliği ve cezaların şahsiliği gibi pek çok ilkeye nasıl zarar verdiği açıklanmaya çalışılmıştır. Çoğunlukla bu ihlallerin sebebi veya sonucu olarak ortaya çıkan medyanın haber kaynaklarıyla ilişkileriye ayrıca ele alınmıştır. Bu kapsamda medyanın yarattığı adil yargılanma hakkı ihlallerinin dengelenmesinde avukatın medyayı kullanması ve rolü özellikle önemlidir. Zira burada yapılan tespitler, ikinci bölümde vardığımız adil yargılanma hakkına karşı suçlar bakımından müdafinin savunma dokunulmazlığının bir hukuka

uygunluk nedeni olarak nasıl anlaşılması gerektiği noktasında vardığımız sonuçlarda etkilidir. Temel bir ilke ortaya koymak gerekirse özellikle müdafinin adil yargılanma hakkını koruyan bu suç tiplerinin faili olabilmesi gerek bu suç tiplerinin amacıyla, gerekse de müdafinin savunma ve sanığın adil yargılanma hakkını koruma göreviyle bağdaşmaz.

Çalışmamızda medyanın suç siyasetine etkileri de açıklanmaya çalışılmıştır. Medyanın zarar verdiği suç siyaseti ilkeleri, adil yargılanma ilkelerine paraleldir. Bunlar ceza hukukunun son çare “*ultima ratio*” olması ve şüphe halinde özgürlüğün tercih edilmesi “*in dubio pro libertate*” ilkelerinin ihlal edilmesi, fiil değil fail ceza hukukuna yönelinmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Kitle iletişim özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı çatışması böylece ortaya konulduktan sonra, çatışmanın çözümüne yönelik deontolojik yaklaşımlara, çalışma konumuzun sınırlarını aştığından, oldukça kısa olarak temas edilmiştir. Bu kapsamda çatışmanın çözümüne yönelik deontolojik yaklaşımlar çatışmanın iki tarafı yönünden ele alınmıştır. Öncelikle hakimler bakımından Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri’nin, savcılar bakımındansa Budapeşte İlkeleri’nin ilgili düzenlemeleri sayılmış, daha sonra kolluk etik ilkelerinden söz edilmiştir. Çatışmanın diğer tarafı bakımından da ülkemizdeki en önemli özetleme kuruluğu olan Basın Konseyi’nin Basın Meslek ilkeleri’ndeki ilgili düzenlemelere de yer verilmiştir.

Çalışmamızın ilk ana bölümünün sonundaysa kitle iletişim özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı çatışmasının çözümüne yönelik hukuksal yaklaşımlar genel olarak ele alınmıştır. Öncelikle çatışmanın Anglo-Amerikan hukukunda “*contempt of court*” mahkemeye saygısızlık fiilleri kapsamında çözümlenmeye çalışıldığı açıklanmıştır. Genel olarak bütün usul kanunlarının da adil yargılanma amacına hizmet ettiği ortaya konulmuştur. Çatışmanın hukukumuzda Türk Ceza Kanunu’nda adliye karşı suçlar arasında düzenlenen bazı suç tipleri ve Basın Kanunu’nda düzenlenen BsK m. 21 veya 6352 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmış BsK m. 19 gibi bazı dar anlamda basın suçlarıyla çözülmeye çalışıldığı vurgulanmıştır. Bu başlık altında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin ortaya koyduğu temel ilkeler de, kararlar ayrıntılı olarak ele alınarak açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın bu bölümünde “*Adliye Karşı Suçlar*” ile korunması amaçlanan hukuksal değere ilişkin görüşler ve adliye karşı suçlar ceza adaleti ilişkisi ele alınmıştır. Böylece çalışmamızın ikinci ana bölümünde analiz edeceğimiz suç tiplerinin “*Adliye Karşı Suçlar*” içerisinde adil yargılanma hakkını koruyan sert çekirdeği oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Bu bölümde son olarak adil yargılanma hakkına karşı suçlarla ilgili olarak adli sır kavramı ele alınmış, adli sırrın hukuksal olarak korunan diğer sır türleriyle ilişkileri açıklanmıştır.

Çalışmamızın ikinci ana bölümünde Türk Ceza Kanunu’nun 277, 288, 285 ve 286. maddelerinde düzenlenen adil yargılanma hakkına karşı suçlar bütün unsurlarıyla ayrıntılı olarak analiz edilmiştir. Ayrıca içtima başlığı altında veya ilgili diğer yerlerde bu suçların BsK m. 21 ve mülga BsK m. 19 gibi dar anlamda basın suçlarıyla ilişkileri de ele alınmıştır. Aşağıda bu kapsamda vardığımız ana sonuçları özetlemeye çalışacağız.

TCK m. 277 ve m. 288’deki suç tipleri 6352 sayılı kanunla genel norm-özel norm ilişkisine göre düzenlendiğinden, bu suç tipleri birlikte analiz edilmiştir. Bu iki

suç tipi, tipe uygun eylem unsurları hariç, diğer bütün unsurları yönünden neredeyse aynı biçimde düzenlenmiştir. TCK m. 277’de düzenlenen yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu, bir davanın taraflarından birinin veya birkaçının lehine veya aleyhine olarak suç konusu kapsamındaki kişileri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüsü cezalandırmaktadır. Bu suç, 6352 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden önce 765 sayılı mülga TCK’nın 232. maddesinde düzenlenen suçun karşılığı olarak öngörülmüştü. Bu dönemde çalışmamızda analiz ettiğimiz diğer suç tiplerine kıyasla yeni bir suç tipi olmadığı söylenebilecek bu suç tipinin, eski düzenlemeden oldukça farklı yanları da mevcuttu.. 6352 sayılı kanunla bu suç tipi bütünüyle yeni bir suç tipi haline dönüştürülmüştür. Bu farklılıklar çalışmamızda detaylıca incelenmiş ve eleştirilmiştir. Bunlardan birincisi, mülga TCK m. 232’de yalnızca hakimler suçun konusu kapsamındayken; 5237 sayılı TCK ile Cumhuriyet savcılarını ve avukatların da bu kapsama alınmasıdır. Bu durum TCK m. 6’da “*yargı görevi yapan*” tanımının hatalı olarak yapılmasından kaynaklanmaktadır. 6352 sayılı kanunla ise suçun konusu kapsamına bilirkişi ve tanıkların da alınması bu farklılığı pekiştirmiştir.

İkinci olarak, bu suç tipi mülga TCK m. 232’den farklı olarak TCK m. 277’de serbest hareketli olarak düzenlenmiştir. Dahası 6352 sayılı kanunla maddede örnek olarak sayılan hareket modelleri de madde metninden çıkarılmıştır. Bu düzenleme şekli suçun, çok fazla sayıda suç tipiyle içtima ilişkisi içerisine girmesini sonuçlayacağından kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından sakıncalıdır. Böyle bir düzenleme biçimi hukuk güvenliğini tehdit ederek, keyfiliklere açık kapı bırakabilir. Gerçekten maddenin önceki düzenleniş şekli TCK m. 288, BsK m. 19/2 gibi suç tiplerini de büyük ölçüde işlevsiz bırakacak nitelikteydi. Böylece kitle iletişim özgürlüğü bakımından da sakıncalar yaratmaktaydı. Oysaki suç tipinin mülga TCK m. 232 gibi medyadan değil özellikle yasama yürütme gibi devletin diğer erklerinden yargıya gelecek etkileri engelleyen ve Anayasa m. 138/2’nin yaptırımını niteliğinde bir suç tipi olması gereklidir. Bu madde 6352 sayılı kanunla TCK m. 232’den tamamen farklı bir yapıya kavuşturulmuştur. Bu değişikliklerle maddenin TCK m. 288 ile arasındaki belirsizliğin özel norm-genel norm ilişkisi çerçevesinde çözülmesi ve TCK m. 288’in medya için bir özel norm olması amaçlanmıştır. Böylece tipe uygun eylem unsurları hariç TCK m. 277 ve 288’deki suç tipleri neredeyse aynı biçimde düzenlenmiştir. Kanımızca suç tipini mülga TCK 232’den tamamen farklı bir şekilde sokan değişikliklerin yerine suç tipinin mülga TCK’da olduğu gibi seçimlik hareketli olarak öngörülmesi daha uygun olurdu.

Son olarak bu suç tipinin gerçekleşmesi için teşebbüs şartları aranan bir somut tehlike suçu olması sebebiyle, teşebbüse elverişli olmadığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca bir “*kast karinesi*” yaratmamak bakımından, tehlike suçlarının olası kastla işlenmelerinin mümkün olmaması gerektiği savunulmuştur. Bu sonuçlar tez kapsamındaki benzer özellikler gösteren, diğer suç tipleriyle ilgili olarak da savunulmuştur.

Yukarıda sözünü ettiğimiz TCK m. 288’de düzenlenen adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu TCK m. 277’deki suça göre özel bir normdur. 5237 sayılı TCK ile hukukumuzda giren bu suç tipi Fransız Ceza Kanunu’nun 434-16. maddesindeki suç tipinin bir benzeridir. Bu suç yargı görevi yapan, bilirkişi veya tanıkları hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmayı cezalandırmaktadır. Bu suç da TCK m. 277 gibi özel kastla işlenebilen bir

somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Beyanın “*etkilemeye elverişli*” olması bu suç bakımından da aranacaktır.

Çalışmamızda daha sonra sırasıyla soruşturmanın gizliliğini ihlal (TCK m. 285/1-2) ve kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal (TCK m. 285/3) suçları analiz edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki duruşmanın gizliliğini ihlal fiilleri de TCK m. 285/3 ile yaptırıma bağlandığından bu kapsamda ele alınmıştır. Kanımızca bu suç tipleri birer özgü suç niteliğindedir. Bununla birlikte bu suç tiplerinin aleniyet şartı aranan halleri bakımından, kitle iletişim araçları yoluyla işlenmeleri durumunda TCK m. 40/2 gereğince medya mensuplarının bu suç tiplerinden dolayı ancak yardım eden veya azmettiren olarak sorumlu olabilecekleri sınırlaması uygun değildir.

Çalışmamızda ele aldığımız TCK m. 285/5’de düzenlenen kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması suçu, karşılaştırmalı hukukta masumiyet karinesinin korunması amacıyla benzerlerine rastlanan bir suç tipidir. 6352 sayılı kanunla bu suç tipinin eleştiriler doğrultusunda dil doğru kullanılarak tekrar kaleme alınması isabetli olmuştur. Bununla birlikte bu suç tipi somut tehlike suçu olarak düzenlendiğinden, somut tehlikenin ve nedensellik bağının tespitinde bir takım güçlükler yaşanabilir. Suç tipi yeniden kaleme alınırken öneriler doğrultusunda kimlik yayının da suçun kapsamına alınması ve Fransız hukukundaki gibi daha belirli ve ayrıntılı bir düzenleme yapılması daha doğru olabilirdi.

Bu noktada TCK m. 277, 285, 288 ve mülga BsK 19 gibi suçlar bakımından 6352 sayılı kanunla medya için getirilen dava ve cezaların ertelenmesi düzenlemesine temas etmek gereklidir. Bu düzenlemenin eşitlik ilkesi ve suç siyaseti açısından herkes için uygulanabilir nitelikte olması gereği önemlidir. Ayrıca kanunda düzenlenen her üç erteleme hali bakımından soruşturmaya, kovuşturmaya veya infaza devam olunması, erteleme süresi içerisinde erteleme kapsamına giren yeni bir suçtan cezaya kesin mahkumiyet şartına bağlanmıştır. Kanımızca bu şart, erteleme sürelerinin medya üzerinde baskıya neden olmasına yol açarak sansür/otosansür etkisi yaratabilir.

Çalışmamız kapsamında analiz ettiğimiz son suç tipi TCK’nın 286. maddesinde düzenlenen ses veya görüntülerinin kayda alınması veya nakli suçudur. Bu suç tipinde de çalışmamız kapsamında ele aldığımız suç tiplerine benzer Türkçe hatalarına rastlandığından bunların düzeltilmesi gereklidir. 6352 sayılı kanunla bu suç tipinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağının bir yaptırımı olan bu suç tipine benzer suç tiplerine veya yasaklara karşılaştırmalı hukukta da rastlanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan kayıt ve yayın yasağının ihlali de bu suç tipiyle yaptırıma bağlandığından bu kapsamda ele alınmıştır.

Ceza muhakemesi bakımından TCK’nın 286. maddesindeki suçun kapsamına kanunda gösterilen hallerde mahkemece tutulan veya hukuka aykırı elde edilen kayıtların yayınının girmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bununla birlikte hukukumuzda ses ve görüntü kaydedici aletlerin kullanılması yasağının bir istisnası olarak ve özellikle sanıkların masumiyet karinesine ve adil yargılanma haklarına zarar vermemek kaydıyla duruşmaların yayınlanabilmesine ilişkin açık bir kanuni

düzenleme yapılması önerilmiştir. Böylece dolaylı aleniyetin gerektiğinde bu yolla gerçekleştirilmesi açıkça güvence altına alınacaktır.

Özet olarak çalışmamızda kitle iletişim özgürlüğünün sınırı olarak adil yargılanma hakkına karşı suçlar ele alınmış, bu yapılırken her iki hak ve özgürlük bakımından azami surette özgürlükçü sonuçlara varmaya çalışılmıştır. Örneğin kitle iletişim özgürlüğünü sınırlandıran bu suç tiplerinin olası kastla işlenememesi veya teşebbüse elverişli olmaması gereğine yönelik tespitlerimiz, cezalandırma alanını kitle iletişim özgürlüğü aleyhine genişletmeme arzusunun yöneliktir. Benzer şekilde bu suç tiplerinin somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmişse bile yine de nedensellik ve elverişlilik değerlendirmeleri yapılması gereğine işaret eden tespitlerimiz de aynı amaca yöneliktir.

Yine bu suç tiplerinin amacının tam zıttı bir şekilde, savunma hakkını ve müdafinin savunma dokunulmazlığını sınırlandırması düşünülemeyeceği için TCK m. 286 hariç bu suçlar bakımından savunma dokunulmazlığının bir hukuka uygunluk nedeni olduğu sonucuna varılmıştır. Bu doğrultuda hakaret suçları bakımından TCK'nın 128. maddesinde öngörüldüğü gibi, bu hukuka uygunluk nedenini TCK'nın 277. ve 288. maddeleri bakımından da açıkça düzenleyen bir hükme kanunda yer verilmesi önerilmiştir.

Çalışmada suç tiplerinin kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından sakıncalı olabilecek yönleri suç analizleri yapılırken sıkça vurgulanmış ve öneriler getirilmeye çalışılmıştır. Çalışmamız kapsamındaki suç tiplerinin yaptırımları, bu yaptırımlarla ilgili 6352 sayılı kanunla yapılan değişiklikler ve getirilen erteleme düzenlemesi de ayrıca olumlu ve olumsuz yanlarıyla değerlendirilmiştir. Çalışmanın konusu Türk hukukuyla sınırlı olmakla birlikte, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelere de metin içerisinde veya dipnotlarda olabildiğince ayrıntılı bir şekilde yer verilmeye gayret edilmiştir.

GİRİŞ

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte bu kanunda “*Adliyeye Karşı Suçlar*” kapsamında düzenlenen yeni bir takım suç tipleri hukukumuzda girmiştir. Karşılaştırmalı hukukta da benzerlerine rastlanan bu suç tipleri adil yargılanma hakkını korumak amacıyla kitle iletişim özgürlüğünü sınırlandıran bir nitelik göstermektedir. Ne var ki bu yeni suç tipleri, yine 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girişinden sonraki süreçte ülke gündemine oturan bir takım davalarda medyanın yarattığı veya aracılık ettiği adil yargılanma hakkı ihlallerini önleyemediği gibi, bu suçlarla ilgili gazeteciler aleyhine açılan pek çok davanın sonucunda kitle iletişim özgürlüğü de yara almıştır. Oldukça belirsiz düzenlenen, unsurları arasındaki farklar tam olarak ortaya konulamayan, birbirileriyle ve Basın Kanunu'ndaki bazı dar anlamda basın suçlarıyla benzerlikler taşıyan bu suç tiplerinden açılan binlerce davaya rağmen çoğunlukla hükmün açıklanması geri bırakıldığı için bu alanda yerleşik bir Yargıtay içtihadı oluşturmaya yetecek sayıda karar da ortaya konulamamıştır. Bu sorunların çözümü için, söz konusu suç tiplerinin yeniden düzenlendiği ve bu kapsamdaki suçlara ilişkin dava ve cezaların ertelenmesini öngören 6352 sayılı kanun 02.07.2012 tarihinde kabul edilmiş ve 05.07.2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

İşte bu verilerden hareketle kitle iletişim özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı çatışmasına özellikle Türk Ceza Hukuku'nun yaklaşımını ve söz konusu suç tiplerini bütünsel olarak incelemek bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmıştır. Kapsamı itibariyle oldukça geniş olan bu sorunsalı ele alırken zaman zaman sınırlandırma sorunu yaşamış olsak da, çalışmamızda temel amacımız bu ihtiyacı karşılamaktır.

Bu sebeplerle çalışmamızın ilk bölümünde öncelikle adil yargılanma hakkı ve kitle iletişim özgürlüğü kavramları, bu hak ve özgürlüklerin uluslar arası, anayasal ve kanuni dayanakları açıklanmıştır. Daha sonra sırasıyla kitle iletişim özgürlüğünün ceza normlarıyla sınırlanması, adil yargılanma hakkı ve kitle iletişim özgürlüğü çatışmasının sosyolojik ve kriminolojik boyutları, medyanın devam eden

muhakemede adil yargılanma hakkı ihlalleri ve bunun suç siyaseti ve suç siyaseti ilkelerine yansması ortaya konulmaya çalışılmıştır. Böylece ortaya koymaya çalıştığımız sorunun çözümüne yönelik deontolojik yaklaşımlar konumuz bakımından önemli olmadığı için bu konuya çok kısa temas edilmiştir. Daha sonra bu sorunun çözümüne yönelik hukuksal yaklaşımlar özellikle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yaklaşımı, bu alana ceza hukukunun müdahalesi, adil yargılanma hakkına karşı suçlar ve adli sır kavramları üzerinde somutlaştırılmış ve çalışmamızın birinci bölümü tamamlanmıştır. Bu bölümde amacımız kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasında, medyanın İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin lafzı anlamında adil yargılanma hakkı kapsamındaki hak ve ilkelere zarar verebildiğini, bu ilkelerinse bir takım gizlilik yükümlülükleri ve yayın yasaklarını ifade eden adli sır kavramı altında somutlaştığını göstermektir. İşte bu yüzden adliye karşı suçlar arasında düzenlenen “*adil yargılanma hakkına karşı suçlar*” başlığı altında çalışmamızın ikinci bölümünde analiz edeceğimiz TCK'daki suç tipleri hukuksal değer olarak adil yargılanma hakkını koruyan sert çekirdeği oluşturmaktadır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde sırasıyla yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs ve adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçları ile soruşturmanın gizliliğini ihlal, kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal, kişilerin görüntülerinin yayınlanması ile ses veya görüntülerin kayda alınması suç tipleri analiz edilmiştir. Bu kapsamda Türk hukukunda dar anlamda basın suçu olmakla birlikte aslında adil yargılanma hakkına karşı suçlardan birisi olan ve 6352 sy. kanunla yürürlükten kaldırılan 5187 sy. Basın Kanunu'nun 19. maddesindeki yargıyı etkileme ve halen yürürlükte bulunan 21. maddesindeki kimliğin açıklanmaması suç tiplerine gerekli olduğu ölçüde dipnotlarda ve içtima başlıkları altında temas edilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde amacımız ilk bölümde ortaya koyduğumuz kriminolojik ve sosyolojik verilerden de hareketle bu suçların unsurlarını açıklamak, kapsamlarını belirlemek, bunun yanında birbirileri ve diğer suç tipleriyle ilişkilerini ortaya koymaktır. Bu yapılırken söz konusu suç tiplerine ilişkin olumsuz eleştiriler de getirilmiş ve yanlışlıkların nasıl düzeltilebileceğine ilişkin öneriler de sunulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın her iki bölümünde ilgili yerlerde faydalı olabileceği düşünülerek yabancı hukuklardaki düzenleme ve durumlardan da örnekler verilmiş ve Türk

hukukunda bu alanın nasıl daha iyi düzenlenebileceği sorusuna cevap aranmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM: ADİL YARGILANMA HAKKI, KİTLE İLETİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMLARI, KAPSAMLARI, ÇATIŞMASI VE ÇATIŞMANIN ÇÖZÜMÜNE YÖNELİK YAKLAŞIMLAR

I. Adil Yargılanma Hakkı Kavramı ve Kapsamı

A. Terim ve Kavram

Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesinin başlığı¹ sözleşmenin Fransızca metninde “*droit à un procès équitable*”, İngilizce metninde ise “*right to a fair trial*” olarak karşımıza çıkmaktadır². Bu hak Birleşik Devletler kaynaklı olanlar da dahil olmak üzere çalışmamız kapsamındaki İngilizce yayınlarda da sözleşme metnine uygun olarak “*fair trial*” terimiyle ifade edilmekle birlikte³; İngilizce’de yine bu hakkı ifade ederken kullanılan “*due process*” terimine de temas etmek gereklidir. Birleşik Devletler hukukunda “*due process*”, usul hukuku açısından adil yargılanma hakkı (procedural due process) ve maddi ceza hukuku yönünden adil yargılanma hakkı (substantive due process) olarak iki açıdan ele alınmaktadır⁴.

¹ “Madde hükmü önceleri, ‘sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı’ genel deyimini ile adlandırılan (...), sonra da ‘adil yargılama’ (hakkaniyete uygun yargılama) kavramı ile belirlenen bir hakkı (...) güvence altına almaktadır. 6. maddeye komisyon ve mahkeme kararlarında kullanılan deyim ve nitelermelere atfen verilen bu ad; 11. Protokol ile bir anlamda ‘yasallık’ kazanmış ve maddeye başlık olarak eklenmiştir.” Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 265-266

² Sözleşmenin Fransızca ve İngilizce resmi metinleri için bkz.

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Basic+Texts/The+Convention+and+additional+protocols/The+European+Convention+on+Human+Rights/> ET: 13.01.2012

³ Mark R. Scherer, **Rights in the Balance (Free Press, Fair Trial, and Nebraska Press Association v. Stuart)**, Texas Tech University Press, Texas, 2008; Achilles C. Emilianides, “Contempt in the Face of the Court and the Right to a Fair Trial: The Implications of Kyprianou v. Cyprus”, **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, c. 13 S. 3, 2005, s. 411,

<http://web.ebscohost.com/ehost/search?vid=1&hid=101&sid=88929c85-a628-4cdd-8355-c03c329c0d40%40sessionmgr112> ET: 12.10.2009

⁴ Nurullah Kunter/ Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, İstanbul, 2009, 1. Kitap, s. 33

Türk hukuk öğretisindeyse “*fair trial*” terimi; doğru yargılama⁵, adil yargılama⁶, dürüst yargılama⁷ gibi çeşitli şekillerde dilimize çevrilerek kullanılmıştır. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu ise “*adil yargılanma hakkı*”nı hem maddi ceza hukukunu hem de usul hukukunu kapsayacak şekilde kullanırken, usul hukuku anlamında adil yargılanma hakkını “*dürüst yargılanma hakkı*” terimiyle ifade etmektedirler⁸. Biz çalışmamız kapsamında adil yargılanma hakkını usul hukuku açısından adil yargılanma hakkıyla sınırlı olarak ele alacak olmakla birlikte bu kavramın karşılığı olarak doktrinde daha ağırlıklı olarak tercih edilen ve mevzuatımızda da Anayasa m. 36 ve Türk Ceza Kanunu m. 288 hükümleriyle benimsenen “*adil yargılama*” ve “*adil yargılanma hakkı*” terimlerini çalışmamızda kullanmayı tercih ediyoruz.

B. Adil Yargılanma Hakkının Kapsamı

1. Genel Olarak

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının diğer bazı uluslar arası belge ve sözleşmelerde de düzenlendiğini görüyoruz. Bunlardan ilki 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararıyla ilan edilen ve Bakanlar Kurulu Kararı ile 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan İnsan Hakları Evrensel Beyanname’si’dir⁹. İHEB’in 10. maddesine göre; “*Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır.*” Yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararıyla 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinde¹⁰ de adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu sözleşme 15.08.2000 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış ve TBMM

⁵ Tekin Akıllıoğlu, İnsan Hakları –I- (Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri), AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, Ankara, 1995’den akt. Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta, İstanbul, 2008, s. 2; . Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 266

⁶ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 265

⁷ Nur Centel, “Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü”, **AÜSBF Dergisi**, 1994, c. 3-4, s. 57-72

⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.** , s. 34

⁹ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> ET: 14.01.2012

¹⁰ Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> ET: 13.01.2012

tarafından 04.06.2003 tarihli ve 4868 sayılı kanunla onaylanmıştır¹¹. Ayrıca Türkiye ile doğrudan ilgisi olmamakla birlikte, çalışmamızın ilgili yerlerinde Birleşik Amerika hukukuna da temas edeceğimiz ve Anayasa yargısı başta olmak üzere Türk yargı kararlarında da destek ölçü norm veya referans ölçü norm olarak zikredilebileceği için 22.11.1969 tarihinde kabul edilen ve 18.07.1978 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi'nin 8. maddesinin¹² de adil yargılanma hakkını güvence altına aldığını belirtmekte yarar vardır. Bütün bu uluslar arası sözleşmelerin yanı sıra evrensel bir ilke olan adil yargılanma hakkı BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden, Uluslar arası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'ne kadar farklı uluslar arası sözleşme ve belgelerde de ayrıca ve özellikle düzenlenmiştir.

İç hukukumuz bakımındansa adil yargılanma hakkı 1982 Anayasası'nın "*Hak arama hürriyeti*" kenar başlıklı 36. maddesinin ilk fıkrasına 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı kanunla yapılan değişiklikle eklenmiş ve böylece açık bir anayasal temele kavuşturulmuştur. Söz konusu hükme göre; "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*"

Ayrıca İHAS'ın 6. maddesinde düzenlenmesi sebebiyle adil yargılanma hakkı 1982 Anayasası'nın "*Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma*" kenar başlıklı 90. maddesinin son fıkrasına göre de anayasal güvence altındadır. Şöyle ki Anayasa m. 90/4 hükmüne göre; "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" Böylece Anayasa m. 90/4'ün son fıkrasına 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliğiyle eklenen son cümleyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerinin hukukumuzda göre kanunlardan üstün bir konumda bulunduğu hususu pekiştirilmiştir. Gerçekten iç hukukumuz bakımından artık milletlerarası andlaşma

¹¹ Bkz.

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030618.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030618.htm> ET: 18.02.2012

¹² Bkz. <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm> ET: 17.05.2012

hükümlerine örneğin İHAS m. 6'ya aykırı kanunlar olması durumunda uygulayıcıların bu kanunları değil milletlerarası andlaşma hükümlerini esas alması gerektiği açıktır.

Mevzuatımızda kanuni düzenleme boyutunda “*adil yargılama*” kavramına bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet Savcısının görevini düzenleyen CMK m. 160/2’de de yer verilmiştir. Bu hükme göre; “*Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.*” Kanımızca bu düzenlemeyle kanun koyucu soruşturma evresinde gizlilik ilkesiyle korunmak istenen temel hukuksal değer olan masumiyet karinesi bağlamında özellikle şüphelinin adil yargılanma hakkına vurgu yapmıştır. Bu düzenlemede adil yargılanma hakkının yalnızca şüphelinin hakları boyutuyla ele alınması önemli bir eksiklik olarak görülerek eleştirilmiştir. Bu görüşteki Donay’a göre, maddede adil yargılanma kavramı kullanılıyorsa, bu hak kapsamındaki silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak mağdurun haklarının korunmasından da söz edilmesi gerekirdi¹³. Yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Çalışmamızda ayrıntılı olarak ele alacağımız gibi adil yargılanma hakkının şüpheli ve sanık hakları yönünden özellikle önemli olduğu ve bunlar bakımından İHAS kapsamında da daha ayrıntılı düzenlendiği açıktır. Kaldı ki maddede maddî gerçeğin araştırılması ve şüphelinin aleyhine olan delillerin toplanması görevlerine de yer verilmiştir.

İHAS m. 6/1’in ilk cümlesine göre adil yargılanma hakkının kapsamı “*medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili nizalar*” ve “*cezai alanda yöneltilen suçlamalar*” yani medeni hak davaları ve ceza davaları olarak belirlenmiş ve sınırlanmıştır. Gerçekten idari davalar, disiplin hukuku veya anayasaya aykırılık iddiaları kural olarak İHAS m. 6 kapsamı dışında mütaala edilmektedir¹⁴. Yine de hangi yargı mercileri önünde görülen ne tür ihtilafların adil yargılanma hakkı güvencesinden yararlanacağı hususunu kesin olarak belirlemek mümkün değildir. Zira İHAM’nin sözleşme kapsamındaki kavramları özerk yorumlaması bir başka deyişle biçimsel değil içeriksel olarak ve her olayın kendi özellikleri içerisinde değerlendirmesi sebebiyle

¹³ Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, Beta, İstanbul, 2009, s. 269

¹⁴ Gözübüyük/ Gölçüklü, **a.g.e.** , s. 266

İHAS m. 6 güvencesinin kapsamı daha geniş anlaşılabilir¹⁵. Diğer yandan konuyla ilgili olarak doktrinde; bunun tam tersinin de mümkün olabileceği, örneğin devlet memurlarının göreve kabulü veya görevine son verilmesi gibi bazı konularda İHAM'nin çelişkili kararlar verebileceği ve içtihadını zamanla olgunlaştırabileceği hususlarına da dikkat çekilmiştir¹⁶.

Bu aşamada İHAS'ın 6. maddesi ile 1982 Anayasası'nın ve mevzuatın ilgili hükümleri ışığında adil yargılanma hakkının unsurlarını açıklamaya çalışacağız.

2. Adil Yargılanma Hakkının Unsurları

a. Kanunla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme

İHAS m. 6/1 kapsamındaki bu unsur bir takım alt unsurlardan oluşmakla birlikte bu alt unsurların hepsi hakim ve mahkemenin niteliğini belirlediği için birlikte ele alınmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz. Ancak bunlardan da önce İHAS m. 6/1 bakımından “mahkeme” kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunun üzerinde durulmalıdır. İHAS kapsamında mahkeme; görevi kapsamındaki konularda, belli bir usule göre ve hukuk kurallarına dayanarak gereğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün kararlar verme yetkisini elinde tutan, kısaca yargısal rol ve adli fonksiyona sahip organ olarak ifade edilebilir¹⁷. Bu bakımdan yalnızca görüş bildirme yetkisini elinde tutan organlar mahkeme kapsamına girmezken, bu şartları taşımak kaydıyla yargısal fonksiyon yanında başka görevler de yürütmekte olması bir organın mahkeme sayılmasına engel değildir¹⁸. Gerçekten İHAM “mahkeme” kavramını iç hukuktaki değerlendirmeyi temel almaksızın özerk bir kavram olarak yorumlamaktadır¹⁹. İHAM içtihatları bakımından; bir organın mahkeme sayılması için dava konusu olayı hem maddi hem de hukuki açıdan

¹⁵ Frédéric Sudre/Jean-Pierre Marguénaud/ Joël Adriantsimbazovina/Adeline Gouttenoire/Michel Levinet, **Les Grands Arrêts de la cour Européenne des Droits de l'Homme**, PUF, Paris, 2003, s. 157; Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 266-267; İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 53

¹⁶ İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 53

¹⁷ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 280

¹⁸ **A.g.e.**

¹⁹ İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 158

inceleme yetkisine sahip bulunması, bir başka deyişle tam yargı yetkisine sahip bulunması gerekmektedir²⁰.

Bu başlık altında ele alınması gereken birinci alt unsur kanuni hakim güvencesidir. İHAS m. 6/1 gerek izleyecekleri yargılama usulünün, gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkilerinin dava konusu olay ortaya çıkmadan önce ve kanunla saptanmış olmasını ifade eden doğal (kanuni) yargıç güvencesini getirmektedir²¹. Söz konusu ilke Anayasa'nın "*Kanuni hakim güvencesi*" kenar başlıklı 37. maddesinde de; "*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz.*" hükmüyle düzenlenmiştir. Doğal yargıç ilkesine aykırılık, aynı zamanda CMUK'nın yürürlükte olan temyize ilişkin hükümlerinden 308. maddenin 1. bendine (CMK'nın bölge adliye mahkemelerinin kurulmasından sonra yürürlüğe girecek 289/1-a bendine) göre mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemesi olarak ifade edilen mutlak bozma nedenidir²². Yurtcan'a göre adil yargılanma hakkı güvencesi devlet tarafından aynı tür uyuşmazlıkların, aynı tür mahkemelerde ve aynı kurallara göre çözülmesini ifade eden yargı birliğinin de sağlanmasını gerektirir²³. Aslında terör suçları veya devlete karşı işlenmiş suçlar gibi bazı suçlar bakımından özel mahkemeler kurulması, bunlar 6. maddedeki diğer şartlara uyuyorsa ve kanunla kurulmuşsa İHAS kapsamında adil yargılanma hakkına aykırı kabul

²⁰ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 280

²¹ **A.g.e.**

²² Serap Keskin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa, İstanbul, 1997, s. 117

²³ Erdener Yurtcan, "Adil Yargılanma Hakkı", **KHİMD**, 2004, S. 2, s. 25; Kanımızca Türkiye'de CMK'nın 6352 sy. kanunla yürürlükten kaldırılan 250 ila 252. maddelerine göre farklı soruşturma ve kovuşturma usulleri izleyen ve bu sebeple ihtisas mahkemesi olarak nitelendirilemeyecek özel yetkili (görevli) ağır ceza mahkemelerinin ve yine TMK'nın 6352 sy. kanunla değişik 10. maddesine göre bunların yerine kurulan ağır ceza mahkemelerinin Anayasa'ya ve özellikle yargı birliği ilkesine aykırılıkları sorunu da ayrıca vurgulanmalıdır. Gerçekten Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ne ilişkin Anayasa'nın 143. maddesinin 07.05.2004 tarihinde 5170 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılmasından sonra CMK'nın 250 ila 252. maddelerine göre kurulan ve farklı soruşturma ve kovuşturma usulleri izleyen ve bu sebeple ihtisas mahkemesi olarak nitelendirilemeyecek özel yetkili (görevli) ağır ceza mahkemelerinin Anayasal dayanakları zaten kalmamıştı. Bu tespit TMK'nın 6352 sy. kanunla değişik 10. maddesine göre kurulan ve yine farklı soruşturma ve kovuşturma usulleri izlemesi öngörülen ağır ceza mahkemeleri bakımından da geçerli olduğu gibi, 6352 sy. kanunun geçici 2. maddesinin 4. fıkrasının; "*Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlükten kaldırılan 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen mahkemelerde açılmış olan davalara, kesin hükümle sonuçlandırılmaya kadar bu mahkemelerce bakmaya devam olunur. Bu davalarda, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez.*" hükmüyle, yargı birliğine, kanuni hakim güvencesine ve hukuk devleti ilkesine bütünüyle aykırı bir durum yaratılmıştır.

edilmemektedir²⁴. Bize göre yargı birliğine aykırılığı da tartışılabilir bu gibi mahkemeler bakımından hangi noktada doğal hakim ilkesinin ihlal edildiğini iyi tespit etmek gereklidir.

Mahkemenin ve/veya hakimin bağımsızlık ve tarafsızlık niteliğinin de bir alt unsur olarak ayrıca açıklanması gereklidir. Bağımsızlık özellikle yürütme erki ve davanın taraflarının etkilerinden uzak olmak, ekonomik ve sosyal gruplar dahil²⁵ herhangi bir kişi veya kuruluştan emir ve talimat almamak demektir²⁶. İHAM mahkemelerin bağımsızlığını, mahkeme üyelerinin niteliğine, üyelerin atanma ve görevden alınma usulüne ve görev süresine, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın var olup olmadığına, üyelerin her türlü etkiden korunmasını sağlayacak önlemlerin alınıp alınmadığına ve böylece mahkemenin bir bütün olarak bağımsız bir görünüm verip vermediğine bakarak değerlendirmektedir²⁷. Bağımsızlık kavramının aslında tarafsızlığı sağlamanın bir aracı olduğu, tarafsızlık kavramının ise hakimin özellikle yürütme organından bağımsız olmasından çok daha önce muhakeme hukukunda ortaya çıkmış olduğu söylenmiştir²⁸. İHAM tarafsızlığı, hakimin kendi kişisel kanaati bakımından yansız olmasını ifade eden sübjektif tarafsızlık ve her türlü meşru şüpheyi ortadan kaldıracak yeterli güvencelerle donatılmış olmasını ifade eden objektif tarafsızlık olmak üzere iki açıdan ele almaktadır²⁹. Sübjektif tarafsızlığın aksi kanıtlanana kadar var kabul edileceğini ifade eden İHAM³⁰, objektif tarafsızlığı ise bağımsızlık kavramıyla bağlantılı olarak ele almaktadır³¹.

Mahkemelerin/hakimlerin bağımsızlığı Anayasamızın 138, 139 ve 140. maddelerinde de düzenlenmiştir. Anayasa'nın "*Mahkemelerin bağımsızlığı*" kenar başlıklı 138. maddesine göre; "*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.*"

²⁴ İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 158

²⁵ Olivier Jacot Guillarmod, "Rights Related to Good Administration of Justice", **The European System For The Protection of Human Rights**, Editörler: R. St. J. Macdonald/ F. Matscher/ H Petzold; Martinus Nijhoff Publishers; Dordrecht, Boston, London, 1993, s. 397'den akt. İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 166

²⁶ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 281; Yurtcan, "Adil Yargılanma Hakkı", s. 25

²⁷ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 281; İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 168-187

²⁸ M. Öden "Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması", **AÜHFD**, 1993, c. XLIII, S. 1-4, s. 64'den akt. Nur Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapını Etkileme Suçu", **Uğur Alacakaptan'a Armağan**, İBÜ, 2008, s. 144

²⁹ Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.**, s. 238

³⁰ **A.g.e.**, s. 239

³¹ İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 167

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez.”

Görüldüğü gibi aslında Anayasa'nın ilgili maddelerinde hakimlerin bağımsızlığı açıkça düzenlenmekle birlikte tarafsızlık kavramına aynı açıklıkla yer verilmemiştir³². Bununla birlikte 138. maddenin ilk fıkrasında yer alan hakimlerin “Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre” hüküm verecekleri yönündeki ifadenin tarafsızlığı da kapsadığı ve 139 ve 140. maddelerin gerekçelerinde de bağımsızlık ve tarafsızlığın anayasa koyucu tarafından birlikte düşünüldüğü haklı olarak söylenmiştir³³. Anayasa Mahkemesi de bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarını birbiriyle bağlantılı olarak ele almaktadır. Bunların yanında tarafsızlığı sağlayacak normlara usül kanunlarımızda da yer verildiği vurgulanmalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Görevli olmayan hakim veya mahkemenin işlemleri” kenar başlıklı 7. maddesi ile “Hakimin Davaya Bakamaması ve Reddi” başlıklı bölümü (m. 22-31) ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “Hâkimin Yasaklılığı, Reddi ve Hukuki Sorumluluğu” başlıklı bölümü (m. 34-45) ve CMUK'nın yürürlükteki temyize ilişkin hükümlerinden m. 308'in 2. ve 3. (CMK'nın bölge adliye mahkemeleri kurulduktan sonra yürürlüğe girecek m. 289/1-b ve 289/1-c) bentleri hükümlerine göre kanunen yasaklı, red talebi kabul edilmiş veya kanuna aykırı olarak red talebi reddolunmuş hakimin hükme katılmasının temyizde mutlak bozma nedeni sayılması bunlara örnek olarak gösterilebilir³⁴.

³² A.g.e. , s. 166

³³ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 144; İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 166

³⁴ Bahri Öztürk, “Yeni CMK'da Adil Yargılama Yükümlülüğü Adil Yargılanma Hakkı”, **SCD**, 2009, S. 1, Beta, İstanbul, 2009, s. 22-23; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 145; Keskin, **a.g.e.** , s. 126-130

Son olarak vurgulanması gereken önemli bir husus hakimlerin bağımsızlığının yalnızca adil yargılanma hakkının değil hukuk devletinin de olmazsa olmaz koşulu olduğudur. Bu bakımdan yargı bağımsızlığına zarar vermeyecek ve hatta yargı bağımsızlığını geliştirecek Anayasal ve kanuni düzenlemelere yer verilebilmesi için bu alanla ilgili düzenlemelerin çok titiz bir çalışma ve uzlaşma sonucu yapılması gerektiği vurgulanmalıdır. Bu yüzden 07.05.2010 tarihli ve 5952 sayılı kanunla Anayasa’da yapılan değişikliklerin 12.09.2010 tarihinde halkoyuna sunulması kabul edilmesi öncesi ve sonrasında Türkiye’de yargı bağımsızlığına ilişkin yaşanan tartışmalar ve dile getirilen kaygılar dikkate değerdir³⁵. Bu konu çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından, sadece bu tespiti yapmakla yetiniyoruz.

b. Makul Sürede Yargılanma

İHAS m. 6/1’de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının alt unsurlarından makul sürede yargılanma kavramını İHAM, standart bir makul süre belirlemenin imkansızlığı karşısında, her somut olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmektedir³⁶. Makul olup olmadığı değerlendirilecek sürenin kanun yolları dahil yargılamanın kesin hükümle sonuçlandığı tarihte sona erdiğini kabul eden İHAM, bu sürenin başlangıcı bakımından ceza davalarıyla medeni hak davaları arasında bir ayırım yapmaktadır³⁷. İHAM medeni hak davalarının kural olarak davanın yargılama makamı önüne götürüldüğü tarihte başladığını kabul ederken, ceza davaları bakımından özerk kavramlar doktrini uyarınca suç isnadını kişinin suç işlediği şüphesi altına girmesi olarak anlamakta dolayısıyla sürenin de soruşturma aşamasının başlarından itibaren başladığını kabul etmektedir³⁸. İHAM makul süreye ilişkin çeşitli değerlendirme ölçütleri benimsemiştir. Bu ölçütler davanın karmaşıklığı, başvurunun tutumu ve yetkili organların tutumu olarak sıralanmaktadır³⁹.

³⁵ Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Kadir Özbek/Alı Suat Ertosun, **Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme**, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010

³⁶ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 285

³⁷ **A.g.e.**

³⁸ Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.** , s. 256; İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 377-378; Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 285; Öztürk, **a.g.m.** , s. 24

³⁹ Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.** , s. 251-252; İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 380-394; Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 286-287;

Makul süre koşulu iç hukukumuzda da Anayasa’da ve usul kanunlarında bulunan hükümlerle güvence altına alınmıştır. Gerçekten Anayasa m. 141/4’e göre; *“Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.”* Ceza hukukumuzda da kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması gibi gelişmelerin ve gerek TCK’nın gerekse de CMK’nın bazı hükümlerinin makul süre şartının yerine getirilmesi bakımından önemine işaret edilmiş ve yargılamanın hızlandırılması amacıyla bu alanda yapılabilecek diğer düzenlemelere ilişkin bazı öneriler getirilmiştir⁴⁰. Gerçekten iddinamenin iadesine ilişkin CMK m. 174, kamu davasını açmada takdir yetkisine ilişkin CMK m. 171, uzlaşma kurumunun getirilmesi (TCK m. 73, CMK m. 253), önödeme kurumunun muhafaza edilmesi (TCK m. 75)⁴¹, şahsi dava ve şahsi hak davası kurumlarının ceza muhakemesinden çıkarılması⁴² bunlara örnek olarak gösterilmiştir. Yine HMK’nın *“Usul ekonomisi ilkesi”* kenar başlıklı 30. maddesinin *“(1) Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür.”* hükmüyle de makul süre koşuluna işaret edilmiştir.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki son yıllarda 31.03.2011 tarihinde kabul edilen ve 14.04.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6217 sayılı *“Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”* gibi kanunlarla yargı hizmetlerinin hızlandırılmasının amaçlandığı; yine yargının yükünün azaltılması amacıyla 09.02.2011 tarihli ve 6110 sayılı kanunla⁴³ Yargıtay ve Danıştay kanunlarının değiştirilerek üye ve daire sayılarının artırıldığı söylenmektedir. Çalışmamız kapsamındaki suç tipleriyle ilgili önemli değişiklikler getiren 6352 sy. *“Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun”* ise bu zincirin son halkasıdır.

Kanımızca yargının hızlandırılması ve yükünün hafifletilmesi için gerekli düzenlemeler yapılırken, yargı bağımsızlığına, hukuk devleti ilkesine, ceza muhakemesinin temel ilkelerine, savunma hakkına⁴⁴ ve bir bütün olarak adil yargılanma hakkına aykırı düzenlemeler yapılmamasına özellikle özen göstermek

⁴⁰ Öztürk, **a.g.m.** , s. 23-28

⁴¹ **A.g.m.** , s. 25

⁴² **A.g.m.** , s. 23

⁴³ Söz konusu kanun için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6110.html> ET: 13.01.2012

⁴⁴ Aynı yönde görüş için bkz. Öztürk, **a.g.m.** , s. 28

gerekir. Bu konuda verilebilecek ayrıntılar ve getirilebilecek eleştiriler çalışma konumuzun kapsamını aştığı için yalnızca bu tespiti yapmakla yetiniyoruz.

c. Aleniyet İlkesi

İHAS m. 6/1’de güvence altına alınan bir başka ilke de aleniyet ilkesidir. Aleniyet ilkesi adil yargılanma hakkının esaslı unsurlarından biri olup gerek sanığın haklarının gerekse de adalete güvenin korunmasına katkıda bulunmaktadır⁴⁵. Bu ilkeyle yargılamada saydamlık sağlanması ve gizliliğin yaratacağı keyfiliğin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır⁴⁶. Bu ilkenin birincisi davanın açık duruşmada görülmesi diğeri de hükmün aleni olarak açıklanması olmak üzere iki boyutu vardır⁴⁷. Davanın açık duruşmada görülmesi dinamik aleniyet, hükmün açıklanmasının aleniyeti ise statik aleniyet olarak ifade edilmektedir⁴⁸. Yargılamanın aleni (açık) olması aynı zamanda zımnî olarak yargılama sırasında duruşma yapılmasını da gerektirmektedir⁴⁹.

Hukukumuzda aleniyet ilkesinin başlıca Anayasal dayanağı Anayasa’nın “*Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması*” kenar başlıklı 141. maddesinin ilk iki fıkrasıdır. Anayasa m. 141/1’e göre; “*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.*” 141. maddenin ikinci fıkrası ise “*Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur.*” hükmüyle küçüklerin yargılanması sırasında kapalı duruşma yapılmasına olanak tanımaktadır. Aleniyet ilkesini sınırlama nedenleri İHAS m. 6/1’e göre Anayasa m. 141/1’de daha sınırlı tutulmuştur⁵⁰. Gerçekten İHAS m. 6/1’de bu nedenler; kamu düzeni, milli güvenlik, genel ahlak, küçüklerin menfaati, davaya taraf olanların özel hayatlarının korunması veya mahkemenin sınırlamayı kesinlikle gerekli göreceği aleniyetin adaletin selametine zarar vermesine sebep olacak bazı özel koşullar olarak sayılmıştır. Bu anlamda İHAS m. 6/1’in ikinci

⁴⁵ Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.**, s. 253

⁴⁶ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 288

⁴⁷ İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 343

⁴⁸ Nesibe Kurt Konca, **Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi**, Adalet, Ankara, 2009, s. 173

⁴⁹ İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 343; Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 288; Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.**, s. 253

⁵⁰ İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 342

cümlesinin İHAS'ın 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde kullanılan “*demokratik bir toplumda gerekli*” “*sıkıştıran toplumsal ihtiyaç*” ve orantılılık formülünün aynısını değil ama bir benzerini kullandığından söz edilmiştir⁵¹. Ayrıca aleniyet ilkesi CMK'nın “*Duruşmanın açıklığı*” kenar başlıklı 182. maddesinde ve HMK'nın “*Aleniyet ilkesi*” kenar başlıklı 28. maddesinde düzenlenmiştir. Yine CMUK'nın yürürlükte bulunan temyize ilişkin hükümlerinden m. 308'in 6. bendine göre (Bölge adliye mahkemeleri kurulduktan sonra yürürlüğe girecek CMK m. 289/1-f); şifahi bir duruşma neticesi verilen hükümde aleni muhakeme ilkesinin ihlal edilmesi temyizde mutlak bozma nedenidir⁵².

Aleniyet ilkesinin bireyin yargılama hakkında bilgi sahibi olmak için bir vasıtaya başvurup başvurmamasına göre doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki yönü olduğu söylenmiştir⁵³. Duruşmanın doğrudan açıklığı duruşma salonunda fiziki koşullar elverdiği ölçüde herkesin bulunabilmesini, duruşma salonuna girilmesinin yasaklanmamasını ifade eder⁵⁴. Ancak duruşma salonunun kapılarının açık olması veya salonda fiilen halktan birilerinin bulunması zorunlu değildir. Duruşmanın dolaylı açıklığı ise duruşmada cereyan edenlerden, duruşma salonunda bulunan kişilerin gördüklerini, duyduklarını ve öğrendiklerini aktarmaları aracılığıyla duruşma salonunda bulunmayan kişilerin de haberdar olmalarını ifade eder⁵⁵. Bu noktada aleniyetin kapsamına dolaysız aleniyetin girip girmediği ve aleniyet kural, aleniyetin sınırlandırılması istisna olduğu için, örneğin CMK m. 183'deki ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı gibi yasakların ihlalinin aleniyet ilkesinin ihlali olarak kabul edilip mutlak temyiz nedeni olup olamayacağı tartışılmalıdır. Bu bağlamda Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin bizdeki CMK m. 183'deki yasağın benzeri olan yasağın ihlalinin, yani aleniyet ilkesinin hukuka aykırı olarak genişletilmesini aleniyet ilkesinin ihlali kapsamında mutlak temyiz nedeni olarak kabul etmediği 17.02.1989 tarihli kararı ve bu konuda Alman doktrininde yer alan görüşler önemlidir⁵⁶. Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin Weimar cinayeti davası olarak anılan davada verdiği kararın gerekçeleri; mutlak bozma sebeplerini düzenleyen maddede yalnızca dolaysız aleniyetten söz edilmesi, yasağın ihlal

⁵¹ **A.g.e.** , s. 353

⁵² Keskin, **a.g.e.** , s. 135-152

⁵³ Kurt Konca, **a.g.e.** , s. 115

⁵⁴ Veli Özer Özbek/Koray Doğan, **Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi**, Seçkin, Ankara, 2005, s. 763

⁵⁵ **A.g.e.**

⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Keskin, **a.g.e.** , s. 139-143

edildiği keşif delilinin hükme dayanak yapılmaması, yine bizdeki CMK 183'ün karşılığı olan düzenlemeyle kanun koyucunun aleniyet ilkesini genişletmek istememesi ve bu düzenlemenin aleniyet ilkesine ilişkin var olan kurala da uygun olmaması olarak özetlenebilir⁵⁷. Alman doktrininde öne sürülen karşıt görüşlere rağmen, biz de Türk hukuku açısından Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin görüşlerine paralel bir sonuca varmak gerektiği düşüncesindeyiz. Şöyle ki, hukukumuzda gerek yürürlükteki CMUK m. 308'in 6. gerekse ileride yürürlüğe girmesi beklenen CMK 289/1-f bentlerinde aleni muhakeme ilkesinin "*hükümle*" bağlantılı olarak ihlali aranmaktadır. Yani öncelikle aleniyet ilkesinin kapsamını nasıl anlarsak anlayalım, bu ilkenin ihlali sonucu yapılan işlem veya ortaya konulan delil hükme dayanak teşkil etmiyorsa zaten ancak nispi bir bozma nedeni olabilir. Diğer yandan Roxin'in Alman Federal Mahkemesi'nin kararına itiraz gerekçelerinden olan mutlak bozma sebebine ilişkin hükmün kaleme alınış tarzı gibi hususlar da Türk hukuku açısından değerlendirildiğinde Roxin ile aynı doğrultuda bir sonuca varmak mümkün görünmemektedir. Gerçekten hukukumuzda, Alman düzenlemesinden farklı olarak "*yargılamanın açıklığı ile ilgili kurallar*" gibi çoğul bir ifade değil, "*aleni muhakeme kaidesi(açıklık kuralı)*" şeklinde tekil bir ifade kullanılmıştır. Bu yüzden CMK m. 183'deki yasağı CMUK 308'in 6. bendi bakımından açıklık ilkesi kapsamında kabul etmek mümkün değildir. Her ne kadar kanun koyucu aşağıda çalışmamız kapsamında ele alacağımız TCK'nın 286. maddesindeki suç tipini, CMK m. 183'deki yasağın yaptırımını olarak düzenleyip, bu yasağa verdiği önemi ortaya koymuşsa da, bu durum bu yasağa aykırılığı kanun koyucunun mutlak temyiz nedeni olarak kabul ettiği şeklinde yorumlanamaz. Burada yine Alman Federal Temyiz Mahkemesi ve Fezer'in görüşlerine koşut bir değerlendirme yapmak gerekirse, elbetteki CMK m. 183'deki yasağın ihlali muhakemedeki hükme dayanak yapılmayan bir delili değil de hükmü etkileyecek şekilde muhakemenin bütününe yaygınsa, örneğin bu durum genel olarak muhakeme boyunca sanığın savunma hakkını gereği gibi kullanmasına engel olmuşsa, CMUK m. 308'in 6. veya şartları varsa 8. bendi anlamında mutlak hukuka aykırılığın varlığından söz edilebilir.

⁵⁷ A.g.e. , s. 140

Bu kapsamda son olarak dolaylı aleniyetin özellikle kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilebileceğinden bahisle⁵⁸, kitle iletişim özgürlüğüyle bağlantısı vurgulanmalıdır. Bu bakımdan dolaylı aleniyetin İHAS m. 6 anlamında adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak değil, bilgi edinme hakkı ve kitle iletişim özgürlüğüyle bağlantılı olarak korunduğu söylenmelidir⁵⁹. Bu tespit Anayasa bakımından da geçerlidir. Gerçekten Anayasa'nın 28. maddesinin 5. fıkrası hükmünün doğrudan duruşmaların aleniyeti ilkesiyle ilgili bir düzenleme olmamakla birlikte, basına ilişkin özel bir sınırlama sebebine yer verdiği söylenmiştir⁶⁰. Bu hükme göre; “*Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz.*” Görüldüğü gibi bu hüküm dolaylı aleniyete ilişkin bir sınırlama getirdiğinden kitle iletişim özgürlüğüne ilişkin bir maddede düzenlenmiştir⁶¹.

d. Masumiyet Karinesi

Türk hukuk doktrinde “*suçsuzluk karinesi*”⁶² terimiyle de ifade edilen ve BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 14/2’de açıkça düzenlenmiş bulunan masumiyet karinesi⁶³; İHAS m. 6/2’de; “*Bir suç ile itham edilen herkes suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.*” şeklinde formüle edilmiştir. Adil yargılanma hakkının en esaslı unsurlarından biri olan masumiyet karinesi; Anayasa m. 38/4’ün “*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*” hükmüyle de güvence altına alınmıştır.

⁵⁸ Kurt Konca, **a.g.e.** , s. 120-126

⁵⁹ **A.g.e.** , s. 124

⁶⁰ İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 342

⁶¹ Handan Yokuş Sevik, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi” , **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, GSÜ Yayınları:32, Şan Ofset, İstanbul, 2004, s. 758

⁶² Metin Feyzioğlu, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, **AÜHFĐ**, 1999, c. 48, S. 1-4, s. 135-163, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf> ET: 18.02.2012; Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 295

⁶³ Feyzioğlu, **a.g.m.** , s. 157, Feyzioğlu, özellikle kuvvetli suç şüphesinin arandığı tutuklama durumunu örnek vermek suretiyle bu karinenin “*suçsuzluk*” olarak adlandırılmasının daha doğru olduğu görüşünü savunmuştur. Yine yazara göre bu ilke aslında bir karine olmayıp, bir varsayım olarak adlandırılması daha doğrudur. Söz konusu kavramsal tartışmalar çalışma konumuzun kapsamını aşmaktadır. Diğer yandan Türk hukukunda ve Fransızca’da da bu kavram “*masumiyet karinesi (présomption d’innocence)*” olarak adlandırılmaktadır. Bu yüzden biz de çalışmamızda masumiyet karinesi terimini kullanmayı tercih ediyoruz.

Masumiyet karinesi; ceza muhakemesinde ispat yükü⁶⁴, “*şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*” ilkesi⁶⁵, kişinin susma ve kendini suçlamama hakkı⁶⁶ gibi alt unsurlarla yakından ilgilidir. Bu ilke aslında adil yargılanma hakkının tam da merkezinde yer almaktadır. Gerçekten hakimin/mahkemenin muhakemede sanığın suçluluğu yönünde önyargısının olmaması, bir yönüyle hakimin/mahkemenin tarafsızlığıyla da (İHAS m. 6/1) ilgilidir⁶⁷. Diğer yandan, sanığın ceza muhakemesinde süje olması ve savunma hakkına (İHAS m. 6/3) sahip olması ancak muhakeme sonuçlanana kadar masum kabul edilmesi halinde anlamlı olacağından, bu ilke savunma hakkının da temelini oluşturmaktadır⁶⁸.

Masumiyet karinesi, kişi için asıl ve normal olanın suçsuzluk olduğunu ifade eder, suç işleme anormal yani istisnadır⁶⁹. Muhakemenin sonuna kadar suçsuz sayılma hakkı olarak da anılan⁷⁰ bu karinenin, asıl sonucu ve uygulama alanı ispat yüküne ilişkin olup, suç işlendiği iddiasını ispat yükü iddia edene düşer, sanık kural olarak suçsuzluk iddiasını kanıtlamakla yükümlü değildir⁷¹. Bunun sonucu olarak masumiyet karinesiyle sıkı ilişki içerisindeki bir ilke “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesidir. Bu ilke ceza muhakemesi sonunda fiilin sanık tarafından işlendiği %100 belli olmadığı takdirde beraat kararı verilmesini, dolayısıyla bin suçlunun cezasız kalmasının, bir masumun mahkum olmasına tercih edilmesini ifade eder⁷². Yine ispat yüküyle bağlantılı olarak masumiyet karinesinin bir başka alt unsuru olarak nitelendirilebilecek bir ilke “*kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı*” kuralını ifade eden “*nemo tenetur*” ilkesidir. Söz konusu ilke Anayasa m. 38/5’in; “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” hükmüyle de güvence altına alınmıştır. Ayrıca CMK’nın 48. maddesindeki tanığın kendisi veya yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme hakkına ve yine CMK’nın 147. maddesindeki susma hakkına ve aktif savunma hakkına ilişkin⁷³

⁶⁴ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 296; Feyzioğlu, **a.g.m.** , s. 149

⁶⁵ Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 178; Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 297; Feyzioğlu, **a.g.m.** , s. 149

⁶⁶ İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 272

⁶⁷ Feyzioğlu, **a.g.m.** , s. 148

⁶⁸ **A.g.m.** , s. 149

⁶⁹ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 296

⁷⁰ Öztürk/Erdem, **a.g.e.** , s. 192

⁷¹ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 296

⁷² Öztürk/Erdem, **a.g.e.** , s. 178

⁷³ **A.g.e.** , s. 193

düzenlemeler, hukukumuzda bu ilkeyi güvence altına alan normlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Diğer yandan masumiyet karinesinin özellikle muhakemedeki ispat yüküyle değil, kitle iletişim özgürlüğü ile yakından ilgili olması sebebiyle konumuz bakımından en önemli unsurunun “*lekelenmeme hakkı*” olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu bağlamda hukukumuzda 01.06.2005 tarihli “*Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği*”nin 27. maddesinde de masumiyet karinesi ve özellikle “*lekelenmeme hakkı*”, “*soruşturmanın gizliliği*” ilkesiyle korunması amaçlanan en önemli hukuksal değer olarak düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin “*soruşturmanın gizliliğinin uygulanması*” kenar başlıklı 27. maddesine göre; “*Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve soruşturma evresi gizlidir. Bu nedenle, soruşturma evresinde gözaltındaki bir kişinin ‘suçlu’ olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evraki hiçbir şekilde yayımlanamaz.*”

e. Savunma Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkesi

İHAS m. 6/3’de beş bent halinde sayılan haklar sınırlı sayıda olmayıp, özellikle ceza muhakemesinde şüpheli ve sanığa sağlanan bir takım hak ve güvenceleri sıraladıkları için savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi üst başlığı altında ele almayı uygun bulmaktayız. Söz konusu hak ve güvenceler adil yargılanma hakkının bazı özel yönlerinden ibaret olduğundan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, İHAS m. 6/3 kapsamındaki davaları çoğu zaman İHAS m. 6/1 ile bağlantılı olarak ele almaktadır⁷⁴.

Bu haklardan birincisi İHAS m. 6/3-a gereğince şüphelinin/sanığın suçlamanın niteliği ve nedeniyle ilgili olarak en kısa zamanda ve anladığı dilde ayrıntılı olarak bilgilendirilmesidir. Şüphelinin/sanığın muhakemeye katılması hakkı kapsamında da değerlendirilen “*bilgilendirilme(droit pour l’accusé d’être informé)*”⁷⁵ hakkının İHAS m. 6/3-b ile de bağlantılı olduğu söylenmiştir⁷⁶.

⁷⁴ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 299

⁷⁵ Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.** , s. 282-283

⁷⁶ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 300

İHAS m. 6/3-b'de güvence altına alınan şüphelinin/sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma hakkıysa, müdafiiyle görüşme, dosyayı inceleme, karar ve işlemleri öğrenme ve İHAS m. 6/1 kapsamındaki aleniyet ilkesiyle yakından bağlantılı duruşma hakkı gibi çeşitli hakları içermektedir⁷⁷. İç hukukumuz bakımından bu hakla ilgili CMK hükümlerini tüketici olarak saymak mümkün olmamakla birlikte bunlara örnek olarak lehine olan hususları ileri sürme ve lehine delillerin toplanmasını isteme hakkı (CMK m. 147/1-f), iddianamenin tebliğiyle duruşma günü arasında en az bir hafta süre bulunması (CMK m. 176/4), iddianamede gösterilen suç niteliğinin değişmesi halinde ek süre verilmesi (CMK m. 226), yargılama dilini bilmeyen şüpheliye/sanığa iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların tercüman aracılığıyla anlatılması (CMK m. 202), müdafii ile görüşme hakkı (CMK m. 154/1), müdafii seçme hakkı (CMK m. 149), müdafinin dosyayı inceleme yetkisi (CMK m. 153) gösterilebilir⁷⁸. Aslında bu kapsamda sayılan müdafilikle ilgili hususların aynı zamanda ve özellikle İHAS m. 6/3-c gereğince, kendi kendini savunmak ya da kendi seçeceği veya mali olanaktan yoksunsa ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece görevlendirilecek bir müdafinin yardımından yararlanmak hakkıyla ilgili olduğu açıktır. Bu hakkın gereği olarak zorunlu müdafii görevlendirilmesini gerektiren durumlar da CMK'nın "Müdafinin görevlendirilmesi" kenar başlıklı 150. maddesinde düzenlenmiştir. Yine yargılama dilini bilmeyen şüpheliye/sanığa iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktaların tercüman aracılığıyla anlatılması da aynı zamanda ve özellikle İHAS m. 6/3-e'de formüle edilen, duruşmada kullanılan dili anlamadığı ve konuşamadığı takdirde bir tercümanın ücretsiz yardımından yararlanma hakkının bir gereğidir. Bu hak CMK'nın "Tercüman bulundurulacak haller" kenar başlıklı 202. maddesinde, İHAM içtihadına uygun olarak⁷⁹ yalnızca duruşma aşaması bakımından değil muhakemenin tüm evreleri bakımından güvence altına alınmıştır.

⁷⁷ Cumhuriyet Şahin, "Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İHAS Md. 6/3-b)", **Adil Yargılanma Hakkı**, IGUL Yayınları No:4, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s. 311-318

⁷⁸ **A.g.m.**, s. 328

⁷⁹ Gözübüyük/ Gölçüklü, **a.g.e.**, s. 311; Ayrıca 24.01.2013 tarihinde kabul edilen 6411 sy. kanunla yapılan değişiklikler kapsamında CMK m. 202'ye anadilde savunma tartışmalarının sonucu olarak eklenen fıkralar şöyledir; "(4) Ayrıca sanık;

a) İddianamenin okunması,

b) Esas hakkındaki mütalaanın verilmesi,

üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabilir. Bu durumda tercüme hizmetleri, beşinci fıkra uyarınca oluşturulan listeden, sanığın seçeceği tercüman tarafından yerine getirilir. Bu tercümanın giderleri Devlet Hazinesince karşılanmaz. Bu imkân, yargılamanın sürüncemede bırakılması amacıyla yönelik olarak kötüye kullanılamaz.

Bu noktada İHAS m. 6/3-d kapsamında şüphelinin/sanığın iddia tanıklarının sorguya çekmesi/çektirmesi ve savunma tanıklarının iddia tanıklarıyla aynı şartlar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanması hakkının üzerinde özellikle durmak gereklidir. Kısaca tanıkların dinlenmesinde hak eşitliği olarak ifade edilen bu ilkenin, İHAS m. 6/3'ün silahların eşitliği kavramı ile en yakından ilgili bendi olduğu kabul edilmektedir⁸⁰. İHAS m. 6/3-d delillerin değerlendirilmesi ve ispat konusuna ilişkin bir ilkeyi ortaya koymaktadır⁸¹. Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi CMK'nın delilleri takdir yetkisi kenar başlıklı 217. maddesininin 1. fıkrasında “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir.*” cümlesiyle güvence altına alınmıştır. Bu fıkranın ikinci cümlesinde “*Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir.*” şeklinde ifade edilen delillerin serbestliği ilkesi de savunma hakkını tamamlayan bir başka unsurdur. Yine savunma hakkının, silahların eşitliği ilkesinin ve üst başlık olarak adil yargılanma hakkının, hukuka aykırı delillere dayanılarak hüküm kurulamamasını ve bir takım delil yasaklarını da kapsamına aldığı haklı olarak söylenmiştir⁸². İç hukukumuzda delil yasaklarına ilişkin başlıca düzenleme Anayasa m. 38/6'in “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” hükmüdür. CMK m. 217/2'ye göre de yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Bu kapsamda CMK'nın delil elde etme amacına yönelik çeşitli koruma tedbirleriyle ilgili maddelerinde “*hukuka aykırı delil*”in kullanılmayacağı ifade edildiği gibi, CMK m. 206/2-a'da kanuna aykırı olarak elde edilen delilin reddedilmesi, CMK m. 230/1-b'de dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça hükmün gerekçesinde gösterilmesi ve henüz yürürlüğe girmemiş olan CMK m. 289/1-i'de hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması halinde mutlaka bozulması öngörülmüştür.

(5) Tercümanlar, il adli yargı adalet komisyonlarınınca her yıl düzenlenen listede yer alan kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcılar ve hâkimler yalnız buldukları il bakımından oluşturulmuş listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de tercüman seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.” Bu kanun için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6411.html> ET: 09.03.2013

⁸⁰ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 306; İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 221; Bazı yazarlara göreyse şüphelinin/sanığın bilgilendirme hakkı bağlamında m. 6/3-a da silahların eşitliği ilkesiyle doğrudan bağlantılıdır. Bkz. Güney Dinç, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği”, **Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı**, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını No:4, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 361

⁸¹ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 306

⁸² Yurtcan, “Adil Yargılanma Hakkı”, s. 25; Öztürk, **a.g.m.**, s. 30

Görüldüğü gibi İHAS m. 6/3’de sayılan bütün bu güvenceler çağdaş ceza muhakemesinin pek çok ilkesiyle⁸³, birbirleriyle ve İHAS m. 6/1 ile bağlantılı olup, aralarında kesin sınırlar çizmek olanaksızdır. Bir başka deyişle bu güvenceler yoruma ve genişlemeye açık olup, bunlar İHAS m. 6/1 ile ve kendi aralarında kesişmektedir⁸⁴. Gerçekten İHAM’ın İHAS m. 6/3 kapsamındaki hakları çoğunlukla İHAS m. 6/1 ile bağlantılı olarak ele alması bundandır. Dolayısıyla silahların eşitliği ilkesinin ana kaynağı İHAS m. 6/1 olmakla birlikte, silahların eşitliği ilkesi İHAS m. 6/3’deki güvencelerle somutlaşmaktadır. Daha önce ifade ettiğimiz gibi bize göre İHAS m. 6/3’deki güvencelerin çeşitli ceza muhakemesi ilkeleri, CMK düzenlemeleri ve İHAM içtihadı kapsamında birbirleriyle ve İHAM m. 6/1 ile kesişimleri ortadayken, bu güvencelerin silahların eşitliği ilkesiyle bağlantısı bakımından kesin sınırlar belirlemek mümkün değildir. Netice olarak İHAS m. 6/3’ün silahların eşitliği ilkesinin bir belirişi olduğu⁸⁵ ve savunma hakkı kapsamındaki bazı ilkeleri⁸⁶ tüketici olmayacak şekilde güvence altına aldığı söylenmelidir.

II. Kitle İletişim Özgürlüğü Kavramı ve Kapsamı

A. Terim ve Kavram

Gelişen kitle iletişim araçlarının çağında basın özgürlüğünün yerini kitle iletişim özgürlüğü almış ve basın özgürlüğü, radyo özgürlüğü, internet özgürlüğü olarak adlandırılabilirler diğer özgürlüklerin yanında kitle iletişim özgürlüğü kapsamındaki özgürlüklerden birisi olarak kalmıştır⁸⁷. Bu bakımdan kitle iletişim özgürlüğü kavramını ifade etmek için geniş anlamda basın hürriyeti/özgürlüğü teriminin kullanılmaya devam etmesini sonuçlayacak⁸⁸, günlük dilde sıklıkla kullanılan yazılı basın, görsel basın ve işitsel basın gibi kavramlar, kullanılan kitle iletişim aracının baskın olan yönünü temel alıp diğer niteliklerini göz ardı eden bir

⁸³ Örneğin İHAS m. 6/3-b ve 6/3-e ile bağlantısını ortaya koyduğumuz CMK m. 202, meram anlatma ilkesinin kanuna bir yansıması olduğu gibi; İHAS m. 6/3-d de delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesiyle yakından ilgilidir.

⁸⁴ Kai Ambos, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m. 6” , Çeviren: Yener Ünver, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No:3, Seçkin, Ankara, 2004, s. 27-28

⁸⁵ **A.g.m.** , s. 27

⁸⁶ Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.** , s. 275-295

⁸⁷ Kayıhan İçel/Yener Ünver, **Kitle Haberleşme Hukuku**, Beta, İstanbul, 2009, s. 23-24

⁸⁸ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 360

ayrım olduğu için eleştirilmiştir⁸⁹. Gerçekten radyo salt işitsel bir kitle iletişim aracı olmakla birlikte, televizyon ve internet hem görsel hem işitsel hem de yerine göre yazılı bir nitelik gösterebilmektedir. Türk hukuk öğretisinde kitle iletişim özgürlüğünü ifade etmek için “*yayın hürriyeti*”⁹⁰, “*kitle haberleşme özgürlüğü*”⁹¹ “*medya özgürlüğü*”⁹² gibi başka kavramlar da kullanılmıştır.

Örneğin kitle haberleşmesini, “*kütle*⁹³ *haberleşmesi*” veya “*yayım*” olarak adlandıran Gölcüklü, kitle iletişim özgürlüğünü ifade etmek için basının yanında radyo, sinema ve televizyon gibi diğer tüm haberleşme araçlarını kapsayan “*yayın hürriyeti*” kavramını kullanmayı tercih etmektedir. Yazara göre yayın kavramı “*basma*” tekniğine dayanan basın kavramından daha geniş olup, basma tekniği dışında yeni teknikler kullanılarak yapılan yayınları da kapsar⁹⁴. Gerçekten basın dilimizde, “*Gazete, dergi gibi belirli zamanlarda çıkan yayınların bütünü, matbuat*” olarak tanımlanmıştır⁹⁵. Bununla birlikte Gölcüklü’nün kullandığı yayın hürriyeti kavramı Türk doktrininde çoklukla benimsenmemiştir.

Yine bu bağlamda bazı yazarlarca kullanılan medya özgürlüğü kavramına da temas edilmelidir. Dilimizde medya, “*büyük iletişim ve yayın organlarının bütününe verilen ad*” ve “*iletişim ortamı, iletişim araçları, kitle iletişim araçlarının tümü*” olarak tanımlanmaktadır⁹⁶. Ancak oldukça uzun olan kitle iletişim özgürlüğü kavramına bir alternatif olabilecek medya özgürlüğü kavramının da Türk hukukunda birkaç yazar hariç tercih edilmediği söylenmelidir. Hatta kitle iletişim özgürlüğü kavramının yalnızca basın, radyo-televizyon ve internet özgürlüğünü değil opera, bale ve tiyatro gibi sahne sanatlarını bile içine alan, bu anlamda belli bir teknolojik gelişmişlik düzeyini ifade eden medya kavramından daha geniş olduğunu savunan

⁸⁹ Yaşar Salihpaşaoğlu, **Türkiye’de Basın Özgürlüğü**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 23

⁹⁰ Feyyaz Gölcüklü, **Haberleşme Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 6-7

⁹¹ Kurt Konca, **a.g.e.**, s. 126

⁹² Hamide Zafer, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişi”, **Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, s. 751; Coşkun Ongun, **Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku**, Legal, İstanbul, 2010, s. 15; Cevat Özel, **Türk Medya Hukuku**, Alfa, İstanbul, 1999

Yine Centel’in bu kavramı makalesinde kullandığını görüyoruz. Bkz. Nur Centel, “Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü”, s. 58

⁹³ Nitekim dilimizde “*kitle*” sözcüğü ile “*insan topluluğu*” ve “*kütle*” olarak tanımlanmaktadır. <http://www.tdksozluk.com/index.php?qu=kitle&ne=a> ET: 03.03.2011

⁹⁴ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 6-7

⁹⁵ <http://www.tdksozluk.com/index.php?qu=bas%FDn&ne=a&Submit=Ara> ET: 03.03.2011

⁹⁶ <http://www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=medya&ne=a> ET: 03.03.2011

yazarlar bile, kitle iletişim özgürlüğü kavramının yaygın kullanımı karşısında çalışmalarında bu kavramı kullanmayı tercih etmişlerdir⁹⁷.

Fransızca'da ise bu kavram iletişim özgürlüğü anlamına gelen, “*la liberté de la communication*”⁹⁸ olarak ifade edilmekle birlikte, bireysel iletişim özgürlüklerini ifade etmek için de aynı terimin⁹⁹ kullanıldığını görüyoruz. Bu yüzden kanımızca bu kavramı, Fransızca'dan tam bir tercüme ile iletişim/haberleşme özgürlüğü olarak da adlandırmak doğru değildir. Zira bu durumda kavramın Anayasa'nın 22. maddesinde “*haberleşme hürriyeti*” kenar başlığı altında güvence altına alınan kişiler arası özel iletişim özgürlüğü ile karıştırılması mümkündür¹⁰⁰. Bu bağlamda İngilizce yayınlarda kullanımına rastlanan ve kamu iletişimi anlamına gelen “*public communication*”¹⁰¹ teriminin, özgürlüğün kamusal yönüne vurgu yapması bakımından daha isabetli olduğu söylenmelidir. Ancak Türk doktrininde “*kamu iletişimi*” veya “*kamusal iletişim özgürlüğü*” gibi terimlerin de benimsenmediğini görmekteyiz.

Açıklamaya çalıştığımız tüm bu sebeplerle biz de çalışmamızda doktrinde sıklıkla benimsenen kitle iletişim özgürlüğü kavramını kullanmayı uygun görüyoruz. Kitle iletişim özgürlüğü çeşitli yazarlarca tanımlanmaya çalışılmıştır. İçel/Ünver¹⁰² tarafından bu özgürlük, “*haber, düşünce ve kanıların basın radyo-televizyon, sinema ve internet gibi kitle iletişim araçlarıyla serbestçe alınması ve yayılması*” olarak tanımlanmıştır. Debbasch/Isar/Agostinelli'ye göreyse kitle iletişim özgürlüğü, “*düşünce, haber ve bilginin yazılı, görsel, işitsel veya diğer her türlü teknikle belirsiz bir halk topluluğuna gönderilmesi*” olarak tanımlanabilir¹⁰³.

Kitle iletişiminde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün yani ifade özgürlüğünün kitle iletişim araçlarıyla kullanılması söz konusudur. Bu yüzden kitle iletişim özgürlüğünün temelinde ifade özgürlüğü yer almaktadır¹⁰⁴. İfade

⁹⁷ Ömer Gedik, **Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 28-29 ve 33-34

⁹⁸ Charles Debbasch/Hervé Isar/ Xavier Agostinelli, **Droit de la Communication**, Dalloz, Paris, 2002, s. 7

⁹⁹ Jacques Georgel, **Les Libertés de Communication**, Dalloz, Paris, 1996

¹⁰⁰ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 24

¹⁰¹ Kent R. Middleton / Bill F. Chamberlin, **The Law of Public Communication**, Longman, New York, 1991

¹⁰² İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 24

¹⁰³ Debbasch/Isar/Agostinelli, **a.g.e.**, s. 1

¹⁰⁴ Özden Çankaya/ Melike Batur Yamaner, **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 1; Gedik, **a.g.e.**, 39-40

özgürlüğünün, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, bilim ve sanat özgürlüğü ve hatta eğitim özgürlüğü gibi pek çok özgürlükle yakın ilişki içerisinde olduğu söylenmelidir¹⁰⁵. Kitle iletişim özgürlüğü ise birinci kuşak haklardan olan ifade özgürlüğünün yanında günümüzde II. Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan üçüncü kuşak haklardan olan kamunun haber alma hakkını/bilgilenme hakkını da içine alan geniş bir özgürlükler alanını ifade etmektedir¹⁰⁶. Aşağıda söz konusu özgürlükler alanının uluslar arası ve anayasal ölçekteki temelleriyle, Türk hukukunda bu alana ilişkin çeşitli kanuni düzenlemeleri açıklamaya çalışacağız.

B. Uluslar arası Belgelerde ve Sözleşmelerde Kitle İletişim Özgürlüğü

Kitle iletişim özgürlüğü, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar arası belge ve sözleşmelerde, “*ifade özgürlüğü*”ne ilişkin düzenlemeler kapsamında güvence altına alınmıştır. Şöyle ki BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 19. maddesinde düzenlenen bu özgürlük, yine BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 19. ve İHAS’ın 10. maddelerinde “*İfade özgürlüğü*” kenar başlığı altında düzenlenmiştir¹⁰⁷.

İHAS’ın 10. maddesine göre;

“1. Her birey görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak kanaat özgürlüğü ve kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın, haber veya fikir almak veya vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, sinema veya televizyon işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda gerekli tedbirler niteliğinde olarak, millî güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin, düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın, başkalarının şeref veya haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa

¹⁰⁵ Gedik, a.g.e. , s. 38-39

¹⁰⁶ Çetin Özek, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, İstanbul, Alfa, 1999, s. XIII; Sabahattin Nal, “Karşılaştırmalı Hukukta Enformasyon Hakkı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s. 709

¹⁰⁷ İfade özgürlüğü Türkiye’nin taraf olmadığı İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi’nin 13. maddesinde de “*Düşünce ve İfade Özgürlüğü*” başlığı altında düzenlenmiştir.

<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic3.American%20Convention.htm> ET: 17.05.2012

vurulmasının önlenmesi veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için kanunla öngörülen bir takım işlemlere, şartlara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir.”

İHAS’ın 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü, yakın ilişki içerisinde bulunduğu 8. 9. ve 11. maddelerde düzenlenen hak ve özgürlüklere göre genel norm (lex generalis) niteliğinde olup, bu maddelerdeki düzenlemeler ise özel norm (lex specialis) niteliğindedir¹⁰⁸.

İHAS m. 10/1’in ilk cümlesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü düzenlenmiştir. Aynı fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenen kanaat, haber ve düşünceleri alma ve verme özgürlüğü ise çift taraflı bir nitelikte olup iletişimin iki tarafını da güvence altına almaktadır¹⁰⁹. İHAS’ın 10. maddesinin 1. fıkrası oldukça geniş kapsamlı bir düzenleme olup, zımnen bilgiyi serbestçe arama hakkını da içermekte, kullanımında hiçbir araç sınırlaması olmaksızın ifade özgürlüğünü güvence altına almakta, sanatsal, siyasi, ticari olsun her türlü düşünce açıklamasını, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler ve kişi toplulukları yönünden korumaktadır¹¹⁰.

Söz konusu özgürlüğün bu kadar geniş bir biçimde düzenlendiği İHAS m. 10’un, ikinci fıkrasında sayılan bu özgürlüğün sınırlanması sebepleri ise diğer sözleşmelerdeki sınırlama nedenlerinden daha geniştir¹¹¹. Şöyle ki İHEB’de herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmezken, MSHS’de ise bu sınırlama nedenleri “*Başkalarının haklarına ve itibarına saygı*”, “*Ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya sağlık ve ahlaki koruma*” olarak oldukça sınırlı bir biçimde sayılmıştır. Örneğin İHAS m. 10/2’de sayılan “*yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması*” gibi bir sınırlama nedeni MSHS’de açıkça düzenlenmemiştir.

Bu başlık altında son olarak İHAM’ın, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında çok temel ve başlıca içtihatlarından olan Handyside v. Birleşik Krallık kararına¹¹² temas

¹⁰⁸ Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.**, s. 20; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 356

¹⁰⁹ Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.**, s. 21

¹¹⁰ Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.**, s. 21-22; Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 358-359

¹¹¹ Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.**, s. 23

¹¹² Söz konusu karar için bkz. Vincent Berger, **Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’homme**, Paris, Dalloz, 2000, s. 448 451; ayrıca bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=handyside&sessionid=96487742&skin=hudoc-en> ET: 21.05.2012

etmek gerekir. Dava konusu olayda, “*Öğrenciler İçin Küçük Kırmızı Kitap*” adında ve pek çok Avrupa ülkesinde de yayınlanmış bir kitap, 1959 ve 1965 tarihli müstehcen yayınlarla ilgili kanunlar gereğince, çocukları ayartıcı ve baştan çıkarıcı cinsel öğeler içerdiğinden bahisle toplatılır ve nüshalarının imhasına karar verilir. Ayrıca başvuru Londra’da bir yayınevi sahibi olan Richard Handyside da para cezasına mahkum edilir.

İHAM’a göre söz konusu kitap genel olarak doğru ve faydalı bilgiler içermekle birlikte, öğrencilerle ilgili “*Kendiniz Olun*” başlıklı bölümünde, ergenlik çağlarının kritik bir dönemindeki genç insanların yaşlarına uygun olmayan, kendileri için zararlı olabilecek faaliyetlere girişmelerini veya suç olan bazı fiilleri işlemelerini özendirici nitelikte cümleler içermekte olduğundan, yetkili İngiliz yargıçlar Birleşik Krallık’da dava konusu zamanda ahlakın korunması bakımından zararlı etkileri olacağını takdir yetkisine sahiptir. Bu gerekçeyle İHAM dava konusu olayda 07.12.1976 tarihinde İHAS’ın 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

İHAM incelemesini yaparken, İHAS m. 10/2 anlamında müdahalenin kanunla öngörülmüş olma şartını taşıdığı ve ahlakın korunması amacının meşru bir amaç olduğunu tespit ettikten sonra, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı sorusuna yanıt aramıştır. İHAM’a göre, sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarında tek tip bir Avrupa ahlakı kavramına göre düzenleme yapmaları beklenemez. Bu yüzden İHAS m. 10/2 taraf devletlere ahlakın korunması için gerekli olan tedbirlere karar vermeleri bakımından bir takdir marjı tanımıştır. Bununla birlikte bu yetki sınırsız olmayıp, İHAM’ın denetimine tabidir. İHAM’a göre ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun en esaslı temellerinden ve böyle bir toplumun gelişmesinin en temel şartlarından biridir. Bu yönden ifade özgürlüğü yalnızca hoş karşılanan, zararsız kabul edilen veya kayıtsız kalınan bilgi ve düşünceleri değil, devlet tarafından veya toplumun bir kesimince hoş karşılanmayan, sarsıcı veya rahatsız edici düşünceleri de kapsamına almaktadır. Bu ünlü cümleyle İHAM, ifade özgürlüğünün anlamı bakımından daha sonra pek çok kararında atıf yapacağı temel bir ilke ortaya koymuştur. Ancak şüphesiz, İHAS m. 10’da sayılan sınırlama sebeplerinden her biri için taraf devletlerin takdir marjı farklı olabilecektir. Özellikle aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız gibi, adil yargılanma hakkının korunması

bağlamında “yargının otorite ve tarafsızlığının korunması” sınırlama nedeni bakımından bu takdir marjının daha sınırlı olabileceği unutulmamalıdır.

C. Türk Hukukunda Kitle İletişim Özgürlüğü

1. Kitle İletişim Özgürlüğünün Anayasal Temelleri

a. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Özgürlüğü

Anayasa'nın “*Düşünce ve kanaat hürriyeti*” kenar başlıklı 25. maddesine göre; “*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*”

Anayasamız bu hükmüyle düşünce özgürlüğünün düşünceyi açıklamama hakkını da içerdiğini ortaya koyduktan ve bu özgürlüğün statik yönünü¹¹³ güvenceye aldıktan sonra takip eden “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” kenar başlıklı 26. maddesinde bu özgürlüğün dinamik yönünü¹¹⁴ düzenlemiştir. Bu maddenin 1. fıkrasının ilk cümlesine göre; “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar.*”

Bu hükümlerle Anayasamız, kitle iletişim araçlarını içine alan ve isabetli olarak maddede sınırlı sayıda sayılmayan yollarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünü güvence altına almıştır. Gerçekten teknolojik gelişmeler dolayısıyla kitle iletişim araçlarındaki çeşitlenmeleri de hesaba kattığımızda bu özgürlüğün kullanım yollarını sınırlamanın olanaksızlığı ortadadır. Bununla birlikte fıkranın son cümlesine göre “*Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*” Anayasa'nın bu düzenlemesinin basın dışı kitle iletişim araçları bakımından örneğin film sansürü

¹¹³ İçel/Ünver, a.g.e. , s. 50

¹¹⁴ A.g.e.

bakımından düşünce ve kanaatlerin önceden denetlenmesi anlamına gelen bir tür sansür uygulamasına olanak tanıdığı söylenmiştir¹¹⁵.

26. maddenin 2. fıkrası hükmüne göre düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü; “*millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla*” sınırlanabilir.

26. maddenin 2. fıkrası bakımından dikkate değer bir husus 2001 yılındaki Anayasa değişiklikleri ile madde metnine şablon olarak sayılan özel sınırlama nedenleri eklenirken genel sınırlama nedenlerine ilişkin 13. maddenin önceki şeklinde yer alan ve “*genel ahlak*”ın korunmasına ilişkin sınırlama nedeninin madde metnine alınmamasıdır. Gerçekten Anayasa’nın “*Özel hayatın gizliliği*” (m. 20), “*Konut dokunulmazlığı*” (m. 21), “*Haberleşme hürriyeti*” (m. 22), “*Dernek kurma hürriyeti*” (m. 33), “*Toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı*” (m. 34), “*Sendika kurma hakkı*” (m. 51) gibi maddelerinde bu sınırlama nedenine yer verildiği gibi özellikle kitle iletişim özgürlüğü bakımından önem taşıyan Anayasa’nın “*Basın hürriyeti*” kenar başlıklı 28. maddesinde süreli veya süresiz yayınların toplatılması bakımından ve “*Kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı*” kenar başlıklı 31. maddelerinde bu sınırlama nedenine yer verilmiştir. Çankaya/Batur Yamaner’e göre bu durum kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olmayıp bir anayasa değişikliği ile düzeltilmesi gereklidir¹¹⁶.

b. Bilim ve Sanat Özgürlüğü

Anayasamızın bilim ve sanat özgürlüğünün düzenlendiği 27. maddesi de basın özgürlüğü ile yakından ilgilidir. Nitekim basın özgürlüğü ile ilgili Anayasa m. 28/3 hükmü, bu özgürlüğün sınırlanması bakımından 26 ve 27. maddelere atıf yapmıştır.

¹¹⁵ **A.g.e.**

¹¹⁶ Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.** , s. 37

Bu hükme göre; “Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.

Yayma hakkı, Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz.

Bu madde hükmü yabancı yayınların ülkeye girmesi ve dağıtımının kanunla düzenlenmesine engel değildir.”

Gerçekten bilgi ve sanat toplumla paylaşıldıkça bir anlam ifade eder ve hem kişisel hem de toplumsal gelişmeye katkı sağlar. Bu yüzden bilim ve sanat hürriyeti kapsamında özellikle yayma hürriyetinin kullanılmasında kitle iletişim araçlarının varlığı gereklidir¹¹⁷.

c. Basın Özgürlüğü

Anayasamızın basın ve yayımla ilgili hükümleri 28 ile 32. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anayasa'nın 28. maddesi basın özgürlüğünü, 29. maddesi süreli ve süresiz yayın hakkını, 30. maddesi basın araçlarının korunmasını, 31. maddesi kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkını, 32. maddesi ise düzeltme ve cevap hakkını düzenlemektedir. Anayasa'nın 28. maddesinin ilk fıkrasına göre; “Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurmak izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.” Bu hükmün ilk cümlesiyle basına sansür yasağı düzenlenmiştir¹¹⁸. İkinci cümle ise yine Anayasa m. 29/1'in “Süreli veya süresiz yayın önceden izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz.” düzenlemesiyle bağlantılı olarak basın özgürlüğünün kullanılmasında izin sisteminin benimsenmediğini ortaya koymaktadır¹¹⁹.

Anayasa'nın m. 28/2 ise, “Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır.” hükmüyle devlete pozitif bir yükümlülük yüklemektedir¹²⁰. Bu anlamda günümüzde devlete düşen en önemli görevin

¹¹⁷ Nusret İlker Çolak, **Kitle İletişim Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 33

¹¹⁸ Gedik, **a.g.e.**, s. 140

¹¹⁹ Salihpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 94 ve 97

¹²⁰ **A.g.e.**, s. 105-108

tekelleşmenin önlenmesi, sektöre girişin ve rekabet ortamının sağlanması olduğu söylenmiştir¹²¹. Bu görüşe katılmamak imkansızdır.

28. maddenin 3. fıkrasına göre; “*Basın hürriyetinin sınırlanmasında, Anayasanın 26 ve 27 nci maddeleri hükümleri uygulanır.*” Bu hükümlerle Anayasamız “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” ile “*Bilim ve sanat hürriyeti*”ni, basın özgürlüğüyle yakından ilgili görmüş ve bu maddelerdeki sınırlama sebepleri ve koşullarının basın özgürlüğünün sınırlanmasında da uygulanacağı hususunu düzenlemiştir¹²². Bu bakımdan “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” ile ilgili 26. maddede daha önce açıkladığımız gibi “*genel ahlak*”ın korunması bir sınırlama sebebi olarak düzenlenmediğinden bu sebebe dayanarak basın özgürlüğünün sınırlanmasının söz konusu olamayacağı düşünülebilir. Bununla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz gibi Anayasa m. 28/6’da süreli ve süresiz yayınların toplatılması bakımından, m. 31/2’de ise kamu tüzelkişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkının sınırları bakımından bu sınırlama nedenine yer verilmiştir¹²³.

28. maddenin 5. fıkrasıysa çalışma konumuz bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Bu hükme göre; “*Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz.*” Buradan çıkan sonuç yargıya intikal etmiş olaylar hakkında yayım yasağı konulması için yalnızca hakim kararının yeterli olmaması ve fakat “*Yargılama görevinin amacına*

¹²¹ Salihpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 108; Gedik, **a.g.e.**, s. 140-141

¹²² Çolak, **a.g.e.**, s. 34

¹²³ Bu bağlamda 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 3. madde düzenlemesine dikkat çekmekte yarar vardır. BsK m. 3/1’de basın özgürlüğünün, bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerdiği yönünde bir düzenleme yer almaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise basın özgürlüğünün sınırlandırılma neden ve koşulları sıralanarak adeta anayasal bir düzenleme getirilmeye çalışılmıştır. Bu maddeye göre basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlâkının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir. Görüldüğü gibi maddede “*toplum ahlaki*” da bir sınırlama nedeni olarak sayılmıştır. Kanımızca bir kanuni düzenlemede böyle anayasal nitelikte hükümlere yer verilmesi doğru olmadığı gibi anayasaya aykırılık sorunlarını beraberinde getirecektir. Doktrinde bu düzenleme aynı gerekçelerle eleştirilmiştir. Anayasa m. 26/2’de “*devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün*” korunması ibaresine yer verilmişken, burada “*toprak bütünlüğünün*” korunmasından bahsedilmesi karşısında söz konusu düzenlemenin, bir Anayasa değişikliğine hazırlık olsun diye getirilmiş olabileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Kayıhan İçel, “*Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı*”, **Güncel Hukuk**, 2004, S. 5, s. 45

uygun olarak yerine getirilmesi” amacıyla basın özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın mutlaka açık bir kanuni düzenlemeyle yapılması gereğidir.

d. Radyo ve Televizyon Yayınlarıyla İlgili Hükümler

Öncelikle 1982 Anayasası’nda radyo ve televizyon yayınları ile ilgili bir düzenlemeye yukarıda sözünü ettiğimiz “*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*” kenar başlıklı m. 26/1’in ilk fıkrasının son cümlesinde rastlıyoruz. Bu hükme göre; “*Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*” Görüldüğü gibi Anayasa m. 26/1’in son cümlesinde radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanabileceğinden söz edilmektedir.

Anayasamızda radyo ve televizyon yayınlarıyla ilgili asıl hüküm ise Anayasa’nın “*Radyo ve Televizyon Üst Kurulu, radyo ve televizyon kuruluşları ve kamuyla ilişkili haber ajansları*” kenar başlıklı 133. maddesidir. Bu maddenin 08.07.1993 tarih ve 3913 sy. kanunla değiştirilen 1. fıkrasına göre; “*Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir.*” Gerçekten fıkranın değiştirilmeden önceki şeklinde¹²⁴ 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi¹²⁵ radyo ve televizyon devlet tekeline bağlanmıştı. Bu hükme dayanılarak çıkarılan 11.11.1983 tarihli ve 2954 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Kanunu ile de bu tekelin TRT tarafından kullanılması öngörülmüştü.

Anayasa’nın 133. maddesine 21.06.2005 tarih ve 5370 sayılı kanunla eklenen 2. fıkrada ise Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun yapısına ve üyelerinin seçim usulüne ilişkin temel esaslar düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “*Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasî parti gruplarının üye sayısı oranında*

¹²⁴ Fıkranın değişiklikten önceki hali “*radyo ve televizyon istasyonları, ancak devlet eli ile kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde düzenlenir*” şeklindeydi.

¹²⁵ 1961 Anayasası’nın 121. maddesi 1488 sayılı kanunla değiştirilmeden önce; “*Radyo ve televizyon istasyonlarının idaresi, özerk kamu tüzel kişiliği halinde, kanunla düzenlenir.*” şeklinde bir hükme yer vermişti. Bu dönemde bu hükmün amacının radyo ve televizyon yayınlarıyla ilgili tekel koymak değil, özerklik sağlamak olduğu tartışmaları yapılmıştır. Ancak söz konusu 121. madde hükmü 1488 sayılı kanunla “*Radyo ve televizyon istasyonları, ancak devlet eliyle kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzel kişiliği halinde kanunla düzenlenir.*” şeklinde değiştirildikten sonra bu konu açıklığa kavuşmuştur. Bkz. İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 343-344

belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasî parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir.”

133. maddenin sonra fıkrasına göreyse; *“Devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzelkişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliği ve yayınlarının tarafsızlığı esastır.”* Bu hüküm ile TRT'nin ve Anadolu Ajansı gibi haber ajanslarının tarafsız olması gereğine vurgu yapılmıştır.

e. Bilgi Edinme Hakkı

Bilgi edinme hakkı Anayasamıza 07.05.2010 tarihli ve 5952 sayılı kanunla Anayasa'da yapılan değişikliklerin 12.09.2010 tarihinde halkoyuna sunulmasıyla girmiştir. Bu kapsamda Anayasa'nın *“Dilekçe hakkı”* kenar başlıklı 74. maddesinde kenar başlığı ile birlikte bir takım değişikliklere gidilmiş, maddenin yeni kenar başlığı *“Dilekçe, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkı”* olarak değiştirilmiş ve maddenin 3. fıkrasında açık olarak *“Herkes, bilgi edinme ve kamu denetçisine başvurma hakkına sahiptir.”* denilmek suretiyle bilgi edinme hakkı Anayasa'da düzenlenmiştir.

2. Kitle İletişim Özgürlüğüne İlişkin Kanuni Düzenlemeler

a. Genel Olarak

Yukarıdaki bölümde Anayasal temellerini açıkladığımız kitle iletişim özgürlüğü, hukukumuzda çeşitli kanun hükümleriyle düzenlenmekte ve sınırlanmaktadır.

Bunların başında 09.06.2004 tarihinde kabul edilip 26.06.2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5187 sayılı Basın Kanunu gelmektedir. Bu kanunun yürürlüğe girmesiyle 15.07.1950 tarihli ve 5680 sayılı Basın Kanunu

yürürlükten kalkmıştır. 5187 sayılı Basın Kanunu'nun "*Amaç ve kapsam*" kenar başlıklı 1. maddesine göre; "*Kanunun amacı, basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemektir. Bu Kanun basılmış eserlerin basımı ve yayımını kapsar.*"

Hukukumuzda radyo ve televizyon yayınlarıyla ilgili hususlar ise iki temel kanunda düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi 11.11.1983 tarihli ve 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Kanunu'dur¹²⁶. 2954 sayılı kanunun 359 sayılı kanunla arasındaki en temel farkın; 2954 sayılı kanunun yalnızca TRT Kurumu kanunu olmayıp, radyo televizyon kanunu niteliğini taşıması olduğu ancak 13.04.1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle 2954 sayılı kanunun "*TRT Kanunu*" niteliğine büründüğü söylenmiştir¹²⁷. Oldukça yeni bir gelişme olarak 15.02.2011 tarihinde kabul edilen 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 03.03.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesiyle 3984 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır. 6112 sayılı kanunun 1. maddesine göre bu kanunun amacı; "*...radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi, ifade ve haber alma özgürlüğünün sağlanması, medya hizmet sağlayıcılarının idarî, malî ve teknik yapıları ve yükümlülükleri ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, teşkilâtı, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları belirlemektir.*" Bu bağlamda önemli bir husus olarak 6112 sayılı kanunun "*Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun yükümlülüğü*" kenar başlıklı 45. maddesinin 1. fıkrasında, bu kanunun 8. maddesinde belirtilen yayın hizmeti ilkelerinin ve yine bu kanunun yayın hizmetlerinde ticarî iletişimi düzenleyen hükümlerinin, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu yayınları hakkında da uygulanmasının öngörülmüş olduğu söylenmelidir.

Hukukumuzda internet özgürlüğü ve internet yayınları alanını düzenleyen kanun ise 23.05.2007 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'dur. Bu kanunun 1. maddesinde amacı ve kapsamı; "*..içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında*

¹²⁶ Bu kanun 359 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Kanunu'nu yürürlükten kaldırmıştır.

¹²⁷ İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 368-369

işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usûlleri düzenlemek” olarak belirtilmiştir.

Kitle iletişim özgürlüğünün önemli bir boyutu olan bilgi edinme hakkına yukarıda açıkladığımız gibi ilk defa 2010 yılı değişiklikleriyle Anayasa’da açıkça yer verilmiş olmakla birlikte, bilgi edinme hakkı hukukumuzda ilk olarak 09.10.2003 kabul tarihli ve 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu¹²⁸ ile düzenlenmiştir. 24.10.2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak, yayımından altı ay sonra yürürlüğe giren bu kanunun amacı 1. maddesinde; “*..demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemek”* olarak belirtilmiştir. Kanunun kapsamıyla ilgili 2. maddesine göre bu kanun kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanacaktır. Ancak 01.11.1984 tarihli ve 3071 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun hükümleri saklıdır. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu bilgi edinme hakkının sınırlarını aşağıda adli sır ve diğer sır türleri başlıkları altında ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere 15 ile 28. maddeleri arasında oldukça geniş olarak düzenlemesi sebebiyle eleştirilmiştir. Gerçekten BEHK’nın devletle vatandaş arasında alışlagelmiş yöntem olan sır kavramının ve gizlilik ilkesinin yerini şeffaflığın alması ve sır kavramının bir istisna olması amacına hizmet etmesi gerektiği söylenmiştir¹²⁹. Ancak Bayraktar’a göre bu sınırlamalar birer istisna teşkil etmekten çok, bilgi edinme hakkının alanını hakkın özüne dokunacak derecede daraltan niteliktedir¹³⁰. Biz de yazarın bu eleştirisine katılıyoruz.

b. Kanuni Düzenlemelerin Dağınıklığı Sorunu

Bize göre aslında kitle iletişim özgürlüğüne ilişkin mevzuatın bu denli dağınık olması, çeşitli kitle iletişim araçları bakımından ayrı ayrı kanunların yürürlükte olması, uygulamada karışıklıklara yol açarak hukuk güvenliğini tehdit edebilir. Bu yüzden kitle iletişim özgürlüğüne ilişkin büyük ve tek bir kanun yapılarak, bu alanın

¹²⁸ Bilgi Edinme Hakkı Kanunu için bkz.

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.4982&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0> ET: 06.03.2011

¹²⁹ Tamer İnal, “Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayata, Haberleşmeye, Ticari Sırlara, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Sınırlamalar”, **KHİMD**, 2004, S. 3, s. 12

¹³⁰ A. Köksal Bayraktar, “Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı”, **KHİMD**, 2004, S. 3, s. 9

sistemli bir hale getirilmesi sağlanabilir. Gerçekten bu görüş doktrinde de bazı yazarlarca dile getirilmektedir. Alacakaptan'a göre¹³¹; “Özellikle 2. Dünya Savaşından sonra ve son 20-30 yıldır özgürlüklere ve basın özgürlüğüne bakış da değişti. Özgürlükleri böyle basın, iletişim, radyo-televizyon diye parçalara ayırmanın artık modası geçmiş bir yaklaşım olduğunu kabul etmeliyiz. Bence bir Basın Kanunu çıkarılacağına -adını tartışabiliriz- ama bütün iletişim konularını, onunla ilgili bütün özgürlükleri ve onların kullanımının garanti altına alınmasını konu edinmiş, amacı bu olan bir kanun gerekir.” Bir başka yazara göre de dağınık olan medya mevzuatı bir veya birkaç yasa içerisinde de olsa belirli ve uyumlu bir hale sokulmalı medyaya ilişkin temel hükümler teknolojik gelişmelere de ayak uyduracak şekilde belirlenmelidir¹³².

Bununla birlikte durum yabancı devlet hukuklarında da pek farklı değildir. Gerçekten Fransa dahil pek çok ülkede bu alanın, tutarlılık ve bütünlük kaygısı gütmeyen kazuistik bir yöntemle belirli durumlara göre ve belirli özel sorunları çözmek için çıkarılmış dağınık ve hatta birbiriyle çelişen bir çok kuraldan oluştuğu söylenmiştir¹³³. Derieux kitle iletişim hukuku alanının düzenlenmesindeki temel sorunları; “gerçek bir uyumlaştırma ve bütünleştirme iradesininin olmaması”, “bu alana ilişkin ortak ve temel ilkelerin ortaya konulması yerine yalnızca özgürlüğe atıf yapılması”, “bu alana ilişkin kuralların parça parça, toplama ve hatta birbiriyle çelişen nitelikte olması”, “bu alandaki düzenlemelerin uzun ömürlü ve dayanıklı olmayan, ayrıntılı hükümlerden oluşan suni bir yeniden yapılanma olarak ortaya çıkması” olarak ortaya koymuştur¹³⁴.

¹³¹ Uğur Alacakaptan, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı” , **Güncel Hukuk**, 2004, S. 5, s. 44

¹³² Recep Güvelioğlu, “Medya Yasaları Düzenlemesinde Temel Unsurlar”, **YTD**, 1996, S. 12, s. 1406

¹³³ Emmanuel Derieux, **Droit des Médias**, LGDJ, Paris, 2008, s. 22

¹³⁴ Derieux, **a.g.e.** , s. 22; Kitle iletişim özgürlüğünün ekonomik boyutuyla bağlantılı olarak sorunu ele alan bir görüşe göreyse; aslında kitle iletişim özgürlüğü alanı ne özel menfaatler için pazar olmanın ne de kamusal menfaatler için kamu gücünün müdahalesinin istenmediği bir alandır. Ancak ticari zorunluluklar, büyük küresel medya gruplarının ortaya çıkışı, haber ajanslarının tekelleşmesi; değişken, düzensiz ve çok biçimli kitle iletişim hukuku düzenlemeleri karşısında daha belirleyici olduğu için bu denge şaşmaktadır. Bkz. Debbasch/Isar/ Agostinelli, **a.g.e.** , s. 3

c. Kitle İletişim Özgürlüğünün Ceza Normlarıyla Sınırlanması

1) Basın Suçları, Türleri, Özel Sorumluluk Sistemi

a) Basın Suçu Kavramı

5187 sayılı Basın Kanunu 5680 sayılı Basın Kanunu'ndan¹³⁵ farklı olarak hiçbir yerinde “*basın suçu*” terimini kullanmamıştır. 5187 sayılı BsK'da “*basın suçu*” kavramına yer verilmemekle¹³⁶ ve “*basılmış eserler yoluyla işlenen suçlar*” da belirli bir sınıflandırmaya tabi tutulmamakla birlikte öğretide “*basın suçu*” kavramı benimsenmekte ve basın suçları bazı türlere ayrılmaktadır. Doktrinde genellikle benimsenen ayrıma göre basın suçları; “*dar anlamda basın suçları*¹³⁷ (*salt basın suçları*¹³⁸)”, “*basın yoluyla işlenen suçlar*¹³⁹ (*geniş anlamda basın suçları*¹⁴⁰)” ve “*basın düzenine karşı suçlar*¹⁴¹ (*basının yönetsel düzenine ilişkin suçlar*¹⁴²), *basının idari rejimine karşı suçlar*¹⁴³ (*basın zabıtası suçları*¹⁴⁴)” olarak üçe ayrılmaktadır. İçel/Ünver tarafından dar anlamda basın suçları ile basın yoluyla işlenen suçların birlikte “*basılmış eserin düşünsel içeriğine ilişkin suçlar* (*basılmış eserin muhtevasına ilişkin suçlar*¹⁴⁵)” adıyla bir grup oluşturdukları söylenmekte¹⁴⁶, bunun

¹³⁵ Gerçekten 5680 sayılı kanun “basın suçu neşirle vücut bulur” (m. 3), “Basın suçlarından mahkum olanlar” (m. 18), “Basın Suçlarında Dava Süresi” (7. bölüm başlığı) gibi farklı yerlerde “basın suçu” kavramına yer vermiş. Bunun yanında; “Basın yoluyla işlenen suçlardan dolayı ceza sorumluluğu” (m. 16), “basın yoluyla işlenmiş bulunan suçlardan dolayı” “Basın yoluyla işlenen kovuşturması şikayete bağlı suçlarda” (m. 35), “Bu Kanunda yazılı olan veya basın yoluyla işlenmiş bulunan suçlardan dolayı” (m. 36), “suçların basın yoluyla işlenmeleri sebebiyle mahkumiyet halinde” (Ek m. 1), “Basın yolu ile işlenen ve ek birinci maddenin üçüncü fıkrasında yazılı suçlarla milli güvenliğe ve genel ahlaka aykırı davranışlardan mahkumiyet hallerinde” (Ek m. 2) gibi farklı ifadeler kullanarak suçların “basın yoluyla” işlenmesine vurgu yapmıştır.

¹³⁶ Basın suçu kavramına yer vermeyen 5187 sayılı Basın Kanunu; “Basılmış eserler yoluyla işlenen suç”, “Sürelî yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan” (m.11), “Basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden” (m. 13), “Yukarıdaki fıkra uyarınca yasaklanmış yayın veya gazeteleri bilerek dağıtanlar veya satışa sunanlar bu yayınlar yoluyla işlenen suçlardan” (m. 25), “Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlar” (m. 26, 27) gibi ifadelerle yer vererek 5680 sayılı kanuna göre bir ölçüde daha fazla terim birliği sağlamıştır.

¹³⁷ Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul Üniversitesi yayınları no: 2381. Hukuk Fakültesi no: 538, İstanbul, 1978, s. 525, İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 255

¹³⁸ Erol Çetin, **Son Değişikliklerle Basın Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 111; Çankaya/Batur Yamaner, **a.g.e.** , s. 125

¹³⁹ Özek, **Türk Basın Hukuku.** , s. 526;

¹⁴⁰ Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.** , s. 127; İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 255

¹⁴¹ İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 256

¹⁴² Çetin, **a.g.e.** , s. 111

¹⁴³ Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.** , s. 124

¹⁴⁴ Özek, **Türk Basın Hukuku.** , s. 526

¹⁴⁵ İçel/Ünver, **a.g.e.** , s. 269

¹⁴⁶ **A.g.e.** , s. 255

yanında “*basın düzenine karşı suçlar*” ikinci bir grup olarak ele alınmaktadır¹⁴⁷. Basın düzenine karşı suçlar da kendi içerisinde ikiye ayrılarak incelenmekte; “*basının yayın öncesi düzenine ilişkin suçlar(neşir öncesi basın zabıtası suçları*¹⁴⁸)” ve “*basının yayın sonrası düzenine ilişkin suçlar(neşir sonrası basın zabıtası suçları*¹⁴⁹)” gibi isimlerle anılmaktadır.

b) Basın Suçları Türleri

(1) Basılmış Eserin Düşünsel İçeriğine İlişkin Suçlar

(a) Dar Anlamda Basın Suçları

Dar anlamda basın suçu oluşturan eylem, basın dışı bir araçla işlendiğinde suç oluşturmadığı halde, basılmış eserin yayımı yoluyla işlendiğinde suç oluşturan bir eylemdir¹⁵⁰. Dar anlamda basın suçlarının özelliği basın dışı kitle iletişim araçlarıyla veya diğer bir surette gerçekleşecek aleniyetin bunlar bakımından yeterli olmamasıdır¹⁵¹. Sözür, dar anlamda basın suçlarını Basın Kanunu’nda öngörülen yayın yasakları olarak ifade etmektedir¹⁵².

Hukukumuzda dar anlamda basın suçları 5680 sayılı kanunda olduğu gibi 5187 sayılı BsK’nın önceki şeklinde de yalnızca üç maddede düzenlenmişti. 5187 sayılı BsK’nın 19, 20 ve 21. maddelerinde düzenlenen dar anlamda basın suçları bazı değişiklikler söz konusu olsa da esasında 5680 sayılı kanunun 30¹⁵³, 32 ve 33. maddelerinde düzenlenen dar anlamda basın suçlarının yeni kanundaki karşılıkları niteliğindedir¹⁵⁴. Bununla birlikte 6352 sy. kanunla BsK m. 19’un yürürlükten kaldırılmasıyla hukukumuzda dar anlamda basın suçu olarak yürürlükte yalnızca BsK’nın 20 ve 21. maddeleri kalmıştır.

¹⁴⁷ **A.g.e.** , s. 256

¹⁴⁸ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 527

¹⁴⁹ **A.g.e.**

¹⁵⁰ Adem Sözür, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, Alfa, İstanbul, 1996, s. 7

¹⁵¹ İçel/Ünver, **a.g.e.** , s. 255

¹⁵² Sözür, **a.g.e.** , s. 8

¹⁵³ Yargıtay 7. CD 9.2.1982 T. 408 E. 374 K. sayılı kararında 5680 sayılı mülga Basın Kanunu’nun 30. maddesinde düzenlenen (5187 sayılı Basın Kanunu’nun 19. maddesinde düzenlenen “yargıyı etkileme” suçunun karşılığı) suçu dar anlamda basın suçu değil basın düzenine karşı suç saymıştır. YKD, Ekim, 1982, S. 10, s. 1482’den akt. İçel/Ünver, **a.g.e.** , s. 269

¹⁵⁴ Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.** , s. 125; İçel/Ünver, **a.g.e.** , s. 269

Bıyıklı'nın¹⁵⁵, “*basına vurulmuş dizgin*” olarak nitelendirdiği dar anlamda basın suçlarıyla ya belli konularda haber verilmesi tümüyle yasaklanmakta veya haberin içeriği ve veriliş biçimine sınırlamalar getirilmektedir. Yazara göre hukukumuzda yalnız Basın Kanunu'nda değil, TCK ve Terörle Mücadele Kanunu gibi diğer kanunlarda da dar anlamda basın suçu olarak nitelendirilmesi gereken suçlar vardır. Özel hayatın gizliliğini ihlal ve çalışmamız kapsamında ele alacağımız ve yazarın “*yargı faaliyetine ilişkin haber suçları*” olarak nitelendirdiği bazı suçların dar anlamda basın suçu olarak mı yoksa genel anlamda basın yoluyla işlenen suç olarak mı düzenlenmesi gerektiği tartışmalıdır. Bu bağlamda yazar “*basına özgü suç olmaz*” ilkesinin benimsenmesi ve Basın Kanunu'nun olabildiğince basın düzenine karşı suçlar dışındaki suçlardan arındırılmasının doğru bir yasama ve suç siyaseti olacağı görüşündedir. Gerçekten doktrinde Özek, dar anlamda basın suçlarının ve bu suçlarla genel suçlar arasındaki ayrımın gittikçe azaldığından söz etmiştir¹⁵⁶. Demirbaş da; zorunluluk olmadıkça, dar anlamda basın suçu oluşturulmamasının basın özgürlüğünün koşullarından biri olarak görüldüğünü ifade etmiştir¹⁵⁷. Sözüer'e göre de; dar anlamda basın suçlarının çokluğu özgürlükçü basın rejimiyle bağdaşmadığından ilke olarak bu tür suçların düzenlenmemesi gerekir¹⁵⁸. Biz de bu görüşlere katılıyoruz.

(b) Basın Yoluyla İşlenen Suçlar

Aslında herhangi bir kitle iletişim aracıyla veya diğer bir araçla işlenebilen suçların “*basılmış eserler yoluyla*” bir başka deyişle “*basının araç olarak kullanılması*”¹⁵⁹ suretiyle işlenmesi halinde bu suçlara “*geniş anlamda basın suçları*” veya “*basın yoluyla işlenen suçlar*” denilmektedir. Şüphesiz burada kastedilen basılmış eserin düşünsel içeriği bakımından araç olarak kullanılmasıdır, yoksa basılmış eserin örneğin bir kitabın cismen birinin kafasına vurmak suretiyle kasten yaralama suçunun aracı olması bu kapsamda değildir¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Hasan Bıyıklı, “Basın Kanununda Tanımlanan Suçların Yeniden Düzenlenmesi Sorunu ve Özel Yaşamın Açıklanması Suçları”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, c. 3 (Özel Hukuk, Basın Hukuku), s. 450

¹⁵⁶ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 526

¹⁵⁷ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 362

¹⁵⁸ Sözüer, **a.g.e.**, s. 8

¹⁵⁹ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 526

¹⁶⁰ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 255

Başka herhangi bir şekilde işlenebilen genel suçların çoğu basılmış eserler yoluyla da işlenebilmektedir. 5237 sayılı TCK'nın "*Tanımlar*" kenar başlıklı maddesinde "*basın ve yayın yolu ile*" deyiminden; "*her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*"ın (TCK m. 6/1-g) anlaşılması gerektiği söylenmiştir. TCK'da düzenlenen birçok suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi bir ağırlatıcı sebep olarak öngörülmüştür¹⁶¹. Bununla birlikte kural olarak bu suçların basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde BsK'nın 11. maddesinde öngörülen özel sorumluluk sistemi uygulanacak, ancak bunlar basın dışındaki diğer kitle iletişim araçlarıyla işlendiğinde sorumluluk TCK'nın genel hükümlerine göre belirlenecektir.

TCK'da yer alan "*Haberleşmenin gizliliğini ihlal (m. 132)*", "*Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması (m. 133)*", "*Özel hayatın gizliliğini ihlal (m. 134)*", "*Nitelikli dolandırıcılık (m. 158/1-g)*", "*Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (m. 213)*", "*Suç işlemeye tahrik (m. 214)*", "*Suçlu ve suçluyu övme (m. 215)*", "*Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (m. 216)*", "*Kanunlara uymamaya tahrik (m. 217)*", "*Suç örgütünün veya amacının propagandasını yapmak (m. 220/8)*", "*Müstehcenlik (m. 226/2)*", "*İftira (m. 267)*", "*Halkı askerlikten soğutma (m. 318)*" suçlarında açıkça suçun "*basın ve yayın yoluyla*" işlenmesi unsur veya ağırlatıcı neden olarak sayılmış ve suçun "*basın ve yayın yoluyla*" işlenmesinin ağırlatıcı neden olarak düzenlendiği suçlarda cezanın genellikle yarı oranında artırılması öngörülmüştür.

Ancak TCK'da yer alan bu hükümlerin yanında, bunların hemen hemen iki misli kadar suç tipinin daha kitle iletişim özgürlüğüyle ilgili olduğu söylenmiştir¹⁶². İçel/Ünver'e göre özellikle aleniyeti ve yayımı (yayımları) unsur veya ağırlatıcı sebep olarak kabul eden suçlardan başka teşvik, tahrik, propaganda, övme, telkin ve ifşa hareketleri ile işlenen tüm suçlar basın yoluyla da işlenebilir¹⁶³.

¹⁶¹ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 526; Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.** , s. 127

¹⁶² Salihpaşaoğlu, **a.g.e.** , s. 173

¹⁶³ İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 262

(2) Basın Düzenine Karşı Suçlar

Basın düzenine karşı suçlar basın faaliyetinin yürütülmesi yönünden kanunla konulmuş koşullara ve yükümlülüklerle aykırılıkları yaptırımına bağlayan, basının yayın öncesi veya yayın sonrası idari düzeninin sağlanmasını amaçlayan suçlardır¹⁶⁴. Basın düzenine karşı suçların basılmış eserin düşünsel içeriğiyle bir ilgisi yoktur¹⁶⁵. Bu suçlar çoğunlukla yayına bağlı olmadan gerçekleşmekle birlikte, özellikle basının yayın sonrası düzenine karşı suçlar bakımından basılmış eserin varlığı önşart olabildiği gibi yayın da suçun netice unsurunu oluşturabilir¹⁶⁶. Basın düzenine karşı suçlar bakımından aşağıda ele alacağımız özel sorumluluk sistemi kabul edilmemekte, genel sorumluluk kuralları uygulanmaktadır.

c) Basılmış Eserin Düşünsel İçeriğine İlişkin Suçlardan Sorumluluk Sistemleri

(1) Genel Kurallara Göre Sorumluluk Sistemi

Basın özgürlüğünün kötüye kullanılmasını ve bu yolla başkalarının hak ve özgürlüklerine zarar verilmesini önlemek açısından basın suçlarından sorumluluk konusunda karşılaştırmalı hukukta değişik sistemler öngörülmüştür. Bu gibi değişik sistemlerin kabul edilmediği durumlarda genel kurallara göre sorumluluk¹⁶⁷ veya kısaca genel sorumluluk sistemi¹⁶⁸ olarak adlandırılan sistem geçerli olacaktır. Bu sistemde basın suçlarından sorumlu olanlar saptanırken her suçta olduğu gibi suçun genel unsurlarından ve iştirak kurallarından yararlanılır¹⁶⁹. Bu sorumluluk sistemi bakımından suçlu eser sahibi olup, eser sahibi anonim nitelikteki bir yayın gibi herhangi bir sebeple kovuşturulmadığında kanunda suçtan sorumlu tutulacak herhangi bir kişi örneğin sorumlu müdür tespit edilmemiştir¹⁷⁰. Sözüer'e göre¹⁷¹ bu sistemde; “...anonim nitelikte eserlerin yayınlanmasında iştirakinin olmadığını ispat eden yazı işleri müdürü veya yayıncının ceza sorumluluğundan söz edilemez.”

¹⁶⁴ A.g.e. , s. 256

¹⁶⁵ Çankaya/ Batur Yamaner, a.g.e. , s. 124

¹⁶⁶ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 527-528

¹⁶⁷ Sözüer, a.g.e. , s. 41; İçel/ Ünver, a.g.e. , s. 262

¹⁶⁸ Çetin Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti. , İstanbul, 1972, s. 55

¹⁶⁹ İçel/ Ünver, a.g.e. , s. 262

¹⁷⁰ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 55

¹⁷¹ Sözüer, a.g.e. , s. 41

Yazarın bu ifadesine katılmıyoruz. Çünkü bu ifade biçimi sanki kusursuz sorumluluğun esas olduğu ve sorumluluktan kurtulmak için ispat yükünün de yer değiştirmiş olduğu gibi bir izlenim yaratmaktadır. Oysaki genel kurallara göre sorumluluk sisteminde iştirak iradesinin varlığını ispat etmesi gereken şüphesiz ki iddia makamıdır. Bu yüzden neticeye yönelik iradesi, iştirak iradesi bulunmayanların bu sistem bakımından sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁷². Bu sistem, yazı işleri müdürünün yazının içeriğinden haberi olmadığını beyan ederek sorumluluktan kurtulabilmesine olanak sağladığı için özellikle anonim nitelikteki yayımlar bakımından birçok basın suçunun cezasız kalmasına yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁷³.

(2) Özel Sorumluluk Sistemleri

(a) Kanuni Sorumluluk Sistemi

Genel sorumluluk sistemine yöneltilen bu gibi eleştiriler bağlamında basın suçlarının diğer suçlardan ayrı bir sorumluluk rejimine bağlanması düşüncesinin ürünü olarak¹⁷⁴ basın suçlarıyla ilgili çeşitli özel sorumluluk sistemlerine rastlamaktayız. Bunlardan ilki adeta otomatik bir sorumluluğun söz konusu olduğu, kanun tarafından sorumlu gösterilen kimsenin sorumluluğunun bir varsayıma dayandığı ve bu kişinin yayımla hiçbir ilgisi bulunmasa, bu kişi fiilen yayını önleyebilecek güce sahip olmasa ve hatta eser sahibi kovuşturulabilse bile bu kişinin de eser sahibiyile birlikte sorumlu tutulduğu bir sistemdir¹⁷⁵. Genel kurallara göre sorumluluk sisteminin tamamen zıttı olarak başkasının fiilinden kusursuz sorumluluk öngören ve böylece “*kusursuz suç olmaz, kusursuz ceza olmaz*” ilkesini bertaraf eden bu sistem çağdaş ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmadığı için eleştirilmiştir¹⁷⁶.

Bu bağlamda örneğin İngiliz, İskoç ve Galler hukuklarında 1981 tarihli Contempt of Court Act isimli kanuna göre aktif bir yargılama süresince her türlü kitle iletişim araçları yoluyla işlenen mahkemeye saygısızlık suçlarıyla ilgili olarak yazar, gazeteci, yayıncı ve dağıtıcı bakımından kusursuz sorumluluk öngörülmüş

¹⁷² Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 55

¹⁷³ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 262-263; Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 55

¹⁷⁴ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 263

¹⁷⁵ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 55

¹⁷⁶ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 56; İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 264

olup, adaletin doğru işleyişine zarar vermek kastının ispatı aranmaz¹⁷⁷. Şu kadar ki yayıncı yargılamanın başladığını bilmiyorsa ve bundan şüphelenmesi için de hiçbir sebep bulunmuyorsa, ayrıca dağıtıcı da yayının mahkemeye saygısızlık suçunu oluşturabileceğini bilmiyorsa sorumluluktan kurtulabilir¹⁷⁸. Alınması gerekli bütün önlemleri aldıklarını ispat etmeleri sorumluluktan kurtulmaları için yeterlidir¹⁷⁹. Görüldüğü gibi bu sistemin kusursuz sorumluluk öngörmekle birlikte, bunu oldukça yumuşatmış bir sistem olduğu söylenebilir.

(b) Basamaklı Sorumluluk Sistemi

Basın suçlarından sorumluluk bağlamında diğer bir sistem kademeli¹⁸⁰, basamaklı¹⁸¹ veya birbirini izleyen (tabaka tabaka) sorumluluk¹⁸² olarak adlandırılan sistemdir. Belçika hukukunda hem hukuki hem de cezai sorumluluk bakımından kabul edilen bu sistem “*la responsabilité en cascade*” olarak ifade edilmektedir¹⁸³. Gerçekten İngilizce’de de “*waterfall*”¹⁸⁴ olarak ifade edilen bu sistem “*şelale/çağlayan*” sorumluluk sistemi olarak Türkçe’ye çevrilebilir. Ceza hukukunun iştirake ilişkin genel ilkelerinin açık bir istisnasını teşkil eden bu sistem Belçika hukukunda Anayasa’nın 25. maddesinin 2. fıkrasında, yani anayasal düzeyde düzenlenmiştir¹⁸⁵. Basamaklı sorumluluk sisteminde ilke olarak tek bir kişi sorumlu tutulup, birlikte sorumluluk söz konusu değildir¹⁸⁶. Bu sistemde birinci basamakta genel olarak eser sahibi sorumlu olmaktadır¹⁸⁷. Örneğin Belçika hukukunda ilk basamakta sorumlu tutulan kişi eser sahibi olup, o sorumlu tutulmadığında bir sonraki basamaktaki yayıncı, o da sorumlu tutulmadığında, ondan sonraki

¹⁷⁷ Ursula Smartt, *Media Law For Journalists*, Sage Publications, London, 2006, s. 124-125; Peter Carey, **Media Law**, London, Sweet&Maxwell, 1996, s. 82; Kitle iletişim araçları yoluyla işlenen mahkemeye saygısızlık suçlarından sorumluluk sistemi “*strict liability contempt*” olarak adlandırılmaktadır.

¹⁷⁸ Joëlle Godard, “Contempt of court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice”, **Rev. Sc. Crim.**, S. 2, Nisan-Haziran, 2000, s. 371-372

¹⁷⁹ **A.g.m.**, s. 372

¹⁸⁰ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 57

¹⁸¹ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 264

¹⁸² Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 160-161

¹⁸³ Stéphane Hoebeke/ Bernard Mouffe, **Le Droit de la Press**, Bruylant Academia, Belçika, 2005, s. 639-640

¹⁸⁴ Sözüer, **a.g.e.**, s. 43

¹⁸⁵ Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.**, s. 639

¹⁸⁶ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 57

¹⁸⁷ Sözüer, **a.g.e.**, s. 43

basamaktaki basımcı ve en son basamakta da dağıtıcı sırayla ve ikincil olarak sorumlu tutulmaktadır¹⁸⁸.

Fransız hukukunda 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Kanunu'nun¹⁸⁹ 42. maddesinde düzenlenen ve Belçika hukukundaki gibi "*responsabilité en cascade*"¹⁹⁰ adıyla anılan basamaklı sorumluluk sistemiyse, aslında birinci basamakta öngördüğü sorumluluk bakımından kanuni sorumluluk sisteminden farksızdır¹⁹¹. Gerçekten bu sistemde birinci basamakta yayın yönetmeni veya yayımcı, ikinci basamakta eser sahibi, üçüncü basamakta basımcı, dördüncü basamakta satıcı, dağıtıcı ve ilan eden kişilerin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Görüldüğü gibi Fransız hukukunda ilk basamakta suçun asli faili olarak sorumlu olacak kişiler; şahsi ve kasta dayanan sorumlulukları söz konusu olmayan, kendi asları veya iş arkadaşları olan ve yetkileri altındaki kişilerin işledikleri suçlarla ilgili olarak sorumlu tutulan yayın yönetmeni veya yayımcı gibi kişilerdir¹⁹². Bunun yanında FBsK'nın 43. maddesi birinci basamağa göre asli maddi fail olarak sorumlu olan kişilerle birlikte eser sahibinin de iştirakten sorumluluğunu öngörmek suretiyle kanuni ve zorunlu bir iştirak sistemi kabul etmiştir¹⁹³. Dahası aynı maddeye göre; Fransız hukukunda öngörülen özel sorumluluk sistemi, asli failin belirlenmesi amacına yönelik olup, ayrıca iştirake ilişkin genel hükümlerin uygulanmasını engellemez¹⁹⁴. Şu kadar ki Fransız kanun koyucusu sansüre mahal vermemek amacıyla, basımcı hakkında kural olarak iştirake ilişkin genel hükümlerin uygulanmamasını öngörmüştür¹⁹⁵. Fransız hukukunda basamaklı sorumluluk sistemi kanunun başka hüküm koyduğu haller dışında, yalnızca FBsK'da düzenlenen basın suçlarıyla ilgili olarak kabul edilmiştir¹⁹⁶. Bu sistem yalnızca kanunda açıkça sayılan kişilerle sınırlı olup, ceza sorumluluğu ile ilgili olduğundan dar yorumlanmalıdır¹⁹⁷.

¹⁸⁸ Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.** , s. 639

¹⁸⁹ Söz konusu kanun metni için bkz.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722&dateTexte=20080312> ET: 16.01.2012

¹⁹⁰ Debbasch/ Isar/ Agostinelli, **a.g.e.** , s. 590; Philippe Bilger, **Le Droit De La Press**, PUF, 2003, Paris, s. 34

¹⁹¹ Sözüer, **a.g.e.** , s. 43 ve 49-50

¹⁹² Derieux, **a.g.e.** , s. 447-448

¹⁹³ Debbasch/ Isar/ Agostinelli, **a.g.e.** , s. 591-592; Sözüer, **a.g.e.** , s. 50

¹⁹⁴ Derieux, **a.g.e.** s. 447

¹⁹⁵ **A.g.e.** s. 450

¹⁹⁶ Debbasch/ Isar/ Agostinelli, **a.g.e.** , s. 92

¹⁹⁷ Derieux, **a.g.e.** s. 447-448

Basın suçundan asıl sorumlu kişiyi cezalandırma amacı¹⁹⁸, yazı işlerinin sansür ihtimalini düşürmek suretiyle düşüncelerin daha özgürce açıklanabilmesi olanağı yaratması ve basın suçunun cezasız kalması tehlikesini de ortadan kaldırması¹⁹⁹ basamaklı sorumluluk sisteminin olumlu yanları olarak gösterilmektedir. Ancak bu sistemde de eser sahibi dışındaki kanunen sorumlu kişilerin kendilerinin kusursuz olduklarını ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasına olanak yoktur²⁰⁰. Bu yönden kanuni sorumluluk sisteminin yumuşatılmışı olan bu sistem de “*kusursuz suç olmaz, kusursuz ceza olmaz*” ilkesine aykırı sonuçlara yol açtığından eleştirilmiştir²⁰¹.

(c) Taksirden Doğan Sorumluluk Sistemi

Basın suçlarından sorumlulukta diğer bir sistem ihmalden²⁰² veya taksirden²⁰³ doğan sorumluluk sistemi olarak adlandırılan sistemdir. Bu sistemin esası “*mesleki taksir*”e dayanmaktadır²⁰⁴. Bu sistem basılmış eserin yayın politikasında, yayın işleminde söz sahibi olan bazı kişilere yasaların bir takım yükümlülükler yüklediği noktasından hareket eder. Bu yükümlülükler aynı zamanda o kişilerin haklarının bir karşılığıdır. Bu bağlamda “*basılmış eseri suç unsurlarından arındırma yükümlülüğü*”nün bir gereği olarak kanunen sorumlu olan kişiler; basılmış eserin suç unsurlarını içermemesi için ellerinden gelen tüm dikkat ve özeni göstermek zorundadırlar. Sistemin bir diğer sonucu kanunen sorumlu kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiğini, basın suçunun işlenmesinde herhangi bir ihmali bulunmadığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulabilmesidir. Bu sistemde eser sahibinin sorumluluğu genel kurallara göre kastından, kanunen sorumlu olanların ise taksirlerinden dolayı olduğundan kanunen sorumlu olanlar esas suçun cezasından daha hafif bir ceza ile cezalandırılmaktadır²⁰⁵.

¹⁹⁸ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 264

¹⁹⁹ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 57

²⁰⁰ **A.g.e.**

²⁰¹ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 264

²⁰² Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 56; Sulhi Dönmezer, **Basın ve Hukuku**, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti, İstanbul, 1976, s. 378-379

²⁰³ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 264

²⁰⁴ **A.g.e.**

²⁰⁵ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 57; İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 265

(d) Karma Sorumluluk Sistemleri

Bu bağlamda ayrıca genel sorumluluk-kanuni sorumluluk ve genel sorumluluk-taksir sorumluluğu karması sistemler²⁰⁶ ile yayını kolektif bir faaliyet, basın suçunu da kolektif bir suç olarak görmesi ve iştirak sorumluluğunun mümkün olması gibi sebeplerle benzeri olan basamaklı sorumluluk sisteminden ayrılan değişken sorumluluk sistemi gibi²⁰⁷ başka sistemlerden de söz edilmiştir.

(2) Basın Kanunu'nda Öngörülen Özel Sorumluluk Sistemi

5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesinde hem süreli hem de süresiz yayınlara ilgili cezai sorumluluk sistemi düzenlenmiştir²⁰⁸. 5187 sayılı kanun Belçika hukukundaki gibi basamaklı sorumluluk sistemini kabul etmiştir. Ancak bu düzenlemenin Belçika hukukundaki gibi Anayasal düzeyde yapılmaması ve üstelik 5187 sayılı kanundan sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'ya anayasal kanun niteliği verilmeye çalışılması ve bu yönden özellikle yürürlüğü defalarca ertelendikten sonra 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren TCK'nın 5. maddesinin basılmış eserler yoluyla işlenen suçlardan sorumluluğa etkisi aşağıda ayrıca tartışılacaktır. BsK m. 11/2'ye göre ilk basamaktaki sorumluluk bakımından gerek süreli yayınlara, gerekse de süresiz yayınlara yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. 5187 sayılı Basın Kanunu, 5680 sayılı kanunun 16. maddesinde kabul edilen sorumluluk sisteminden farklı olarak eser sahibi ile birlikte sorumlu müdürün sorumluluğunu, bir başka deyişle kanuni sorumluluk sistemini kabul etmemiştir. Bu yönden ilk basamaktaki sorumluluk bakımından 5187 sayılı kanun ceza sorumluluğunun şahsiliği, üçüncü kişinin eyleminden sorumluluk olmaması gibi ceza hukukunun genel ilkelerinden ayrılmamıştır²⁰⁹.

²⁰⁶ İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 265

²⁰⁷ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 58

²⁰⁸ Bizim de katıldığımız görüşe göre bu sorumluluk sisteminin, söz konusu maddenin gerekçesindeki açıklık karşısında mülga 5680 sy. BsK'nın 16. maddesi zamanında yapılan yorumlardan farklı olarak yalnızca basılmış eserler yoluyla işlenen suçlar bakımından değil, dar anlamda basın suçları bakımından da uygulanacağı açıktır. Bu görüş için bkz. Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.** , s. 128-129; Demirbaş ise halen özel sorumluluk sisteminin dar anlamda basın suçları bakımından uygulanamayacağı görüşünü savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 363-364

²⁰⁹ İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 270

Basın Kanunu'nun 2. maddesinin 1 bendinde eser sahibi; süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazan, çeviren veya resmi ya da karikatürü yapan olarak tanımlanmıştır. Bu tanım karşısında yazı ya da habere kaynak oluşturan haber, beyan, belge, görüş ve bilgileri veren veya getiren kişilerin bu maddeye göre eser sahibi gibi cezalandırılmaları söz konusu olmayacak ancak TCK'nın iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlulukları söz konusu olabilecektir²¹⁰. Bu bağlamda BsK'nın 12. maddesine göre; süreli yayın sahibinin, sorumlu müdürün ve eser sahibinin, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamayacağı söylenmelidir. Bununla birlikte haber kaynağı olan kişilerin TCK'nın 38. maddesinin 3. fıkrası anlamında azmettiren olmaları halinde bu kişilerin, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında cezada indirim yapılmasının öngörülmesi karşısında, TCK'nın bu hükmünün haber kaynağını açıklamama hakkını zayıflattığı söylenebilir.

Süreli yayınlarda sonraki basamaklardaki sorumluluk BsK'nın 11. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin gerekçede yer alan basın suçlarında objektif sorumluluğun kaldırıldığı ifadesiyle çeliştiği ve objektif sorumluluk getirdiği söylenmiştir²¹¹. Bu düzenlemeye göre; süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, suçtan sorumlu müdür ve onunla birlikte yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olacaktır. Burada eser sahibinin belli olmaması ile ifade edilen “anonimlik hakkı”dır²¹².

Bu düzenleme, eser sahibinin kimliğini açıklaması bakımından sorumlu müdürü ve onun bağlı bulunduğu yetkiliyi baskı altına alma olanağı verdiği, hatta 5680 sayılı kanundan farklı olarak sorumluluğu sorumlu müdürün yanında onun bağlı bulunduğu yetkiliye de genişleterek baskıyı daha artırdığı ve böylece anonimlik

²¹⁰ Salihpaşaoğlu, **a.g.e.** , s. 163; Çetin, **a.g.e.** , s. 50-51

²¹¹ Duygun Yarsuvat, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı II” , **Güncel Hukuk**, 2004, S. 6, s. 40-41; Kayıhan İçel “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı II” , **Güncel Hukuk**, 2004, S. 6, s. 41; Uğur Alacakaptan, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı II” , **Güncel Hukuk**, 2004, S. 6, s. 41

²¹² İçel/Ünver, **a.g.e.** , s. 271

hakkının sağladığı güvenceyi zayıflattığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir²¹³. Diğer yandan bazı yazarlara göre; anonimlik hakkı sadece kamuya yani okuyuculara karşı kullanılabilir bir hak olup, sorumlu müdürün resmi makamlara suç teşkil eden bir yayımla ilgili olarak eser sahibini açıklaması yükümlülüğü bulunduğu kabulü gerekir²¹⁴. Yazarlara göre bu yükümlülüğün ihlali niteliğine göre TCK'da yer alan suç üstlenme (TCK m. 270), suçluyu kayırma (TCK m. 283), suç delillerini bildirmeme (TCK m. 284/2) gibi suçları oluşturabilir²¹⁵. Bize göre anonimlik hakkının özüne dokunacak böyle bir yorum isabetsizdir. Gerçekten anonimlik hakkına sahip olan gazetecilerin adliyeye karşı herhangi bir garantörlük yükümlülüğü olmadığı söylenmiştir²¹⁶. Kaldı ki bir yayının suç teşkil ettiğini takdir yetkisinin adli makamlara ait olduğu ortadayken, aksi bir kabulün bu güvenceyi büsbütün işlevsiz hale getirebileceği ortadadır²¹⁷. Bu bağlamda sorumlu müdüre ve sorumlu müdürün bağlı bulunduğu yetkiliye sorumluluktan kurtulma imkanı sağlayan BsK m. 11/3'ün son cümlesi önemlidir. Bu düzenlemeye göre, suç konusu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana ait olacaktır. İçel/Ünver'e göre sorumluluğu subjektif sorumluluk temeline kaydıran bu hüküm belirtilen sakıncayı bir ölçüde hafifletmiş olsa da bu olasılık dışında kalan haller bakımından yeterli değildir²¹⁸. Bize göre bu düzenlemede “*sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması*” şeklinde bir ifadeyle “veya” yerine “ve” bağlacı kullanılması da yanlıştır. Bu ifade biçimiyle, sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin birlikte karşı çıkmamalarının aranması, ikisi birden karşı çıkmadığı takdirde ikisinin birden sorumlu olması sonucunu doğuracağından, ayrıca bu kişilerin de kendi aralarında baskı kurma olasılığını artırabilir. Bu bağlamda İçel/Ünver'e göre, BsK m. 11/3'ün son cümlesi hükmünün ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine daha uygun düşecek şekilde yazı işlerini fiilen yöneten kimse olan genel yayın müdürüne karşı çıkılmasına rağmen yayının

²¹³ **A.g.e.**

²¹⁴ İzzet Özgenç/Adem Sözüer, “Basın Hürriyeti Kavramı, Basın Yoluyla İşlenen Suçlarda Sorumluluk Rejimi ile Cevap ve Düzeltme Hakkı Üzerine Düşünceler”, **YTD**, 1996, S. 11, s. 276

²¹⁵ **A.g.m.**

²¹⁶ **Commentaire du droit pénal suisse, code pénal suisse, partie spéciale; Volume 9: crimes ou délits contre l'administration de la justice, articles 303-311**, édité par Martin Schubarth; commenté par Ursula Cassani, Bern, Stämpfli, 1996, s. 45

²¹⁷ Aynı yönde bkz. Sulhi Dönmezer, **Basın hukuku: Genel prensipler, Basın hürriyeti**, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti. , İstanbul, 1964, c. 1, s. 151-152

²¹⁸ İçel/Ünver, **a.g.e.** , s. 271

yapılması halinde de uygulanabilmesi gereklidir²¹⁹. Genel yayın müdürünün sorumlu müdürün bağlı bulunduğu yetkililerden biri olabileceği düşünüldüğünde, yazarların, bizim eleştirdiğimiz soruna da bu yönden bir çözüm önerdiği söylenebilir.

BsK m. 11/3 düzenlemesinde ikinci basamaktaki sorumluluk bakımından sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı bulunduğu yetkilinin sorumlulukları, yayını suç unsurların arındırma görevleri bağlamında dikkat ve özen, denetim ve veto olarak ifade edilebilecek hak ve yükümlülüklerinden doğmaktadır²²⁰. 5187 sayılı kanuna göre bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin sorumluluğu aslında taksire dayansa da, bu kişiler suçu kasten işlemiş gibi cezalandırılacaktır, bu yönden bunların taksirlerine göre daha az bir cezayla cezalandırıldıkları bir sistem önerilmektedir²²¹.

Bir görüşe göre, BsK'nın 11. maddesinde öngörülen sorumluluk sistemi ile bu kanunda düzenlenen dar anlamda basın suçlarının kaleme alınış tarzı, sorumluluk bakımından karışıklıklara ve yanlış yorumlara sebep olmaktadır. Bu görüşe göre; “*Cinsel saldırı, cinayet ve intihara özendirme*” kenar başlıklı 20. maddedeki “*yayımlayanlar*” ve “*Kimliğin Açıklanmaması*” kenar başlıklı 21. maddedeki “*yayın yapanlar*” ibareleri bu suçların faillerinin kim olacağı noktasında karışıklara yol açmakta ve bu yüzden kanunun sorumluluğu eskisinden daha fazla yaygınlaştırmak istediği gibi gerekçelerle sorumlu müdür, sorumlu müdürün bağlı bulunduğu yetkili ve yayın sahibi gibi kişilere de eser sahibiyle birlikte dava açılmaktadır. Bu yüzden maddelerin “*yayın yapılması halinde*” ibaresi kullanılmak suretiyle yeniden kaleme alınarak düzeltilmesi önerilmektedir²²².

²¹⁹ A.g.e. , s. 275

²²⁰ İçel/ Ünver, a.g.e. , s. 274-275

²²¹ A.g.e. , s. 274-276

²²² 6352 sy. kanunla yürürlükten kaldırılan “*Yargıyı etkileme*” suçuna ilişkin BsK m. 19'daki “*yayımlayan kimse*”, “*yayımlayan kişiler*” ibareleri de bu kapsamda sayılmıştır. Akın Atalay, “Basın Kanunu ve Uygulama Sorunları”, GSÜ Dönmezer-Erman-Kunter Ceza Bilimleri, Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, **Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I**, Beta, İstanbul, 2007, s. 73-74

(3) TCK'nın 5. Maddesi Karşısında Basın Suçlarından Sorumluluk ile İlgili Sorunlar

(a) Genel Olarak

Bu başlık altında yürürlüğe girişi 31.12.2008 tarihine kadar ertelendikten sonra²²³ yürürlüğe giren, 5237 sayılı TCK'nın 5. maddesi hükmünün basın suçları bakımından yarattığı ve yaratabileceği bazı tartışmaları, sorunları ve sonuçları ele almak istiyoruz. TCK'nın söz konusu 5. maddesi “Özel kanunlarla ilişki” başlığını taşımakta olup; TCK'nın genel hükümlerinin, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanmasını öngörmüştür. Burada yürürlüğe giriş tarihleri bakımından 5187 sy. BsK'nın ilgili hükümleri önceki tarihli özel kanun; 5237 sy. TCK'nın 5. maddesi ise sonraki tarihli genel kanun niteliğindedir. TCK'nın söz konusu 5. maddesi ile, sonraki genel kanun kural olarak önceki özel kanunu örtülü olarak yürürlükten kaldırmaz kuralına, bir istisna getirildiği söylenmiştir²²⁴. Ancak bu hüküm doktrinde birçok eleştiriye uğramıştır²²⁵. Alacakaptan'a göre²²⁶; “Bu hüküm bir temenni hükmüdür. Bağlayıcılığı yoktur. Hukukumuzda temel kanuna aykırılık itirazı düzenlenmiş değildir. Düzenlenmesi için bir düşünsel tartışma bugüne kadar yapılmamıştır. Eğer Anayasa'ya, olağan kanunlar karşısında bağlayıcılığı üstünlüğü olabilecek anayasal kanun (legge costituzionale) platformu eklenmezse, söz konusu temenni hükümlerinden bir yarar beklemeye kalkışmak anlamsız tartışmaktan başka bir şey olmaz. Çünkü ceza kanununun bağlayıcılık prensibinin bir değer taşıyabilmesi için mutlak olması zorunludur. Esnek bir bağlayıcılık, yürürlükteki geleneksel yaklaşım ve uygulamaların devamına boyun eğmekten fazla bir anlam taşımaz.” Yazarın bu eleştirilerine katıldığımız için, TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğe girmesiyle Basın Kanunu'ndaki özel

²²³ 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesine göre; “(Ek: 5349 - 11.5.2005 / m.6) (1) Diğer kanunların, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemelere aykırı hükümleri, ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıncaya ve en geç (Değişik ibare: 5560 - 6.12.2006 / m.15) "31 Aralık 2008" tarihine kadar uygulanır.”

²²⁴ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 150

²²⁵ Duygun Yarsuvat, “Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri”, **Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, TCHD Yayınları: 10, Ufuk Reklamcılık Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti. , İstanbul, Nisan 2008, s. 22-23; Süheyl Donay, **Türk Ceza Kanunu Şerhi**, İstanbul, Beta, 2007, s. 8-9

²²⁶ Uğur Alacakaptan, “Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar ya da Öteki Ceza Hukuku”, **3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 20

düzenlemelerin ve özel sorumluluk rejiminin uygulama olanağını yitirdiğini söyleyerek, tartışmayı noktalamak mümkün görünmemektedir. Zira örtülü bir yürürlükten kaldırmanın varlığı için kanun koyucunun iradesini tam olarak ortaya çıkarmak gerekir²²⁷. Ne var ki, TCK'nın 5. maddesinin amacıyla bir başka deyişle TCK'nın genel hükümleriyle çelişen²²⁸ kanuni düzenlemeler, bu maddenin yürürlük tarihinden sonra da yapıldığı için bu iradenin tam olarak ortaya çıkarılabilmesi mümkün değildir. Bu yüzden aşağıda TCK'nın ilk 75 maddesi hükümlerinden özellikle bazılarını özel kanun niteliğindeki Basın Kanunu'nun ilgili düzenlemeleriyle birlikte değerlendirmeye çalışacağız.

(b) İştirak Hükümlerinin Uygulanması Bakımından

Bu bağlamda öncelikle TCK'nın 5. maddesiyle ilgili tartışmalardan bile bağımsız olarak, basın suçlarında öngörülen özel sorumluluk sisteminin iştirak hükümlerinin uygulanmasını engelleyip engellemediği tartışmalarına değinmek gereklidir. Bir görüşe göre basın suçlarında özel sorumluluk sisteminin öngörülmesi, iştirake ilişkin genel ceza hukuku ilkelerinin uygulanmasını engellemektedir. Zira aksi bir kabul basın suçları kolektif nitelikte suçlar olduklarından basın faaliyetine katılan herkesi bu suçlardan dolayı cezalandırılma tehdidi karşısında bırakır ve bu durum adil sonuçlara yol açmayacağı gibi, kitle iletişim özgürlüğünü de tehlikeye düşürebilir²²⁹. Yine özel sorumluluk sisteminin basın suçlarından iştirake ilişkin genel ceza hukuku ilkelerinin uygulanmasını engellediği görüşündeki yazarlara göre iştirak hükümlerinin basın suçlarına uygulanması, bu suçların niteliği itibariyle güç olduğundan, özel sorumluluk sistemi özel bir iştirak şekli olarak ortaya çıkmıştır²³⁰. Buna karşılık diğer görüşteki yazarlara göre, basın suçlarının kolektif bir faaliyetin sonucu oldukları doğru olmakla birlikte bu faaliyet nedeniyle şeriklerin tespit edilemediği veya eser sahibinin cezalandırılmadığı durumlarda iştirak iradesinin hiç bulunmaması nedeniyle suçun cezasız kalması mümkündür. İşte özel sorumluluk sistemleri bu gibi durumlarda suçun cezasız kalmasını önlemek amacıyla kabul

²²⁷ Kayıhan İçel/ Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap, Beta, İstanbul, 2006, s. 132

²²⁸ Aşağıda ilgili yerde açıklayacağımız ve eleştireceğimiz 6112 sy. kanunla radyo ve televizyon yayınları bakımından getirilen özel sorumluluk rejimi buna örnektir.

²²⁹ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 160

²³⁰ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 21

edilmiş olup, iştirak hükümlerine göre sorumluluğu sınırlandırarak değil, iştirak dışındaki sorumluluğu genişletecek biçimde düzenlenmiştir²³¹.

Belçika hukukunda da yayımcının, basımcının ve dağıtıcının anonim bir eser sahibini gizlediği, bu kişilerin kendi görevleri çerçevesinde hareket etmediği (örneğin basımcının eser sahibiyle birlikte bir yazı kaleme alması, yayımcının yazıya eser sahibinin öngörmediği bir biçim vermesi veya kişisel bir biçim vermek için yazıyı düzeltmesi, yayımcının bir yazıyı kendi düşüncelerini katarak çevirmek suretiyle taklit etmesi, başlıkları ve görüntüleri değiştirmesi veya eklemesi gibi) ya da yayımcının gazeteciyi sıcak ve çarpıcı konulara yönlendirerek bir suç işleyemeye teşvik ettiği çeşitli durumlarda bu kişiler bakımından iştirak hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Bu gibi durumlarda suçun asli faili eser sahibi, yayımcı veya basımcı değildir, yalnızca suç oluşturan metni kaleme alan ve ikincil bir durumda bulunan yazarın oldukça hafifletilmiş bir sorumluluğunun olduğu hesaba katılır ve bunların ortak sorumlulukları söz konusu olur. Gerçekten bu gibi durumlarda yayınlanan düşünceye, yazının kaleme alınmasına doğrudan ve asli olarak ortak olanlar suç ortağı olarak kovuşturulur²³². Fransız hukukunda da basamaklı sorumluluk sistemi bakımından suçun asli failinin basamaklı sorumluluk ile belirlenmesi, bununla birlikte genel iştirak hükümlerinin de ayrıca uygulanması söz konusu konusudur²³³.

Bu görüş bağlamında BsK'daki özel sorumluluk sisteminin genel iştirak hükümlerini devre dışı bırakmak amacıyla değil, basın suçlarından sorumlu bulunmasını sağlamaya yönelik olduğu ve basın suçlarında da TCK'daki genel iştirak hükümlerinin uygulanabileceği söylenmiştir²³⁴. Bu durumda TCK'nın 5. maddesinden bağımsız olarak BsK'nın 11. maddesinde öngörülen özel sorumluluk sisteminin uygulanacağını kabul etsek bile, özel sorumluluk sisteminin uygulanması, BsK m. 11'de cezalandırılmaları öngörülen kişiler dışındaki kişilerin veya bulunduğu basamak itibarıyla cezalandırılması BsK m. 11'e göre somut olayda söz konusu olmayacak kişilerin de iştirak iradelerinin ve şartlarının varlığı halinde TCK'nın genel hükümlerine göre iştiraktan sorumlu tutulmalarına engel değildir.

²³¹ **A.g.e.**

²³² Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.**, s. 648-649

²³³ Derieux, **a.g.e.**, s. 447

²³⁴ Murat Aydın, **TCK'nın Genel Hükümleri Açısından Basın Suçlarında Sorumluluk**, Adalet, Ankara, 2010, s. 161

Basın faaliyetine çok sayıda kişinin katılması sebebiyle basın suçlarının kolektif niteliği söz konusu olmakla birlikte, bu suçların zorunlu olarak birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilmesi gereken örneğin rüşvet veya suç işlemek amacıyla örgüt kurma gibi çok failli suçlardan olmadığı, bu suçlarda da eser sahibinin basım ve yayım işini de gerçekleştirerek suçu tek başına işlemesinin mümkün olabileceği söylenmiştir²³⁵. Bu bağlamda basın suçlarının işlenişine iştirak eden kişilerin fail olarak mı yoksa azmettiren veya yardım eden olarak mı sorumlu tutulacakları suçun işlenişine yaptıkları katkı ve somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.

Basın suçlarının niteliği ve güncel tartışmalar bakımından iştirake ilişkin önemli olabilecek konulardan biri TCK m. 37/2'de düzenlenen dolaylı faillik durumudur. Söz konusu hükme göre suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulacaktır. Basın yoluyla işlenen suçlarda da eser sahibinin yanıltılarak ya da iradesi cebir ve tehdit gibi başka surette yönlendirilerek suç işlenmesi durumunda dolaylı failliğin söz konusu olacağı söylenmiştir²³⁶. Bu bağlamda örneğin bir suç örgütünün, bir baskı grubunun, bir cemaatin, bir sermaye grubunun veya bir gizli servisin eser sahibini dolaylı fail olarak kullanarak ona basın suçu işlettirip işlettirmediğinin araştırılmasını önemli gördüğümüzü ifade etmeliyiz. Zira bu tür yapılanmaların kamuoyunu oluşturan ve demokrasilerde dördüncü kuvvet olan medyayı kendi amaçları doğrultusunda yönlendirmesi demokrasiye çok büyük zarar verebilecektir.

Ayrıca TCK'nın 38. maddesine göre azmettirme hükümleri basın yoluyla işlenen suçlara da uygulanabilir. Bu bakımdan önceden hiçbir suç işleme kararı olmayan ve eser sahibi olarak sorumlu tutulan muhabirin haber müdürü, yazı işleri müdürü, yayın yönetmeni gibi kimseler tarafından belli suçlara azmettirilmiş olup olmadığının araştırılması gerektiği söylenmiştir²³⁷. Bununla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz gibi eser sahibinin, süreli yayın sahibinin veya sorumlu müdürün haber kaynağı tarafından suça azmettirilmesi ihtimali bakımından, azmettirenin kimliğinin ortaya çıkarılmasının sağlanmasını karşılığında bu kişilerin ceza indiriminden

²³⁵ **A.g.e.** , s. 162

²³⁶ **A.g.e.** , s. 164

²³⁷ **A.g.e.** , s. 166

yararlanmasını sonuçlayacak TCK m. 38/3 hükmü karşısında, BsK m. 12’de düzenlenen haber kaynağını açıklamama ve tanıklıktan çekinme hakkının bir ölçüde yara aldığı söylenmelidir.

İştirake ilişkin genel hükümlerin basın yoluyla işlenen suçlar bakımından da uygulanabileceğini kabul ettiğimizde eser sahibine maddi veya manevi yardımda bulunmak suretiyle yardım eden kişilerin de basın yoluyla işlenen suçtan TCK’nın 39. maddesine göre yardım eden olarak sorumlu tutulmaları gerekecektir. TCK’nın 39. maddesinde yardım etme şekilleri; suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek; suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak olarak sıralanmıştır. Yardım etme kapsamında sayılan bu hareketlerin çoğu zaten basın faaliyetinin niteliği itibariyle söz konusu olabilecek hareketlerdir. Gerçekten basın faaliyetinin kolektif niteliği gereği, fotoğraf makinesi, bilgisayar, basım araçları gibi pek çok araç süreli yayın sahibi, yayımcı veya basımcı tarafından zaten sağlanmakta, çeşitli yollarla suç oluşturan yayının icrası kolaylaştırılmakta, yayın yapılması yönünde karar teşvik edilmekte ve yerine göre yazı işleri müdürü, yayın yönetmeni gibi kişiler tarafından yol gösterilmekte ve eser sahibine yardım etme niteliğindeki benzer eylemler de gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan basın yoluyla işlenen suçlarla ilgili olarak, özel sorumluluk sistemine göre eser sahibinin cezalandırılabilirdiği durumlarda bile, iştirak hükümleri uygulanarak ayrıca yardım eden sıfatıyla sorumlular arandığında, bunun kitle iletişim özgürlüğüne zarar vermeyecek, bütün basının potansiyel suçlu gibi görülmesi tehlikesine yol açmayacak şekilde yapılması zorunludur.

(c) Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu Bakımından

Basın suçlarından sorumluluğu, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bakımından da değerlendirmek gereklidir. Şöyle ki BsK m. 11/3’de öngörülen basamaklı sorumluluk sistemine göre; süresiz yayınlarda kademeli olarak yayımcı veya basımcının sorumluluğu söz konusu olabilir. Basın Kanunu’nun 2. maddesinde yayımcı; “*Bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişi*” (BsK m. 2-j); basımcı ise “*Bir eseri basım araçları ile basan veya diğer*

*araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişi” (BsK m. 2-k) olarak tanımlanmıştır. Doktrinde, özellikle TCK’daki bir suçun basın yoluyla işlenmesi halinde suçun karşılığında öngörülen adli para cezasının BsK m. 28’deki hürriyeti bağlayıcı cezaya çevirme yasağı BsK dışındaki suçları kapsamadığı için hapis cezasına çevrildiği veya doğrudan doğruya suçun karşılığında hapis cezasına hükmedildiği durumlarda, tüzel kişi olan yayımcı veya basımcının temsilcisinin hürriyeti bağlayıcı cezayla karşılaşması gibi ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırı bir sonuç ortaya çıkabileceği savunulmuştur²³⁸. Tüzel kişi temsilcisi BsK’da yayın sahibi veya yayımcının tüzel kişi olması halinde bu tüzel kişiliğin yetkili organı tarafından, yöneticiler arasından belirlenen gerçek kişi veya kamu kurum ve kuruluşlarınca belirlenen gerçek kişi (BsK m. 2-1) olarak tanımlanmıştır. BsK’ya göre basımcının tüzel kişi olması mümkün olduğundan bu tanımın basımcı bakımından da geçerli olduğu kabul edilebilir. Bu bakımdan söz konusu görüşe göre tüzel kişinin örneğin bir anonim şirket olması durumunda yayınları suç unsurlarından arındırma imkanına sahip olmayabilecek şirket müdürü, yönetim kurulu başkanı veya yönetim kurulu üyeleri gibi kişilerin cezai olarak sorumlu tutulması gerekecektir²³⁹. Bize göre bu görüş isabetli değildir. Zira yazarın vardığı ve Anayasa’nın ceza sorumluluğunun şahsiliğini öngören m. 38/7 hükmüne tamamen aykırı olacak bu sonuca ne BsK’nın ne de TCK’nın ilgili hükümleri olanak vermektedir. Şöyle ki basılmış eserler yoluyla işlenen ve TCK’da düzenlenen bir suçtan dolayı sorumlu BsK m. 11’e göre basımcı veya yayımcı olarak belirlendiği ve bu da tüzel kişi olduğu takdirde, TCK m. 20/2 hükmüne göre bu tüzel kişi hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya veya adli para cezasına değil ancak TCK’da öngörülen güvenlik tedbirlerine hükmedilebileceği düşünülebilir. Ancak TCK m. 20/2’ye göre bu konuda kanunda açık bir düzenleme yoksa bu da mümkün değildir. Dahası BsK m. 28’in istisna tuttuğu BsK m. 18 ve m. 20’de düzenlenen suçlar da failinin mutlaka gerçek kişi olmasının mümkün olduğu suç tipleri olup, tüzel kişiler bakımından hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi mantıksız olduğundan sorumlunun tüzel kişi olabileceği BsK kapsamındaki suçlar bakımından kanun koyucu böyle bir düzenleme getirme ihtiyacı duymuştur. Bize göre basımcı veya yayımcının tüzel kişi olması halinde, BsK’da düzenlenen bir suçtan dolayı bunlar hakkında para cezasına hükmedilmesi de TCK’nın “*Ceza sorumluluğunun şahsiliği*” kenar başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasının; “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen**

²³⁸ A.g.e. , s. 119-120

²³⁹ A.g.e. , s. 122

güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.” hükmüne aykırı olarak yorumlanamaz. Zira TCK’nın 5. maddesi sadece bir temenni niteliğinde olup, uygulanabilir nitelikte değildir.

Bu bağlamda Fransız hukukunda FBsK m. 43-1. hükmü gereği FBsK m. 42. ve 43. hükümlerinin uygulandığı durumlarda ve 29 Temmuz 1982 tarihli kanuna 9 Mart 2004 tarihli kanunla eklenen m. 93-4 hükmü gereği de 29 Temmuz 1982 tarihli kanunun aşağıda sözünü edeceğimiz elektronik iletişim yoluyla işlenen suçlarda basamaklı sorumluluğu öngören m. 93-3 hükümlerinin uygulandığı durumlarda Fransız Ceza Kanunu m. 121-2’nin tüzel kişilerin ceza sorumluluğu ile ilgili düzenlemesinin uygulanmayacağına açıkça düzenlendiği söylenmelidir²⁴⁰.

2) Basın Dışı Kitle İletişim Araçları Yoluyla İşlenen Suçlardan Sorumlulukla İlgili Düzenlemeler

a) Radyo ve Televizyon Yayınları Yoluyla İşlenen Suçlardan Sorumluluk

(1) 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu’na Göre Sorumluluk Rejimi

2954 sayılı kanunun 28. maddesinde sorumluluğa ilişkin hususlar²⁴¹ düzenlenmiştir. Sorumluluk esaslarını yayınların niteliğine bağlı olarak incelemekte fayda vardır. 359 sayılı kanunun 20. maddesinde olayın ve konuşmanın anında ve doğrudan doğruya radyo ve televizyon ile yayınlanması olarak adlandırılan “*canlı yayın*”lar yoluyla işlenen suçlardan ve haksız fiillerden yayın bir metne dayanmıyorsa veya tespitlerden yararlanmaksızın yapılmışsa “*fiili işleyen kişi*”nin sorumlu olduğu belirtilmiştir²⁴². Böylece ön hazırlık olmaksızın yapılan canlı yayınlar bakımından sübjektif sorumluluk esasları benimsenmişti. Ancak 2954 sayılı kanunun sorumluluğu düzenleyen 28. maddesinde bu konuda bir açıklık yoktur. Bununla birlikte 2954 sayılı kanun bakımından da, herhangi bir denetimden geçmeksizin olayın veya konuşmanın anında ve doğrudan doğruya yayınlanması

²⁴⁰ Derieux, **a.g.e.** , s. 448

²⁴¹ 5187 sayılı Basın Kanunu’ndan farklı olarak bu kanuna göre sorumluluk cezai ve hukuki olarak ayrı ayrı düzenlenmemiş olup aynı maddede düzenlenmiştir.

²⁴² İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 386

durumunda işlenen suç ve haksız fiillerden kurum personelinin sorumlu tutulmayarak, aynı sonuca ulaşılması gerektiği söylenmiştir. Gerçekten 28. maddenin düzenleniş biçiminden, tespit yoluyla yapılmayan yayınlar bakımından subjektif sorumluluğu kabul ettiği sonucu çıkmaktadır.

28. maddenin 1. fıkrasına göre; tespit yoluyla yapılan TRT yayınları yoluyla işlenen suçlarda yayın metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumludur. Tespit yoluyla yapılan yayınları da, canlı yayınlar dışındaki bütün yayınlar olarak anlamamak gereklidir. Gerçekten tespit yoluyla yapılan yayınların bir grubunu örneğin haber bültenleri gibi “*ön hazırlıktan sonra yapılan canlı yayınlar*” oluşturur²⁴³. Bu yayınlar bakımından haberlerin sunumu canlı olarak yapılmakla birlikte, haberin sunumundaki metinler ve haberlere ilişkin görüntü ve seslerden oluşan bantlar önceden hazırlandığı için bunlar ön hazırlıktan sonra yapılan canlı yayınlardandır. Bu gibi yayınlar tespit yoluyla gerçekleştirilen yayınlardan oldukları için haberleri içeren metinleri hazırlayanlar ile bu metinleri önceden denetleyenlerin de sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bununla birlikte 28. maddenin 2. fıkrasına göre; kendilerine tevdi edilen metni aynen okumakla görevli TRT personeli yani spikerler, o yayının yönetim ve kontrolünde özel olarak görevlendirilmiş olmamak şartıyla, o yayın yoluyla işlenen suçlardan sorumlu tutulmayacaklardır.

İçel/Ünver’e göre; metni yazan veya sesi tespit edilen kişinin sorumluluğu subjektif sorumluluk esaslarına uygundur ve kanunda böyle bir hükme yer verilmeseydi bile, genel sorumluluk esaslarıyla aynı sonuca varmak mümkün olacaktı.

28. maddenin 3. fıkrasına göre 2954 sayılı 18. maddesi gereğince yayınlanması zorunlu olan hükümet bildirimleri ve konuşmalarından, 22. maddesi gereğince yayınlanan siyasi partilerin seçim konuşmalarından ve 27. maddesi gereğince yapılması gereken cevap ve düzeltme yayınından TRT personelinin sorumluluğu söz konusu değildir. Şu kadar ki bu maddeler uyarınca yapılan yayınların ve tespitlerin bu özelliği anonla belirtilecektir. Bu bağlamda cevap düzeltme hakkına ilişkin yayınlar bakımından sorumsuzluğun mutlak olarak değil, bu sorumsuzluğun hakim

²⁴³ A.g.e. , s. 387

kararı üzerine yayınlanması zorunlu olan cevap ve düzeltme metinleriyle sınırlı olarak anlaşılması gerektiği, bunun dışında TRT Genel Müdürlüğü'ne gönderilen cevap ve düzeltme metinlerinin içeriğinde suç niteliğinde ifadeler bulunmasına rağmen yayınlanması halinde metnin denetimiyle görevli TRT personelinin sorumluluğunun söz konusu olabileceği söylenmiştir²⁴⁴. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Bu sorumsuzluk halleri dışında yine aynı maddeye göre TRT istasyonları dışındaki bir radyo ve televizyon kuruluşundan naklen yapılan yayınlardan, TRT personeli sorumlu değildir. Kanun bu tür yayınların denetlenmesi olanağının bulunmayacağı düşüncesinden hareketle böyle bir düzenleme getirmiştir. Ancak, bizim de katıldığımız bir görüşe göre naklen yayın sırasında suç teşkil ettiği açıkça görülen bir durumun yayının kesilmesi suretiyle önlenmesi olanağı varsa, bunu yapmayan görevlilerin sorumlu tutulmaları gerekir²⁴⁵.

28. maddenin son fıkrasında bu madde kapsamına giren suçlardan dolayı açılacak davaların, yayının yapıldığı tarihten başlayarak altmış gün içinde açılması öngörülmüştür. Bu süre bir zamanaşımı süresi olmayıp, hak düşümü süresi niteliğini taşıdığı için, durmasının, kesilmesinin veya eski hale getirme talebine konu teşkil etmesinin söz konusu olmayacağı söylenmiştir²⁴⁶. TRT yayınları yoluyla işlenen suçlardan dolayı böyle bir hak düşürücü sürenin öngörülmüş olması da, kitle haberleşmesi araçlarını uzun zaman ceza tehdidi altında tutmamak amacıyla açıklanmaya çalışılmıştır²⁴⁷. Yine 28. maddenin 5. fıkrasına göre kişiler, kurum ve kuruluşlarca yayın yoluyla suç işlendiği iddia edilerek TRT personeli hakkında açılan ceza davalarında, personelin, TRT avukatlarınca savunulabileceği öngörülmüştür.

(2) 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'a Göre Sorumluluk Rejimi

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'da 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'ndan farklı olarak cezai veya hukuki sorumluluk ile ilgili herhangi bir özel hükme yer verilmediğinden, gerek

²⁴⁴ **A.g.e.** , s. 388-389

²⁴⁵ **A.g.e.** , s. 389

²⁴⁶ **A.g.e.**

²⁴⁷ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 159, İçel/Ünver, **a.g.e.** , s. 389

suçlardan gerekse de haksız fiillerden sorumluluğa ilişkin olarak genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmekteydi. Bu dönemde 3984 sayılı kanunun özel sorumluluk sistemini kabul etmemesinin dünyadaki eğilime uygun olduğu söylenmiştir²⁴⁸. Bununla birlikte bu dönemde bazı yazarlar, anlaşılacak bir biçimde, 2954 sayılı kanunun 28. maddesinde öngörülen özel sorumluluk sisteminin özel radyo televizyon yayınları hakkında da kıyasen uygulanabileceğini ifade etmiştir²⁴⁹. Kanımızca suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve kıyas yasağıyla bağdaştırılması mümkün olmayan bu öneri yersizdi. Bu bağlamda tam tersine, 3984 sayılı kanunun radyo ve televizyon yayınları bakımından sistem değişikliği yarattığı ve böylece TRT ile özel radyo ve televizyon yayınları arasında bir çifte standarda yol açılmaması bakımından 2954 sayılı kanunun 28. maddesinde TRT yayınları ile ilgili olarak öngörülen özel sorumluluk sisteminin de uygulanmaması gerektiği görüşü dikkate değerdi²⁵⁰. 6112 sayılı kanun öncesi dönemde yasal durum bu olmakla birlikte Özel Radyo Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliği'nin²⁵¹ 17. ve 18. maddeleriyle özel bir sorumluluk sistemi düzenlenmişti. Böyle bir düzenlemenin içerik itibarıyla sorumlu müdürün kusursuz sorumluluğunu öngörmesi bir tarafa yönetmelikle yapılmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesini de ihlal ettiği ve dolayısıyla Anayasa'nın 38. maddesine de aykırı olduğu izahtan varestedir²⁵².

6112 sayılı yeni Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un "*Sorumluluk ve sorumlu müdür*" kenar başlıklı 46. maddesinde ise sorumluluk sistemi ve sorumlu müdürlerle ilgili özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesine göre bu madde ile yayın hizmetlerinin içeriğinden yalnızca cezai değil, hukuki sorumluluğa ilişkin düzenleme de yapılmıştır²⁵³. Aslında bu düzenleme yukarıda sözünü ettiğimiz Özel Radyo Televizyon Kuruluşları İdari ve Mali Şartlar Yönetmeliği'nin 17. ve 18. maddelerinin aynısıdır, tek farkı çok haklı eleştiriler sonrasında düzenlemenin kanunla yapılmış olmasıdır. 6112 sayılı kanunun söz konusu 46. maddesinin 3. fıkrasında özel radyo ve televizyon kuruluşlarının, sunacakları yayın hizmetlerinin

²⁴⁸ İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 422-423

²⁴⁹ Özel, **a.g.e.** , s. 200

²⁵⁰ İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 423

²⁵¹ Söz konusu yönetmelik için bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/20754.html>

ET: 28.01.2013

²⁵² İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 424

²⁵³ 6112 sayılı kanunun gerekçesi ve hazırlık süreci için bkz.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss568.pdf> ET: 03.04.2011

özellik ve önemini değerlendirerek bir veya birden çok sorumlu müdür görevlendirmeleri öngörülmüştür. Bu durumda her özel radyo ve televizyon kuruluşunun en az bir sorumlu müdür görevlendirmesinin zorunlu olduğu söylenmelidir. Fıkranın 2. cümlesinde Basın Kanunu'na benzer şekilde, sorumlu müdürlerde bulunması gereken şartlar sıralanmıştır. Buna göre sorumlu müdürlerin Türk vatandaşı olmaları, yerleşim yerlerinin Türkiye'de bulunması, kamu hizmetlerinden yasaklı veya kısıtlı olmamaları ve yalnızca ulusal ve bölgesel düzeyde faaliyette bulunan yayın kuruluşlarının²⁵⁴ sorumlu müdürlerinin yüksek öğrenim mezunu olmaları gereklidir.

6112 sayılı kanunun 46. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Yayımdan doğan sorumluluk yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre aittir. Bu hüküm yayın kuruluşunun bu Kanundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.”* Bu hüküm 5680 sayılı eski Basın Kanunu'nun 16. maddesindeki benzer şekilde radyo-televizyon yayınları bakımından kanuni sorumluluk sistemi diyebileceğimiz bir sistem getirmiştir²⁵⁵. İçel/Ünver'e göre burada genel kurallara göre sorumluluk kabul edilse bile yayını yöneten ve programı yapan kişilerin asli fail olarak sorumluluğunun söz konusu olacağı ortadadır²⁵⁶. Yazarlara göre bu kişilerin sorumluluğu bakımından genel kurallara göre sorumluluktan bir sapma yoktur. Bize göre böyle bir kabul önceden hazırlanmış metne ve tespite dayanan yayınlar bakımından geçerli olsa bile, örneğin canlı yayınlanan bir tartışma programında konukların anlık olarak söylediği sözler bakımından geçerli değildir. Diğer yandan sorumlu müdürün sorumluluğu bakımından otomatik ve kusursuz bir sorumluluk öngörülmüş, yayını yöneten ve programı yapan kişiler cezalandırılrsa bile sorumlu müdürün de aynı ceza ile cezalandırılması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Bunun tek istisnası ikinci fıkradaki sorumlu müdürün sorumluluktan kurtulabileceği haldir. Buna göre özel radyo televizyon kuruluşu olan şirketi idare ve temsile yetkili kişiler, sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına bir yayına karar vermişlerse, bu durumda sorumluluk yayına karar veren söz konusu kişilere geçecektir. Böylece sorumluluk subjektif sorumluluğa yaklaştırılmaya çalışılmıştır.

²⁵⁴ Bize göre 6112 sayılı kanunda en fazla bir ilin sınırları içine karasal ortamdan ulaştırılan yayın hizmeti olarak tanımlanan yerel yayınların sorumlu müdürlerinin eğitim düzeyine ilişkin herhangi bir şarta yer verilmemesi bir eksikliklerdir.

²⁵⁵ İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 424

²⁵⁶ **A.g.e.**

Radyo ve televizyon yayınlarından cezai sorumluluk bakımından Fransız hukukunda radyo ve televizyon yayınları ve internet yayınlarını da içine alan elektronik iletişimden basamaklı sorumluluk rejimi 29 Temmuz 1982 tarihli kanun m. 93-3'de düzenlenmiştir. Buna göre FBsK'da düzenlenen suçlardan birinin elektronik kitle iletişim araçlarından biri yoluyla işlenmesi halinde birinci basamakta yayın yönetmeni veya eş yayın yönetmeni asli fail olarak sorumlu tutulacaktır. Bundan sonraki basamaklarda ise sırasıyla eser sahibinin, o da sorumlu tutulamıyorsa yapımcının asli maddi fail olarak takip edilmesi söz konusudur²⁵⁷.

Belçika hukukunda görsel-işitsel yayınlar bakımından basın kavramının dar yorumlanmasıyla Belçika Anayasası'nın 25. maddesinde öngörülen basamaklı sorumluluk sisteminin uygulanamayacağı yönünde kesin bir Yargıtay içtihadı bulunduğu gibi diğer yandan bazı yerel mahkeme kararlarında ve doktrinde basamaklı sorumluluk sisteminin "*ratio legis*"inin benzerliği de hesaba katılarak görsel-işitsel yayınlar bakımından da sorumlu olacak kişilerin uygunluğu şartıyla geçerli olması gerektiği savunulmuştur²⁵⁸.

Kanımızca Türk hukukunda 6112 sayılı kanunla kanuni sorumluluk rejimi diyebileceğimiz böyle bir düzenlemeye gidilmesi yerinde olmamıştır. Gerçekten doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, radyo-televizyon yayınları yoluyla işlenen suçlardan sorumluluk konusunda genel kurallara göre sorumluluk esasının korunması gerektiği ancak mutlaka sorumlu müdürlük kurumuna dayanan bir sistem öngörülme isteniyorsa da bunun, yayınları suç unsurlarından arındırma göreviyle bağlantılı, taksire dayanan ve taksirli suça daha az ceza verilmesini öngören bir düzenleme olarak yapılması gerektiği söylenmiştir²⁵⁹. Kaldı ki yukarıda basın suçlarıyla ilgili olarak ayrıntılı biçimde açıkladığımız gibi TCK'nın 5. maddesi hükmünü getiren kanun koyucunun, TCK'nın bu hükmüne aykırı düzenlemeleri mevzuattan ayıklamak bir tarafa, TCK'nın genel hükümlerine aykırı böyle bir düzenlemeye gitmesi bize göre anlaşılır değildir. TCK'nın 5. maddesinin temenni niteliği ve üstelik bu düzenlemenin 5187 sayılı Basın Kanunu'nda farklı olarak TCK'nın 5. maddesinin yürürlüğünden sonra ve çok yakın bir zamanda kabul edilmiş olması karşısında, nasıl bir uygulamaya gidileceği noktasında ciddi bir takım

²⁵⁷ Derieux, **a.g.e.**, s. 448

²⁵⁸ Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.**, s. 650-651

²⁵⁹ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 424

tartışmaların yaşanacağı şüphesizdir. Gerçekten 6112 sayılı kanunun, TCK'nın anayasal kanun niteliği taşımayan 5. maddesinden sonra yürürlüğe girdiği düşünüldüğünde, Basın Kanunu'ndaki özel sorumluluk sisteminin uygulanmayacağı ancak radyo-televizyon yayınları bakımından 6112 sayılı kanunla getirilen özel sorumluluk sisteminin uygulanacağı gibi bir sonuca varılabileceği²⁶⁰, bu durumun ise birçok adaletsizlik ve karışıklıklara neden olabileceği ortadadır.

(3) Radyo ve Televizyon Mevzuatına Göre Kabahatlerden Sorumluluk

6112 sayılı kanunun 32. maddesinde idari yaptırımlar, 33. maddesinde ise basın düzenine karşı suçlar benzeri radyo-televizyon rejimine aykırılıklara ilişkin adli yaptırımlar düzenlenmiştir. Önceki kanunda olduğu 6112 sayılı kanunun 32. maddesinde de idari para cezası ile idari tedbir niteliğindeki uyarı, program yayının durdurulması, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının durdurulması, yayın lisansının iptali gibi idari yaptırımlar öngörülmüştür. 6112 sayılı kanun hükümlerine göre idari para cezası veya idari tedbire karar vermeye Radyo Televizyon Üst Kurulu yetkilidir. Karşılığında söz konusu idari yaptırımların öngörüldüğü fiiller 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesi gereği "*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*" olarak ifade edilen kabahat tanımı kapsamına girmektedir. KK'nun 16. maddesinde idari yaptırım türleri, idari para cezası ve idari tedbirler olarak sayılmış, idari tedbirler ise mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda öngörülen diğer tedbirler olarak ifade edilmiştir.

Söz konusu yaptırımların sebebi özellikle 6112 sayılı kanunun 8. maddesindeki yayın hizmeti ilkelerinin ihlali olarak düzenlenmiştir. Söz konusu 8. maddenin 1. fıkrasına göre medya hizmet sağlayıcılar yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla bu fıkradaki ilkelere uygun olarak sunarlar. Bizim çalışmamız bakımından önemli olan husus bu ilkelere bazılarında aykırılığın ayrıca çalışmamız kapsamında ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alacağımız suçları oluşturabileceğidir. Yayın hizmetlerinin aykırı olamayacağı ilkelere konumuzla özellikle ilgili olanları sıralamak gerekirse; hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı (m. 8/1-c), insan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira

²⁶⁰ Aydın, a.g.e. , s. 109

niteliğinde ifadeler içeren (m. 8/1-ç), suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe kişileri suçlu ilan eden veya suçluymuş gibi gösteren ve yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte (m. 8/1-i) yayınlar yapılmaması ilkeleri bunlardandır.

Bu bakımdan yayın hizmet ilkelerinden birinin aynı zamanda suç oluşturması halinde nasıl sonuca ulaşılması gerektiği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda ilk bakışta KK'nun genel kanun niteliği (m. 3) gereği içtima ile ilgili 15. maddesinin 3. fıkrasının; *“Bir fil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.”* hükmünün uygulanması gerekeceği düşünülebilir. Gerçekten 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde bu kanunun genel kanun niteliği düzenlenmiştir. 3. maddenin 2. fıkrasına göre KK'nun idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri dışındaki genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır. Nitekim 3984 sayılı kanun zamanında da bu sonuca ulaşılmıştır²⁶¹. Ancak burada altı çizilecek önemli bir husus genel kanun niteliği gereği KK m. 15/3 hükmünün ancak *“idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında”* uygulanabileceği; 6112 sayılı kanunun 32. maddesinde öngörülen uyarı, program yayının durdurulması, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun yayınının durdurulması, yayın lisansının iptali gibi mülkiyetin kamuya geçirilmesi dışındaki idari tedbirler bakımından ise bu hükmün uygulanamayacağıdır. Bu durumda yalnızca idari para cezasını gerektiren fiiller bakımından genel kanun niteliği gereği KK m. 15/3'ün uygulanabileceği söylenebilirse de bu da mümkün görünmemektedir. Çünkü yukarıda ifade ettiğimiz gibi özel sorumluluk düzenlemesi getirerek, TCK m. 5 hükmüyle çelişkili bir durum yaratan 6112 sayılı kanun, bununla yetinmemiş, Kabahatler Kanunu'na genel kanun niteliği kazandırmak amacıyla getirilmiş 3. madde hükmüne de aykırı bir düzenlemeye gitmiştir. Şöyle ki 6112 kanunun idari yaptırımların düzenlendiği 32. maddesinin 3. fıkrasının söz konusu düzenlemesine göre; yükümlülük veya yasak ihlalinin suç oluşturması halinde, bu suç nedeniyle ilgililer hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılması şartına bağlı olmaksızın, bu madde hükümlerine göre idari para cezası veya idari tedbir kararı verilir. Bu fıkra

²⁶¹ Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/ Mustafa Artuç, **Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 8096

hükümünün hükümetin teklif ettiği metinde yer almadığı ancak Anayasa Komisyonu'nun kabul ettiği metinde yer aldığı ve gerekçesinin açıklanmadığı söylenmelidir. Kanımızca TCK ve KK gibi kanunlara genel kanun niteliği kazandırmaya yönelik hükümlere uygun bir şekilde mevzuatın gözden geçirilmemesi bir tarafa, çok kısa bir süre içerisinde bu genel kanun niteliğine aykırı yeni düzenlemeler yapılmasının nedeni sorgulanmalıdır. Daha önce ifade ettiğimiz gibi bunun başlıca nedeni olarak; bu gibi maddelerin uygulanabilirliğinin, bunlara aykırılığın bir denetiminin ve yaptırımının olmaması karşısında bir temenniden ve hatta artık geçmişte kalmaya başlamış güncel olmayan bir temenniden ibaret olması gösterilebilir.

b) 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna Göre Sorumluluk

İnternet yoluyla işlenen suçlarla ilgili olarak hukukumuzda sorumluluk sistemi ilk defa yukarıda sözünü ettiğimiz, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. Kanunun "*Tanımlar*" kenar başlıklı 2. maddesinde ise 1. maddede sözü edilen çeşitli sağlayıcıların tanımları verilmiştir.

Kanunun 2/1-f bendinde içerik sağlayıcı; "*İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler*" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım bakımından "*içerik sağlayıcı*"nın 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesi kapsamındaki "*eser sahibi*" ile aynı nitelik ve özelliklere sahip olduğu düşünülebilir²⁶². Yine söz konusu tanıma göre tüzel kişilerin de içerik sağlayıcı olabilmesi karşısında bunların da cezai sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağı tartışılmalıdır. İçel/Ünver'e göre; TCK m. 20/2 hükmü bu tanım bakımından ceza sorumluluklarının saptanmasında dikkate alınmayacaktır²⁶³. Kanımızca Basın Kanunu ve TCK'nın genel hükümleri karşısında tüzel kişilerin ceza sorumluluğuyla ilgili olarak yukarıda yaptığımız değerlendirmeler bu kapsamda da geçerlidir.

²⁶² İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 489

²⁶³ **A.g.e.**

5651 sayılı kanununun 4. maddesinde içerik sağlayıcının sorumluluğu düzenlenmiştir. 4. maddesinin 1. fıkrasına göre; içerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur. Bizim katılmadığımız bir görüşe göre bu hüküm içerik sağlayıcılar bakımından objektif sorumluluk esasını getirmiştir²⁶⁴. Ancak bizim de taraftar olduğumuz görüşe göre içerik sağlayıcıların kendi eylemlerinden dolayı ceza sorumluluklarının söz konusu olması ceza sorumluluğunun genel ilkelerinden bir sapma göstermez²⁶⁵. Maddenin 2. fıkrasına göreyse; içerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur. Burada bağlantı sağlamakla kast edilen “*link*” veya “*banner*” şeklinde bağlantı vermektir. Bir yazara göre söz konusu 2. fıkrada geçen genel hükümler ibaresiyle TCK’nın mı, Borçlar Kanunu’nun mu genel hükümlerinin kast edildiği anlaşılamamaktadır, benimseme ve ulaşmayı amaçlamanın nasıl ispat edileceği de belirsizdir. Gerçekten yazara göre özellikle sitenin geneline bağlantı verilmesi ve oradaki tek bir yazının suç oluşturması halinde veya sözleşme gereği arama motorlarında üst sırada çıkan sitenin içeriğinde suç oluşturan öğeler bulunması durumunda sorumluluk konusunda ciddi sıkıntılar yaşanabilecektir²⁶⁶. Biz de yazarın 2. fıkra ile ilgili bu eleştirilerine katılıyoruz. İçel/Ünver’e göre 2. fıkra hükmü yardımcı norm niteliğinde olup, bir yasal karine olarak anlaşılmalı ve genel ceza hukuku ilkeleri ve iştirak kuralları çerçevesinde içerik sağlayıcıların sorumlulukları belirlenmelidir²⁶⁷. Bize göre de fıkradaki “*açıkça belli*” olma vurgusu yazarların bu hükmün bir yasal karine olarak anlaşılmasını görüşünü desteklemektedir. Kaldı ki aksi bir kabul pek çok varsayım hesaplanmadan kaleme alınan bu hükmün internet özgürlüğüne büyük zarar vermesini sonuçlayacaktır. Bu hükümle ilgili olarak içerik sağlayıcının bağlantı sağladığı içeriklerin zaman içinde değişebileceği, bunların takibinin kolay olmadığı, bu yüzden içerik sağlayıcının bu içerikleri sürekli takip etmesinin beklenemeyeceği eleştirileri de haklı olarak getirilmiştir²⁶⁸.

²⁶⁴ Gedik, **a.g.e.**, s. 130

²⁶⁵ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 489

²⁶⁶ Murat Volkan Dülger, “İnternet İletişimin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme”, **İBD**, c. 81, S. 4, 2007, s. 1485-1486

²⁶⁷ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 490

²⁶⁸ Gedik, **a.g.e.**, s. 131

5651 sayılı kanun yalnızca içerik sağlayıcılar bakımından sorumluluktan söz etmekte, tanımını yaptığı diğer sağlayıcılar bakımından ilgili madde başlıklarında yükümlülük sözcüğünü kullanmaktadır. Bize göre kanun koyucunun bu tercihinin bilinçli olduğunu söylemek yanlış olmaz.

5651 sayılı kanununun 2/1-m bendinde yer sağlayıcı; “*Hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Yer sağlayıcıların yükümlülükleri ise kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Söz konusu hükmün yer sağlayıcıların ceza sorumluluğu kapsamına sokulmalarını önleyerek internetin ve internet özgürlüğünün gelişmesine katkı sağlayabilecek yerinde bir hüküm olduğu söylenmiştir²⁶⁹. Gerçekten bir başka yazarın ifade ettiği gibi yer sağlayıcıların hizmet verdikleri milyonlarca verinin içeriği hakkında bilgi edinmeleri imkânsız olduğu gibi bundan sorumlu tutulmaları da son derece adaletsiz sonuçlara yol açabilir²⁷⁰. Bununla birlikte yer sağlayıcıların içerik sağlayıcıları ile birlikte suç işlemeleri halinde ceza hukukunun genel hükümleri ve iştirak kuralları çerçevesinde sorumlu olacaklarında kuşku yoktur. Nitekim 5651 sayılı kanun m. 5/2’deki “...*ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla...*” ibaresi buna işaret etmektedir.

5651 sayılı kanununun 2/1-e bendinde erişim sağlayıcı; “*Kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Bir yazara göre bu erişim sağlayıcı tanımının, dar anlamdaki erişim sağlayıcıdan başka, internet servis sağlayıcısını kapsamadığı yorumu yapılabilir²⁷¹. Öncelikle 5651 sayılı kanunda internet servis sağlayıcısının bir tanımının verilmediği, yalnızca kanununun 10. maddesinin 5. fıkrasında bu terime bir defa yer verildiği söylenmelidir. Bizim de katıldığımız görüşe göre kanunda yer verilen erişim sağlayıcı terimi ve tanımı servis sağlayıcı kavramını karşılamaktadır²⁷². Erişim sağlayıcıların başkalarına ait içeriklere yalnızca ulaşılmasına aracılık ettikleri, bilgisayarlarından saniyenin kesirleriyle geçen bilgilerin erişim sağlayıcılar

²⁶⁹ İçel/ Ünver, **a.g.e.** , s. 490

²⁷⁰ Dülger, **a.g.m.** , s. 1486

²⁷¹ Ali Karagülmez, **Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 355

²⁷² Dülger, **a.g.m.** , s. 1480

tarafından saklanamayacağı veya önlenemeyeceği ve bu sebeplerle erişim sağlayıcıların ilke olarak suç oluşturan içerikten sorumlu tutulmamaları gerektiği söylenmiştir²⁷³. Nitekim erişim sağlayıcıların yükümlülüklerinin düzenlendiği 5651 sayılı kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasına göre erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir. Alman Teleservisler Yasası'ndakinin benzeri olan bu düzenleme olumlu bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir²⁷⁴. Bununla birlikte söz konusu 6. maddede erişim sağlayıcılarla ilgili olarak öngörülen yükümlülüklerin internet özgürlüğünü ölçüsüzce sınırladığına yönelik eleştiriler dikkate değerdir²⁷⁵.

Toplu kullanım sağlayıcılar ise 5651 sayılı kanunun 2/1-i bendinde; “*Kişilere belli bir yerde ve belli bir süre internet ortamı kullanım olanağı sağlayan*” olarak tanımlanmıştır. Toplu kullanım sağlayıcılar ticari amaçla toplu kullanım sağlayıcılar veya ticari amaç dışında toplu kullanım sağlayıcılar olabilir. Toplu kullanım sağlayıcılara internet kafeler, okullar, oteller, kütüphaneler örnek olarak verilebilir. Kanunun 7. maddesinin 2. fıkrasına göre; ticarî amaçla olup olmadığına bakılmaksızın bütün toplu kullanım sağlayıcılar, konusu suç oluşturan içeriklere erişimi önleyici tedbirleri almakla yükümlüdür. Ancak bu yükümlülüğün ve kanunun 7. maddesi ve İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik ve diğer mevzuatta bunlarla ilgili olarak öngörülen diğer yükümlülüklerin ve yine bunlar karşılığında öngörülen yaptırımların cezai sorumlulukla karıştırılmaması gerekir.

Görüldüğü gibi Türk hukukunda 5651 sayılı yasada içerik sağlayıcılar dışındaki sağlayıcılar bakımından bir cezai sorumluluk hükmüne yer verilmemiştir. İçerik sağlayıcılar bakımından öngörülen sorumluluk ise genel hükümlerden, cezaların şahsiliği ve kusur ilkelerinden bir sapma göstermemektedir. Gerçekten 5651 sayılı kanun 5187 sayılı Basın Kanunu ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'dan farklı olarak özel bir sorumluluk rejimi öngörmemiştir²⁷⁶. Bu bağlamda 5651 sayılı kanunun 5187 sayılı Basın

²⁷³ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 490

²⁷⁴ Dülger, **a.g.m.**, s. 1488

²⁷⁵ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 490-491

²⁷⁶ Belçika hukukunda görsel-ışitsel yayınlar bakımından yukarıda sözünü ettiğimiz gerekçelere benzer gerekçelerle internet bakımından da Belçika Anayasası'nın 25. maddesinde öngörülen basamaklı sorumluluk rejiminin uygulanabileceği, bu bakımdan birinci basamakta sitenin

Kanunu'ndan farklı olarak özel bir ceza kanunu olmadığı yalnızca verdiği tanımlar ve yaptığı açıklamalar ile ceza sorumluluklarının saptanmasında yardımcı bir yasal kaynak olduğu da vurgulanmıştır²⁷⁷.

III. Kitle İletişim Özgürlüğü ve Adil Yargılanma Hakkı Çatışması

A. Çatışmanın Tespiti

Medya adalet ilişkileri çeşitli yazarlarca çalışmalarının adında “*belirsiz bir ilişki*”²⁷⁸, “*güvenilmez bir birliktelik*”²⁷⁹, “*gerilim*”²⁸⁰ gibi benzetmelerle ifade edilmeye çalışılmıştır. Diğer bazı yazarların çalışmalarında ve İHAM kararlarında da bu ilişki, uyuşmazlık çekişme anlamlarına gelen “*discorde*”²⁸¹; çıkmaz, açmaz, ikilem anlamlarına gelen “*dilenma*”²⁸² ve çatışma, anlaşmazlık, çekişme, çelişki gibi anlamlara gelen “*conflict*” “*confli*”²⁸³ gibi sözcüklerle ifade edilmeye çalışılmıştır.

yayımcısının, daha sonraki basamaklarda sırasıyla yer sağlayıcının, içerik sağlayıcının ve erişim sağlayıcının sorumlu olacağı söylenmiştir. Bununla birlikte Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin; birincil sorumluluğun bazı teknik araçlara değil ve fakat eser sahibine ve bilgileri gerçekten kontrol edebilme gücüne sahip kişilere yüklenmesi gerektiğini gösteren 8 Temmuz 2000 tarihli direktifi, bu son üç kategori için kısmi bir bağımsızlık öngörmüştür. Belçika hukukuna 11 Mart 2003 tarihli kanun bu direktifteki esasları temel almıştır. Bu kanunun 18. maddesine göre servis sağlayıcı, bilginin kaynağında olmaması, bilginin ulaşacağı alıcıyı seçmemesi ve ulaştırılan bilgiyi değiştirmemesi veya seçmemesi şartlarıyla ulaştırılan bilgiden sorumlu değildir. Kanunun 20. maddesine göre de yer sağlayıcı hizmeti veren servis sağlayıcılar da bilgilerden, yasadışı faaliyet veya bilgilerden etkili bir şekilde haberdar olmamaları ve haberdar olmaları halinde de derhal söz konusu bilgileri kaldırmaları veya bunlara erişimi engellemeleri şartıyla sorumlu değildir. Sonuç olarak Belçika hukukunda elektronik olarak, hatta siteyi işletmek suretiyle ilettiği bilgiden normalde eser sahibi sorumludur. Tartışma forumlarında, metni yazan kişi birincil sorumludur. Hoebeker/Mouffe, **a.g.e.**, s. 651-652; Fransız hukukunda ise internet yayınlarından sorumluluk 21 Temmuz 2004 tarihli kanunla yukarıda sözünü ettiğimiz elektronik iletişimden basamaklı sorumluluk rejimine bağlanmıştır. Ayrıca hukuka aykırı bir içeriğin varlığından haberdar oldukları anda bu içeriği kaldırmak ve bu içeriğe erişimi engellemek üzere harekete geçtikleri takdirde yer sağlayıcıların sorumluluktan kurtulması mümkündür. Yine kanunda birinci basamakta sorumlu olacak bir yayın yönetmeni belirlenmesi öngörülmüş olup, erişim ve yer sağlayıcıların yapıcı olmadıkları vurgulanmıştır. Derieux, **a.g.e.**, s. 272-273, 448-449

²⁷⁷ İçel/ Ünver, **a.g.e.**, s. 489

²⁷⁸ Alexandrine Civard-Racinais, **Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulisses D'une Relation Ambiguë**, l'Harmattan, Budapeşte, 2003

²⁷⁹ Beatrice Taevernier, “La Présomption d'innocence et la médiatisation de la justice: une cohabitation précaire”, **RDPC**, Ocak, 2005

²⁸⁰ Kurt Konca, **a.g.e.**, s. 172

²⁸¹ Pol Deltour/ Laurence Gallez, **Presse&Justice un guide pour les journalistes**, Fondation Roi Baudouin, 2004, partie 2: la presse, s. 18

²⁸² Don R. Pember, **Mass Media Law**, Wm. C. Brown Publishers, USA, 1990, s. 351

²⁸³ Matthew D. Bunker, **Justice and the Media: Reconciling Fair Trials and A Free Press**, Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah New Jersey, 1997, s. 118; J. Edward Gerald, **News of Crime: Courts and Press in Conflict**, Greenwood Press, Connecticut, 1983; İHAM ise aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız Sunday Times v. Birleşik Krallık ile Egeland ve Hanseid v. Norveç gibi davalarda “*conflicting interests*” ifadesini kullanmıştır.

Kanımızca bütün bu ifadeler adil yargılanma hakkı ve kitle iletişim özgürlüğü arasındaki ilişkiyi tarif ederken kullanılabilecek doğru ifadelerdir. Bununla birlikte edindiğimiz izlenim en yaygın biçimde kullanılan ifadenin “*çatışma*” olduğu yönündedir. Gerçekten çatışma çeşitli disiplinler bakımından farklı tanımları verilen ancak ortak bir tanım vermek gerekirse; “*aynı anda ortaya çıkan birbirine karşıt, uzlaştırılmayan, ya da eşit kuvvette dilek, istek veya amaçların yarışmasını ve bunlar arasında bir tercih yapmakta yaşanan zorluğu*” ifade eden bir kavramdır²⁸⁴. Örneğin “*çoğunlukla istenmeyen iki seçenekten birini izlemeye zorlayan tartışma, sorun*” olarak tanımlanan “*ikilem*” sözcüğü²⁸⁵ de iki seçenek arasında tercih yapmaktaki zorluğu ifade etmekle birlikte “*çatışma*” sözcüğü kadar yaygın kullanılmamıştır. Kanımızca bunun sebebi adil yargılanma hakkının ve kitle iletişim özgürlüğünün her ikisinin de ilkesel olarak isteniyor olması ve fakat bunların yarışıyor ve uzlaşmıyor olması sebebiyle bir tercih yapmakta zorlanmasıdır²⁸⁶. Öyle ki uluslar arası ve Anayasal düzeylerde korunan bu çok önemli iki anayasal hakkın arasında tercih yapmaktaki bu zorluk, İHAM ve Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nin dönüm noktası niteliğindeki bazı kararlarının birer veya ikişer oy farkla alınmasında da kendini göstermektedir²⁸⁷. Bu yüzden biz de çalışmamızda adil yargılanma hakkı ve kitle iletişim özgürlüğü arasındaki sorunlu ilişkiyi ifade ederken çatışma sözcüğünü kullanmayı tercih etmekteyiz.

²⁸⁴ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> ET: 28.05.2012

²⁸⁵ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> ET: 28.05.2012

²⁸⁶ Bu noktada çatışan her iki hak ve özgürlük bakımından azami derecede özgürlükçü sonuçlara varılabilmesi bakımından akla “*maximin kuralı*” gelmektedir. Maksimin “*maksimum minimorum*” anlamına gelmektedir. Bu kural iki alternatif arasından olabilecek en kötü olasılığın ışığında bir karar vermeyi ve en kötü olasılıklar içerisinde en iyiyi seçmeyi işaret eder. Böylece söz konusu olan iki hak veya özgürlük olduğunda çatışmanın her iki tarafı bakımından en yüksek eşit özgürlüğü bulmayı amaçlar. Detaylı bilgi için bkz. John Rawls, **A Theory of Justice**, Oxford University Press, İngiltere, 1973, s. 152-157

²⁸⁷ Örneğin İHAM, aşağıda ele alacağımız Sunday Times v. Birleşik Krallık davasında 9’a karşı 11 oy ile İHAS m. 10’un ihlal edildiğine karar vermiştir. Benzer şekilde örneğin Avusturya’ya karşı Worm davasında Komisyon oyçokluğuyla 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve fakat İHAM oyçokluğuyla ihlal olmadığını karar vermiştir. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi ise Estes v. Texas davasında 5’e karşı 4 oyla verdiği kararında sanığın adil yargılanma hakkının duruşmada ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılmasıyla ihlal edildiğine karar vermiştir. Dahası söz konusu kararda çoğunluğu oluşturan beş yargıçtan dördü duruşmada başlı başına ve sadece televizyon kameralarının bulunmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği görüşünde olup, yalnızca bir tanesi bunun sadece medyada çokça yer verilen ve fazla sansasyonel davalar bakımından söz konusu olduğu görüşünü savunmuştur. Middleton/Chamberlin, **a.g.e.**, s. 408-409

B. Çatışmanın Kriminolojik ve Sosyolojik Boyutları

1. Medyanın Adli Haberleri Verişindeki Çarpıklık

Ülkemizde ve çeşitli ülkelerde yapılan araştırmalar kamuoyunun adalete, özellikle de suçlara ve ceza adaletine ilişkin birinci haber ve bilgi edinme kaynağının televizyon, gazete, internet gibi kitle iletişim araçları olduğunu ortaya koymaktadır²⁸⁸.

1986 yılında Kanada Ceza Komisyonu'nun yaptığını ankete katılanların %95'i, suçluların cezalandırılmalarıyla ilgili haberleri nereden aldıkları sorusuna medyadan aldıkları şeklinde cevap vermiştir²⁸⁹. Türkiye'de yapılan bir anket çalışmasına göre²⁹⁰ vatandaşların yargı işleyişi ve mahkemeler konusundaki en önemli bilgi kaynağı %50.7'lik oranla televizyon haberleridir. Televizyon haberlerinden sonra diğer televizyon programları %15.1'lik yüzdeyle ikinci sıradadır. Ankete göre bu bilgi kaynaklarından sonra %14.1 ile gazete ve dergiler, %8.7 ile aile ve arkadaş çevresi gelmektedir. Bunların dışında kalan kendi deneyimleri, internet, okul, mahkemeler, avukat gibi bilgi kaynaklarının tamamı aşağı yukarı %11,4'lük bir orana tekabül etmektedir. Bu anket vatandaşların yargı işleyişi ve mahkemeler konusunda bilgiyi yaklaşık %80 gibi çok yüksek bir oranla televizyonlar, gazeteler ve dergilerden aldıklarını ortaya koymaktadır. Yine görüldüğü gibi halkın adli olaylarla ilgili bilgi kaynağı çok yüksek bir oranla birinci sırada yer alan televizyonlardır. Almanya'da da insanların uyku ve iş dışındaki kalan zamanlarının günde aşağı yukarı 6,5 saat gibi çok büyük bir kısmını televizyon başında geçirdikleri söylenmiştir²⁹¹. Yine batıda yapılan araştırmalarda televizyonun, özellikle devlet televizyonunun en çok itibara sahip ve yayınlarına en fazla güven duyulan kitle iletişim aracı olduğu söylenmiştir²⁹².

²⁸⁸ Aynı yönde bkz. Marisela Velasquez, "What the public thinks about sentencing", **The National Legal Eagle**, c. 15, S. 1, sonbahar, 2009, s. 9

<http://epublicationS.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1130&context=nle> ET: 24.12.2011

²⁸⁹ Julian V. Roberts/ Anthony N. Doob, "News Media Influences Public Views of Sentencing", **Law and Human Behaviour**, c. 14, S. 5, 1990, s. 452

<http://www.springerlink.com/content/n42w6h424356nk7n/fulltext.pdf> ET: 24.12.2011

²⁹⁰ İBÜ İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin adalet gözet projesi kapsamında söz konusu anket çalışmaları için bkz. , **Adalet Barometresi Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri**, İBÜ Yayınları, İstanbul, 2008, s. 26

²⁹¹ Timur Demirbaş, **Kriminoloji**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 178

²⁹² Sulhi Dönmezer, **Kriminoloji**, Beta, İstanbul, 1994, s. 228

Bu bağlamda ülkemizde yapılmış bir anket çalışmasında da belirtildiği gibi ilk bakışta haberlerdeki yargıya ilişkin konuları takip eden vatandaşların hukuk sistemiyle ilgili bilgisinin de artacağı düşünülebilir. Ancak başka bir bakış açısına göre bu ilişkinin tam tersi geçerlidir çünkü medyanın takip ettiği davalar “*tipik*” değil tam tersine ünlü insanlarla ve/veya çok ağır ve ciddi suçlarla ilgili davalar gibi son derece “*apitik*” davalardır. Bu yüzden bir vatandaşın bu tür davalarla ilgili medyadan edineceği bilgiler sistemi doğru yansıtmayabilir²⁹³. Bize göre söz konusu anket çalışmasından bir sonuç daha çıkarmak mümkündür, bu anket çalışmasında ele alınan davaların hepsi yukarıda sözünü ettiğimiz özelliğe sahip olmalarının yanı sıra ve belki de bu özelliğin bir gereği olarak ceza davalarıdır²⁹⁴. Örneğin ünlü bir kişinin boşanma davası veya idari yargıda taraf olduğu bir dava bu kadar ilgi çekmezken, ünlü bir kişinin suç şüphelisi veya mağduru olduğu bir dava medyanın ve kamuoyunun ilgisini çok daha fazla çekmektedir. Gerçekten toplumda yaşayan insanların çoğu küçük ve basit fiiller dışında, medyanın resmettiği yaşam hakkını, vücut dokunulmazlığını ve mülkiyet hakkını esaslı şekilde ihlal eden ağır ve vahim suçlara doğrudan doğruya muhatap olmaz²⁹⁵. Bu yüzden de bu tür suç haberleri kamuoyunun ilgisini daha çok çekmektedir.

Bu bağlamda büyük şehir gazetelerinin küçük hırsızlık, vandalizm olaylarını hatta, çoğu soygun, saldırı, konut dokunulmazlığını ihlal fiillerini haber yapma endişesi taşımazken, küçük kent gazeteleri bunları manşetten haber yapmaktadırlar. Büyük şehir gazeteleri sansasyonel bir boyutu olmadıktan sonra cinsel saldırı veya cinayet haberlerine bile ön sayfalarında yer vermezler, sansasyonel hikayeler bile ön sayfada çok uzun zaman yer işgal etmeyip, duruşma ve cezalandırma aşamasında çoğunlukla unutulmuş olurlar²⁹⁶.

Gerçekten yapılan çeşitli araştırmalar cinayet haberlerinin %25 oranında medyada yer bulmasına karşılık aslında cinayetlerin oranının %1'in bile altında olduğu, suçlarla ilgili gazete haberlerinin yarısının şiddet içeren suçlarla ilgili olduğu

²⁹³ İBÜ İnsan Hakları Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin adalet gözet projesi kapsamında söz konusu anket çalışmaları için bkz. , **a.g.e.** , s. 26

²⁹⁴ Erem'e göre; “*Adalet haberlerinin düzenlenmesinde çok defa birbirlerine karşı ihtiyaçları temsil eden özel hukuk, ceza hukuku, idare hukuku, basın hukuku ve usul hukuku gibi çeşitli hukuk dalları açısından düşünmek zorunluluğu vardır.*” Faruk Erem, “Adliye ve Basın Haberleri”, **ABD**, 1967, S. 2, s. 1005

²⁹⁵ Dönmezer, **Kriminoloji**, s. 228

²⁹⁶ Hugh D. Barlow, **Introduction to Criminology**, HarperCollins College Publishers, New York, 1993, s. 4

gibi sonuçlar ortaya koymuştur. Bu bağlamda Kanada Ceza Komisyonu'na göre, halkın cezalandırma ile ilgili bakış açısı gerçekte suçların %6'dan azı şiddet içerirken, bu gerçeği yansıtmayan verilere dayanmaktadır. Cezalandırma ile ilgili bakış açısındaki çarpıklık yalnızca halka yansıtılmak üzere seçilen suçların niteliği ile de ilgili değildir. Gazetelerce verilen ceza haberleri de gerçeği yansıtmamaktadır. En az %70 kadar haberde, haber yapılan ceza hapis cezası olup; haberlerin %10'undan daha azında para cezalarından söz edilmektedir. Gerçekte ise Kanada'da mahkûmiyetlerin yarısını, Birleşik Devletler'de ise dörtte üçünü para cezaları oluşturmaktadır²⁹⁷.

Yine Kanada Ceza Komisyonu'nun yaptığı bir araştırma, gazete haberlerinin %70'inin kısa olduğunu; suça faile ve cezanın gerekçesine ilişkin az bilgi verildiğini de ortaya koymaktadır. Buna göre cezalandırma haberlerinin %70'inde cezalandırmaya ilişkin hiçbir gerekçeye yer verilmezken, %20'sinde ise yalnızca bir tek gerekçeye yer verilmiştir²⁹⁸. Gerçekten Türkiye'de yapılan bir anket çalışmasına göre de anket kapsamında incelenen gazetelerdeki adli olaylara ilişkin haberlerin %32'sinde haber içerisinde gerekçenin, %50,3'ünde ise olayın geçmişi, yaşanan önceki gelişmeler, davanın tarafları gibi ön bilgilerin okurlara sunulmadığı sonucuna ulaşılmıştır²⁹⁹.

Bu bağlamda geneli yansıtmayan medyatik olaylarla ilgili medyadan edinilen üstelik de yetersiz bilgiler sonucunda, insanların çoğunluğunun bütün ceza hukukuna ve ceza muhakemesine ilişkin hatalı genellemelere varacağını söylemek yanlış olmaz.

Bu anlamda kamuoyunda cezaların hafif olduğu anlayışının yerleşmesinde gazete haberlerinin etkisini inceleyen ve Toronto gazetelerindeki haberler temel alınarak yapılan bir anket çalışmasına göre; deneklerin %51'i tarafından cezalar çok hafif bulunmuştur³⁰⁰. Diğer bir anket çalışmasına göreyse ceza haberini üç farklı gazeteden okuyan deneklerin az önce söz ettiğimiz ilk anket çalışmasındaki gibi büyük çoğunluğunun genel olarak cezayı çok hafif bulduğunu, bununla birlikte üç

²⁹⁷ Roberts/ Doob, **a.g.m.**, s. 452-453

²⁹⁸ **A.g.m.**, s. 453

²⁹⁹ **Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme**, Derleyen: Seda Kalem, İBÜ Yayınları, İstanbul, 2009, s. 128-130

³⁰⁰ Roberts/ Doob, **a.g.m.**, s. 454-456

gazeteyi okuyanların içerisinde en yüksek oranla sansasyonel haber yapan gazetenin haberini okuyanların cezadan tatmin olmadığını ve hakimın bütün faktörleri hesaba katmadan bir karar verdiğini düşündüklerini ortaya koymuştur. Bu deneyin sonucu tek bir ceza haberinin niteliğinin, cezaların genel olarak hafif olduğu görüşünü etkilediği yönünde yapılabilecek bir genellemenin izlerini taşımaktadır³⁰¹.

Yine bu bağlamda ideolojik ve düşük tirajlı gazetelerden ziyade, orta sınıfın değer ve hassasiyetlerini yansıtan gazetelerin şiddet suçlarına yayınları arasında çok geniş yer verdiği ve kamuda bu tür suçların arttığı inancını yaygınlaştırdığı da söylenmiştir³⁰².

Diğer yandan kitle iletişim araçları yoluyla etkilenmesi amaçlanan kişiler pasif birer alıcı ve istenildiği gibi şekil verilebilecek bir hamur olmayıp, kitle iletişim araçları yoluyla kendilerine sunulanlar içinden alacaklarını seçtikleri için aradaki pazarlığın bir tarafıdır³⁰³. Bize göre bu anlamda kitle iletişim araçlarıyla mesaj verenler ile bunu alan kitleler arasında bir arz-talep ilişkisi olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu nedenle medya elde ettiği bilgilerin haber yapmaya değer olup olmadığını tartarak, bunları seçici olarak haber yapar. Böylece ortaya çıkan haber ise gerçeği yansıtmaktan uzaktır.

Gerçekten medya tarafından yapılan haber çok şiddetli, çok hırslı veya çok ahlaksız faillerin çok savunmasız mağdurlara karşı işledikleri suçları ele alır. Sansasyonel suçları ele alan televizyon ve sinemada suçlular adalet önüne ancak çok yetenekli polisler, çok kuvvetli avukatlar, çok kurnaz özel dedektifler tarafından getirilir ki, bu yansıtılan imaj çok daha çarpıktır³⁰⁴. İşte medyanın adli haberi verişindeki çarpıklığın bir başka boyutu klişe tipler yaratılması şeklinde ortaya çıkar. Yapılan araştırmalar gazetelerin, kendi okurlarının klişe tiplerine ait özellikleri yansıttıkları, bazılarının suçluyu bir canavar gibi gösterirken, bazılarının bozuk düzenin zavallı bir mağduru olarak gösterdikleri, böylece mevcut klişe tipleri daha da güçlendirdikleri, bu sebeple damgalama (stigmatisation) konusunda en önemli rolü oynadıkları söylenmiştir³⁰⁵. Salas, medyanın suç haberlerini verişinde klişe tiplerin,

³⁰¹ **A.g.m.** , s. 458-460

³⁰² Dönmezer, **Kriminoloji**, s. 228-229

³⁰³ Dönmezer, **Kriminoloji**, s. 227

³⁰⁴ Barlow, **a.g.e.** , s. 4

³⁰⁵ Dönmezer, **Kriminoloji**, s. 228

tutku cinayeti, zevk cinayeti gibi kategorilerin, özellikle masumiyetin açık ve saf imajı olarak tutkuyla sevilen kurban gibi sempatik olsun veya olmasın tipik figürlerin bulunmasını; medyatik anlatımın kötünün beklenmezliğine tepki vermek, kötüyü alışılmış bir modelin içine almak, akla sığmayanın normalleşmesine katkıda bulunmak, kötünün dünyasını temize çıkarmak veya en azından kaosa karşı bir savunma hazırlamak işlevleriyle açıklamaya çalışmaktadır³⁰⁶.

Özetle bütün bu veriler, adalete ilişkin halkın başlıca haber kaynağı olan medyanın adli haberleri verişinde büyük bir çarpıklık³⁰⁷ olduğu gerçeğini ortaya koymaktadır. Söz konusu çarpıklık yalnızca son birkaç yıla veya ülkemize özgü olmayıp, çeşitli ülkelerde ve genel olarak var olan bir olgudur. Ülkemiz açısından bakarsak medyanın kişinin suçlu olarak algılanmasına neden olmak suretiyle çalışmamız kapsamındaki TCK m. 285/5'deki suçu oluşturabilecek yayınlarla, suçluyu özellikle de siyasi bir suçluysa bozuk düzenin mağduru olarak göstermek suretiyle suçu ve suçluyu övme (TCK m. 215) veya yine çalışmamız kapsamındaki adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs gibi suçları oluşturabilecek yayınların arasında gidip geldiğini söylemek yanlış olmaz. Böylece medyanın kitle iletişim özgürlüğünü aslında bu sınırlar dışında kullanması gerekirken, sözünü ettiğimiz arz-talep dengesi, rekabet ve okur/izleyici tavır ve beklentilerine, hatta yerine göre siyasi iktidar etkilerine de bağlı olarak bu sınırları zorlaması söz konusu olmaktadır. Medya adalet ilişkilerine ilişkin bu tespitler ışığında, medyanın devam etmekte olan muhakemeye ve suç siyasetine etkilerini aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklamaya çalışacağız.

2. Medya Adalet İlişkilerinin Ekonomik Yönü

Medya adalet ilişkilerine ilişkin olarak mutlaka dikkate alınması gereken iki temel veriye işaret edilmiştir. Bu görüşe göre³⁰⁸; “*adaletin zamanının, medyanın*

³⁰⁶ Denis Salas, **La Volonté de Punir: Essai sur le Populism Pénal**, Hachette Littératures, 2005, Floransa, s. 60

³⁰⁷ Aslında kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasının temelinde yatan bu çarpıklığın sosyal sistemin kendisinin içinde yaşadığı bir çelişki olduğu söylenmiştir. Şöyle ki bir yandan toplumda uygun görülmeyen şiddete izin verilmemesi, diğer yandan ise toplumun ana sosyal iletişim sisteminde sürekli şiddetin sunulması bir çelişkidir. Toplumca izin verilmeyen şiddetin tasvip edilmemesi hukuk temelinde, bu şiddetin sunulması ise iletişim araçlarını ellerinde bulunduranların ekonomik hırsları ve çıkarları temelinde aklileştirilebilirse de bu aklileştirmeler söz konusu garip ilişkiyi açıklayamamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Raymond Williams, **Televizyon, Teknoloji ve Kültürel Biçim**, Çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, Ankara, 2003, s. 102-103

³⁰⁸ Jacques Francillon, “Liberté d’expression, Dignité de la Personne et Présomption d’innocence”, **RPDP**, Nisan 2001, S. 1, s. 195

zamanı olmadığı” söylene de, aslında hakimin bir olayı aydınlatmak için harcadığı zaman ile gazetecinin araştırma yürütürken harcadığı zaman gibi bu ikisinin zamanlarının çakıştığı durumlar da söz konusudur. Bununla birlikte tarafların aleni olarak delilleri tartışabildiği duruşma aşaması medya için çok geçtir çünkü haber beklemez³⁰⁹. Haberin yayılma hızının, halkın beklentilerine yanıt vermesi ve pazar değerini belirlemesi, adalet medya ilişkileri bakımından dikkate alınması gereken en temel veridir³¹⁰. Gerçekten gazeteciliğin işleyiş prensibinin pazardaki rekabetle ve büyük kazançla ilişkili olduğu, bu sebeplerle polisten veya savcılıktan haber almak konusunda fazla rahat davranan basın bu haberi derhal yayınlamasının suni bir sınırlamaya tabi olmayan, mahkemelerin alışkın olduğu, doğal bir akış olduğu söylenmiştir³¹¹. Bu görüşteki yazara göre adil yargılanma kurallarıysa doğaya değil hukuka yani oldukça suni bir fikre dayandıkları için çatışmanın temelinde bu farklılık yatmaktadır³¹². Diğer yandan medyanın bu hızına karşılık adaletin yavaş ve temkinli olduğu bir gerçektir³¹³. Adaletin medyaya göre yavaş olmasını, hukukun tuhaf ritim bozukluğu olarak adlandıran bir başka yazara göre de, bu durum adalet ile medyanın amaçlarının farklı olmasından kaynaklanmakta ve adalet medya ilişkilerindeki yapısal sorunun temelinde yatmaktadır³¹⁴. Gerçekten bu amaç farklılığını, adalet medya ilişkisi bakımından ikinci bir önemli veri olarak kaydeden Francillon’a göre; her ikisi de bilgi toplayıcı olsa da hakimin özgürlüklerin bekçisi olma misyonuyla, gazetecinin demokrasinin bekçi köpeği olma ve bilgi verme misyonları farklıdır³¹⁵.

Bize göre gerek adalet ve medya arasındaki bu amaç farklılığı gerekse de kitle iletişim özgürlüğünün günümüzde kazandığı ekonomik boyut, birbirleriyle bağlantılı olan ve bu ilişkileri analiz ederken dikkat edilmesi gereken en temel verilerdir. Şöyle ki medya kitle iletişim özgürlüğüne, adalet ise adil yargılanma hakkına hizmet etmektedir. Bu yüzden yöntemleri ve amaçları farklı da olsa hem medyanın hem de adaletin nihai amaçlarının bu hak ve özgürlükler kapsamındaki hem kişisel hem de kamusal yararlar olması gerekir. Ancak “*Kültürel endüstri*” olarak da anılan medya, haberlerin toplanması, değerlendirilmesi, düzenlenmesi ve satışını amaç edinen bir

³⁰⁹ **A.g.m.**

³¹⁰ **A.g.m.**

³¹¹ Gerald, **a.g.e.** , s. 5

³¹² **A.g.e.**

³¹³ **A.g.e.** , s. 6

³¹⁴ Antoine Reinhard, “L’affichage médiatique, nouvelle sources du droit pénal, instinct et institutions”, **Rev. Sc. Crim.** , 2003, Temmuz-Eylül, S. 3, s. 546

³¹⁵ Francillon, **a.g.m.** , s. 195

sentez endüstrisi olarak faaliyet göstermekte ve maliyetleri gittikçe artan en mükemmel aktarım ve yayım tekniklerine başvurmaktadır³¹⁶. Gerçekten basın özgürlüğünün, Kıta Avrupası'nın geliştirdiği kapitalizmin; gelişen kitle iletişim araçlarının çağında yeni bir boyut kazanan kitle iletişim özgürlüğünün ise, Birleşik Devletler kökenli yeni bir kapitalist anlayışın ve küreselleşmenin getirdiği özgürlük anlayışları olduğunu ifade eden Alemdar, adalet medya ilişkilerini de doğrudan ilgilendiren bu ekonomik boyuta vurgu yapmaktadır³¹⁷. Alemdar'a göre Türkiye gibi demokratik gelenekleri ve kurumları bu tür gelişmelere karşı çok sağlam olmayan ülkelerde yasama, yürütme ve yargı eskisi gibi yavaş kalıp değişime ayak uyduramazken, dördüncü kuvvet olan medyanın gittikçe gelişen bu hızı söz konusu olan makasın daha da açılmasına yol açmaktadır³¹⁸. Günümüzde medya kuruluşlarının büyük sermayeler halinde ortaya çıktığını ifade eden Yarsuvat da gelir sağlamak amacıyla medya kuruluşlarının kamuoyunun ilgisini çekmesi mutlak olan adli haberlere çok fazla yer verdiklerine ve bunu yaparken haber verme sınırını aştıklarına işaret etmektedir³¹⁹.

Adalet medya ilişkileri bakımından bu tespitlerin kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışması bakımından sonucu ise; adli haberin verilişinin kamu yararı yerine kişisel ve ticari yararlar amacıyla kullanıldığı durumlarda, hem bireysel hem de kamusal yarar yönü bulunan adil yargılanma hakkının kitle iletişim özgürlüğü karşısında ağırlık kazanacağı hususudur³²⁰. Gerçekten medyanın gerçek bir sanayiye dönüşmesi kitle iletişim özgürlüğü ile bireysel özgürlükler arasındaki bağları derinden etkilemekte, bu özgürlüğün tekelleşen ve finansal araçları olan küçük bir azınlığın elinde kalmasına yol açmaktadır³²¹. İşte bu gelişmeler karşısında geleneksel olarak siyasi güç tarafından kamuoyunu kontrol etmenin aracı olarak kullanılan devlet kontrolünün, medya sektöründe yoğunlaşmanın ve tekelleşmenin

³¹⁶ Conseil De L'Europe, **La Presse et la Protection Des Jeunes**, Uzman Danışmanlar: M. Henri Michard ve Prof. T. E. James tarafından Avrupa Cezai Sorunlar Komitesi'ne sunulan rapor, Strasbourg, 1967, s. 35

³¹⁷ Korkmaz Alemdar, "Yargı ve Medya İlişkileri; Batı Deneyimleri, Türkiye'deki Durum, Mevzuat Eksiklikleri ve Hukuk Devleti" konulu tartışma, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, c. 2 (Ceza Hukuku, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku), s. 202

³¹⁸ **A.g.m.**

³¹⁹ Duygun Yarsuvat, "Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi", **İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No: 10, Ocak 1995,

<http://iudergi.com/tr/index.php/siyasal/article/view/12173/11431> ET: 31.01.2012, s. 104

³²⁰ **A.g.m.**

³²¹ Conseil De L'Europe, **a.g.e.** , s. 36

yarattığı propagandaya karşı pozitif bir boyut kazanabildiği söylenmiştir³²². O kadar ki, bu alanın ekonomik kazanç sağlama amacı gütmeyen ve özel bir kanunla düzenlenmiş özel hukuk tüzel kişilerine bırakılması önerilmiştir³²³. Gerçekten Hatemi'ye göre; çok çeşitli alanlarda faaliyet gösteren holdinglere bağlı medya kuruluşlarından demokrasi ve hukuk bilincine sahip yayın beklemek “*ciğeri kediye emanet etmek*”den farksızdır³²⁴.

3. Medyanın Devam Eden Muhakemeye Etkisi

a. Genel Olarak

Öncelikle medyanın devam eden muhakemeye etkisi başlığını boşuna kullanmadığımızı ifade etmeliyiz. Henüz ortada muhakeme sürecinin olmadığı bir durumda söz konusu olacak araştırmacı gazeteciliği, adli bir olayla eş zamanlı sürdürülen araştırmacı gazetecilikten ayırt etmek gerekir³²⁵. Bir üst başlık altında açıklamaya çalıştığımız tespitler ve çarpıklıklar henüz ortada muhakeme sürecinin olmadığı bir aşamada da söz konusu olabilir. Ancak bu aşama bizim çalışma konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır. Gerçekten bu aşamada araştırmacı gazetecilerin bir ihbar fonksiyonu olduğundan söz edilmiş ancak bu hafiyelik ödevinin de kişilerin özel hayatı ve şerefi için bir takım tehlikeler oluşturduğu söylenmiştir³²⁶. Örneğin bu aşamada gazeteci bir kişiyi işlemediği bir suçla itham ederek TCK'da adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmiş bulunun iftira suçunun faili olabilir. Ancak ortada daha henüz bir soruşturma veya yargılama süreci olmadığından, aynı şekilde TCK'da adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmiş ve çalışma konumuz kapsamında kalan, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz TCK m. 277, 285, 286, 288 gibi masumiyet karinesinin veya adil yargılanma hakkının ihlalini cezalandıran suçların faili olamaz.

³²² **A.g.e.**

³²³ Kezban Hatemi, “Hukuk ve Medya”, **YTD**, 1996, S. 12, s. 1400

³²⁴ **A.g.m.**, s. 1401

³²⁵ Patrick Auvret, “Le journaliste, le juge et l'innocent”, **Rev. Sc. Crim.**, 1996, S. 3, Temmuz-Eylül, s. 628

³²⁶ **A.g.m.**

b. Medyanın Adil Yargılanma Hakkı İhlalleri

Devam eden muhakeme süresince medya pek çok temel ceza muhakemesi ilkesine ve adil yargılanma hakkına zarar verebilmektedir³²⁷. Öncelikle davanın kalitesini düşüren medyanın adil yargılanma hakkı ihlallerinin; medyatik adaletin doğal hakim ilkesini tanımaması ve savunma haklarına zarar vermesi olmak üzere iki noktada yoğunlaştığı söylenmiştir³²⁸. Medyatik davada, medya sanığın doğal hakiminin yerine geçer ve böylece hukuk devleti tarafından oluşturulmuş hukuk düzeninin fiili olarak (de facto) yerini alır³²⁹. Medyatik davada savunma haklarına zarar verilmesiyle çelişmeli muhakeme ve silahların eşitliği ilkelerinin devamlı bir şekilde ihlal edilmesiyle gerçekleşir³³⁰. Medyatik dava taraftarlarının tanımadığı temel garantilerden biri de bir avukatın yardımından yararlanma hakkıdır, böylece medyatik dava bir medyatik linçe dönüşür³³¹.

Medyanın muhakeme süresince kişileri korumaya yönelik ilkelere de zarar verdiği söylenmiştir. Masumiyet karinesini³³² bu kapsamda, adil yargılanma hakkı boyutuyla değil kişilik hakları boyutuyla ele alan François'ya göre; medyanın yarattığı suçluluğun başlıca sebepleri, medyanın kamusal bir suçlayıcı rolü oynaması, genellikle sanığın yalnızca aleyhine olan öğeleri yayınlaması ve bunun araştırmacı gazetecilik olgusunun gelişmesiyle paralel gitmesidir³³³. Gerçekten özellikle tutuklama gibi koruma tedbirleri bakımından toplumun ilgisini çeken davalarda sanıkların "*cezaevine gönderildiği*" şeklinde masumiyet karinesini ihlal edici nitelikte haberler yapılırken, tahliye kararları ise, zaman zaman "*yönlendirilmiş (manipule edilmiş)*" beraatler olarak sunulmaktadır³³⁴. Medyatik bir davayla ilgili beraat kararları ise her zaman manipüle edilmese bile medyada beraat haberlerine önem verilmeyip, bunlar yayınlanmadıkları için, kişi toplum nazarında gerçekte

³²⁷ Dönmezer, **Basın ve Hukuku**, s. 310-311

³²⁸ Lyn François, "Le Droit du Proces Pénal a l'épreuve de la Mediatization", **RPDP**, Mart 2003, S. 1, s. 89-93

³²⁹ François, **a.g.m.**, s. 90-91; Medyatik davayı, Dönmezer basın hukukuyla bağlantılı olarak "*gazeteler aracılığıyla yargılama*" olarak adlandırmaktadır. Dönmezer, **Basın ve Hukuku**, s. 312

³³⁰ François, **a.g.m.**, s. 91-92

³³¹ **A.g.m.**

³³² Birleşik Devletler'de davaların medyada görülmesinin sıradan olduğu döneme bir son vermek suretiyle, medyatik davanın yarattığı adil yargılanma hakkı ihlalleri ve özellikle de jüri üyelerinin etkilenmesi konusunda bir dönüm noktası olan Sheppard v. Maxwell davasında, karısını öldürmekle suçlanan Dr. Sheppard hakkında adeta bir "*suçluluk karinesi (presumption of guilt)*" yaratıldığı ifade edilmiştir. Gerald, **a.g.e.**, s. 27

³³³ François, **a.g.m.**, s. 94

³³⁴ Fezyioğlu, **a.g.m.**, s. 144

beraat edememektedir³³⁵. Diğer yandan kamuoyunda büyük yankı uyandıran suçlarda, kolluk veya adalet soruşturmanın içeriğine ilişkin bilgi vermeksizin gözaltı veya tutuklama gibi tedbirlerle ilgili bilgi verdiği için kamuoyu bunlara ilave başka bilgiler de talep etmektedir³³⁶. Bu durumda da gazeteciler yalnızca gördüklerini haber yapma değil, kendi soruşturmalarını yürütme ve spekülasyonlarını yapma hakkını da kendilerinde görmektedir³³⁷. Gerçekten medyanın kendi soruşturmasını yaparak elde ettiği bilgiler, her medya kuruluşunun diğerinden önce haber yapmak isteği ve bunları doğrulamak için yeterli zamanın olmaması sebebiyle çoğunlukla parçalı ve gerçeklikten uzaktır³³⁸.

Adil yargılanma hakkı ihlalleri kapsamında mütalaa etmemekle birlikte François'ya göre davanın kalitesini düşüren bir başka ihlal de orantılılık ilkesinin ihlalidir³³⁹. Medyatik davada dosya aşırı medyatize olur, normalde adli olarak sıradan sayılan bir dava medyanın ilgisini çektiğinde, medya bütün gücüyle ve araçlarıyla soruşturmaya başlar ve buna ilişkin her dakika halkı bilgilendirir³⁴⁰. Bu şekilde medya tarafından soruşturma yürütülmesi de sanığın özel hayat hakkının ihlalini sonuçlar³⁴¹. Gerçekten yalnızca şüphelinin adının açıklanması bile erken ve olgunlaşmamış bir şekilde konunun kamuoyu önüne taşınmasına sebep olmakla kalmayıp, şüphelinin özel hayatı üzerinde bir adli mahkumiyetten daha zararlı sonuçlara yol açabilir³⁴². Orantılılık ilkesinin medya tarafından tanınmaması cezalar konusunda da kendini gösterir, böylece suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini de ihlal edebilir, ayrıca yargıçların bazen öngörülenden daha ağır cezalara hükmetmesine sebep olur³⁴³. Gerçekten medyanın öngördüğü ceza sanık ve hatta ailesi için daha sonra adaletin vereceği cezadan daha fazla acı vericidir³⁴⁴. Kanımızca bu tespitler ışığında bu sürecin cezaların şahsiliği ilkesini bile sanığın yakınları ve ailesine de zarar vererek ihlal ettiği söylenebilir.

³³⁵ Dönmezer, **Basın ve Hukuku**, s. 311

³³⁶ Auvret, a.g.m. , s. 628

³³⁷ **A.g.m.**

³³⁸ François, **a.g.m.** , s. 94

³³⁹ **A.g.m.** , s. 93-94

³⁴⁰ **A.g.m.** , s. 93

³⁴¹ **A.g.m.**

³⁴² Deltour/Gallez, **a.g.e.** partie 2: la presse, s. 18

³⁴³ François, **a.g.m.** , s. 93

³⁴⁴ **A.g.m.**

c. Haber Kaynaklarının Medyayla İlişkisi

1) Hakimler ve Savcılar

Hakimlerin ve savcılarının, avukatların aksine gazetecilerin haber kaynağı olmaktan uzak oldukları, adaletin uzun zamandan beri ordu gibi “büyük bir dilsiz” olarak görüldüğü söylenmiştir³⁴⁵. Bu bağlamda hakimlerin ve savcılarının avukatlara göre gazetecilerle daha az konuştukları, bu konuşmalarının kurumsal ve resmi nitelikte olduğu, ayrıca yeni nesil hakim ve savcılarının, öncekilerden farkının iletişim kurma istekleri olduğu tespitleri yapılmıştır³⁴⁶. Bazı yazarlar hakimlerin basındaki tartışmalara katılması, adaletle ilgili genel sorunlar hakkında görüş beyan etmesi, ve adalet sisteminin işleyişi hakkında röportaj vermesi şeklinde son yıllarda ortaya çıkan bu eğilimin olumlu olduğu görüşündedir³⁴⁷. Söz konusu eğilim hakimlerin ve savcılarının siyasi güce karşı mücadelelerinde sendikalaşması ve yeni iletişim biçimlerinin ortaya çıkması olmak üzere iki temel sebebe bağlanmıştır³⁴⁸.

Medyayla daha çok iletişim kuran hakim ve savcılarının medya da hiyerarşik olarak bu kişileri tercih ettiği için Yargıtay üyeleri gibi üst düzey görevlerde yer alan kişiler oldukları, ayrıca medyayla iletişim kuran hakim ve savcılarının çoğunun ceza muhakemesiyle ilgili görev yaptıkları, bunların içinde de sulh hakimlerinin, savcılara göre daha dar bir manevra alanının olduğu söylenmiştir³⁴⁹. Savcılarının ise hukuki olduğu kadar zaman, para ve personele bağlı sınırlamalarla da karşı karşıya olduğu; savcılarının en büyük ikileminin ise, gizlilik yükümlülüklerine karşılık, medyanın polisten, tanıklardan veya savcılık personelinden adil yargılamayı tehlikeye atabilecek nitelikte bilgi alma isteği olduğu vurgulanmıştır³⁵⁰.

Medyanın hakim ve savcılarla iletişiminde başlıca konular; hukuksal noktalar, usule ilişkin konular veya teknik sorulardan oluşmaktadır³⁵¹. Adalet bakanının

³⁴⁵ Civard-Racinais, *Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulistes D'une Relation Ambiguë*, s. 67

³⁴⁶ **A.g.e.**

³⁴⁷ Detour/Gallez, **a.g.e.**, partie 3: Les sources du journaliste, s. 26

³⁴⁸ Civard-Racinais, *Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulistes D'une Relation Ambiguë*, s. 67-68

³⁴⁹ **A.g.e.**, s. 68-69

³⁵⁰ Gerald, **a.g.e.**, s. 10

³⁵¹ Civard-Racinais, *Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulistes D'une Relation Ambiguë*, s. , 71

veya bir başsavcının atanması, ceza muhakemesi reformu gibi adli bir olaya ilişkin sıkça karşılaşılan sıcak röportajlarda; esasa ilişkin yorumlardan çok buna verilen sıcak tepkinin medyanın ilgisini çektiğinden söz edilmiştir³⁵².

2) Avukatlar

Avukatların gazetecilerin ayrıcalıklı haber kaynaklarından olduğu, haber kaynağı sorulan bütün gazetecilerin öncelikle ve sistematik olarak avukatları işaret ettikleri söylenmiştir³⁵³. Avukatların basın/medya ile iletişimlerinin, bazı avukatların kişiliğiyle ilgili olan “*narsistik yarar*” beklentileri ve savunmanın menfaati temeline dayanan mesleğin doğası olmak üzere iki gerekçesi olduğu ileri sürülmüştür³⁵⁴. Bu kapsamda avukatın medyayla ilişkilerinde savunma görevinin ön plana çıkarılıp bu narsistik yanın gizlendiği, medyatik kişiliğin kendi sesine ve görüntüsüne müptela olabildiği bu gibi durumlarda, avukatların deontolojik olarak kınanması gereken davranışlar sergilediği tespitleri yapılmıştır³⁵⁵. Bununla birlikte kişisel itibar için kullanılmadıkdan sonra meslek sırrıyla iç içe geçmiş hususların medyada yer almasının bile bir sakıncası olmadığı, müvekkilin “*gerçeğinin*” avukat tarafından medyayla paylaşılacağı ancak bunun sürekli olarak sırların ifşasına neden olacak şekilde yapılmaması ve avukatın “*adliye pazarı*”ndan yana davranışlar sergilememesi gerektiği ifade edilmiştir³⁵⁶. Burada “*adliye pazarı*” ile kastedilen medya adalet ilişkileri bakımından belirleyici olan yukarıda ifade ettiğimiz arz-talep dengesi ve ekonomik boyuttur. Diğer yandan medya adalet ilişkileri genelinde medya açısından söz konusu olan ekonomik boyutun, medya avukat ilişkileri özelinde yalnızca medya bakımından değil avukat bakımından da söz konusu olabileceği söylenmelidir. Bu anlamda mesleği yapmakta direnen özellikle genç avukatlar bakımından avukatlığın giderek yoksullaşan bir meslek olduğu ve avukatların reklam

³⁵² A.g.e. , s. 71-72

³⁵³ A.g.e. , s. 63

³⁵⁴ Alexandrine Civard-Racinais, **La Plume et la Balance**, Editions Kimé, Paris, 1995, s. 59; Bir yazara göre de Türkçe’de gurur, onur, iftihar, kibir gibi anlamlara gelen “*pride*” medya-adalet ilişkilerinde gerek gazetecilerin, gerekse de hakimler ve avukatların mesleklerini icra ederken ilham aldıkları çok önemli bir etkidir. Bkz. Gerald, a.g.e. , s. 21-22; Kanımızca bu duygu, medya-adalet ilişkisinin aktörlerinin kendi davranışlarını alabildiğine meşrulaştırırken kullandıkları bir gerekçe olabilir. Diğer yandan avukatlar bakımından narsistik yarar ve savunma görevinin gerekleri gerekçeleri sıralanırken, tam da bunların birleştiği noktada, gurur ve onurdan söz edilmelidir, işte bu gurur ve onurun ne zaman kibire dönüştüğü aslında tespiti hiç de kolay olmayacak psikolojik bir olgudur.

³⁵⁵ Civard-Racinais, **La Plume et la Balance**, s. 59-60

³⁵⁶ A.g.e. , s. 60

yasağına rağmen ün ve müvekkil kazanmanın yolu olarak medyayı kullanan meslektaşlarıyla, çetin bir rekabet içine sürüklendiği söylenmiştir³⁵⁷. Gerçekten avukatların kendi şöhretini artırmak ve müvekkil çevresini genişletmek için medyayı çok sevdiği ancak medyayı bu amaçlarla kullanmalarının pek sık yaptırımı uğramamakla ve meslek kuruluşları tarafından göz yumulmakla birlikte deontolojik olarak tasvip edilemez olduğu görüşleri ileri sürülmüştür³⁵⁸.

Müvekkilinin yararı gerektiriyorsa avukatın medyayla bilgi paylaşabileceği açıktır³⁵⁹. Bize göre avukat basın/medya ilişkileri bağlamında avukatın savunma görevini yerine getirmek için medyadan yararlanması asıl üzerine durulması gereken önemli noktadır. Bu anlamda savunma görevini yapan avukatın yalnızca kanunu, vicdanını ve müvekkilini hesaba katarak, özellikle masumiyet karinesinin içinin boşaltıldığı, siyasi iktidar veya hiyerarşi sebebiyle bir davanın frenlendiği, temel ilkelere saygı gösterilmediği durumlarda; uyuşmazlığı medya zeminine taşıdığından, yerine göre kışkırtıcılık yaptığından ve böylece gazetecilerin isteyerek veya istemeden savunmanın bir yedek oyuncusu haline geldiğinden söz edilmiştir³⁶⁰. Özellikle bazı ağır ceza davalarında, avukatlar adli zeminin yeterli olmadığını, Anglo-Sakson avukatlarından farklı olarak karşı soruşturma yapma hakları da bulunmadığından müvekkillerini savunmak istiyorlarsa medya zeminini de kullanmaları gerektiğini anlamaktadırlar³⁶¹.

Avukatların savunma görevlerini yerine getirmek amacıyla özellikle üç durumda medyadan yararlandıkları söylenmiştir. Bunlar diğer tarafın bilgileri yönlendirmesi, yürütmenin veya yargının engellemesi ve adli hata gibi durumlardır³⁶². Birinci durumda³⁶³, avukat medyaya bilgi vererek, savunmanın doğrularını ortaya koyar, böylece çelişmeli muhakemeyi, silahların eşitliği ilkesini gerçekleştirir ve savunmayla iddia arasında bozulan dengeyi yeniden tesis eder, hatta böyle bir denge mutlak olamayacağı için ibreyi savunma lehine çevirir. Kamuoyunun ilgisini suçluluk, suçsuzluktan daha çok çektiği için avukatın sessiz ve tepkisiz

³⁵⁷ Civard-Racinais, *Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulistes D'une Relation Ambiguë*, s. 62-63

³⁵⁸ Civard-Racinais, *La Plume et la Balance*, s. 60; Civard-Racinais, *Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulistes D'une Relation Ambiguë*, s. 63

³⁵⁹ Deltours/Gallez, *a.g.e.*, partie 3: les sources du journaliste, s. 24

³⁶⁰ Civard-Racinais, *La Plume et la Balance*, s. 61

³⁶¹ *A.g.e.*

³⁶² *A.g.e.*, s. 60-66

³⁶³ *A.g.e.*, s. 62-63

kalmayarak savunma görevini yerine getirirken medyadan bu yönden yararlanması savunma açısından daha iyidir³⁶⁴. Avukatların bir davayla ilgili yanlış verilerin olduğu, iddia makamının dolambaçlı bilgiler verdiği, söylentilerin şişirildiği bir durumda savunma amacıyla ikna etmek, biçimlendirmek, hatta bu ahlaki amaca dayalı olduğu ölçüde güdümlenmek³⁶⁵ için medyayı etkilediğinden ve bunu yaparken savunmanın menfaatine olan doğruyu, bir başka deyişle kısmi bir doğruyu ortaya koyduğundan söz edilmiştir³⁶⁶.

Yürütmenin veya yargının frenlemesinin hatta engellemesinin söz konusu olduğu ikinci durumda yasal olan bütün araçlar yararlıdır, avukat böyle bir durumda iletişim yolunu seçer ancak bazen iletişim ile güdümlenmek arasındaki manevra alanı dardır³⁶⁷. Örneğin savcılar ve hakimleri medya yoluyla korkuttuğundan ve bu korkutmanın genellikle önemseneceğinden söz eden bir avukatın ileri gittiğinden, medyanın bu şekilde kullanılmasının kamuoyunun güdümlenmesine sebep olacağından, hakimlerin üzerinden baskı kuracağından ve böylece yargıyı etkilemeye sebep olacağından söz edilmiştir³⁶⁸.

Medyanın ilgisinin muhtemel bir adli hataya çekilmesinin amaçlandığı üçüncü durumla ilgili olarak³⁶⁹; adalet millet adına karar verdiği için milletın adalet üzerinde bir kontrol aracı olmasının normal olduğu, özetle avukatın bir adli hatanın söz konusu olduğunu fark ettiği her durumda medya yoluyla kamuoyu oluşturmasının meşru olduğu söylenmiştir.

3) Diğer Kişiler

Adli habercilikte medyanın birincil haber kaynağı olarak nitelenen avukatlar ve artık medyayla iletişime geçmekte tereddüt etmedikleri söylenen hakim ve savcılar dışında zabıt katipleri, taraflar, polis, jandarma ve diğer gazeteciler de haber

³⁶⁴ A.g.e. , s. 62

³⁶⁵ Bu kavram Büyük Türkçe Sözlük’de “*Bir görüş, kanı ya da inancı benimsetme ve aşılama çabası*” olarak tanımlanmıştır. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> ET: 17.01.2012

³⁶⁶ Civard-Racinais, *La Plume et la Balance*, s. 63

³⁶⁷ A.g.e. , s. 64

³⁶⁸ A.g.e. , s. 64-65

³⁶⁹ A.g.e. , s. 65-66

kaynaklarını oluşturmaktadır³⁷⁰. Bu kapsamda adli haber/haberci türleri³⁷¹ ile haber kaynakları arasında bir irtibat kurulmaya çalışılmıştır. Zabıt katipleri pazarlık konusu olmayacak bilgilere sahip olmakla birlikte, hangi olayda duruşma aşamasına gelindiği, duruşmanın hangi tarihte yapıldığı ve hangi avukatların hazır bulunduğu gibi hususlarda bilgi vererek gazetecinin işini kolaylaştırabilir³⁷². Ancak bu kaynağın yerel veya bölgesel üçüncü sayfa habercileri ve adliye muhabirleri için önemli olduğu söylenebilir de, araştırmacı uzman gazeteciler için aynı sonuca ulaşamayacağı ifade edilmiştir³⁷³. Yine taraflar da örneğin mağdur ve ailesi genellikle üçüncü sayfa habercileriyle, sanık ise çok az rastlanmakla birlikte araştırmacı gazetecilerle iletişim kurar ve adliye muhabirleriyle iletişim kuranlara ise neredeyse hiç rastlanmamaktadır³⁷⁴. Polis ve jandarmanın ise üçüncü sayfa habercileri ve araştırmacı gazeteciler için önemli bir kaynak olduğu söylenmiştir³⁷⁵. Ancak bu önemli kaynağın medya-adalet ilişkileri bakımından adil yargılanma hakkı ihlallerinde başlıca zayıf halkalardan olduğu söylenmelidir. Nitekim Amerikan Barolar Birliği'nin (Amerikan Bar Association) medya adalet ilişkilerindeki sorunların çözümüne ve adil bir yargılamanın sağlanmasına yönelik oluşturduğu komite 1966 yılında kolluk görevlilerinin büyük bölümünün gazetecilerle arkadaş gibi konuştuklarını, gazetecilere suçla ilgili verebilecekleri her türlü bilgiyi verdiklerini ve böylece adil yargılanma kurallarını ihmal ettiklerini ya da yok saydıklarını tespit etmiştir³⁷⁶. Bu olguda polisin aslında disiplin altında çalıştığı kabul edilse de, çoğunlukla yalnızca kendi kendini denetlemesi ve üstlerinin gözlerinden uzak çalışması, ayrıca şiddetle ve suçlulukla en çarpıcı şekilde doğrudan muhatap

³⁷⁰ Civard-Racinais, **Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulistes D'une Relation Ambiguë**, s. 72

³⁷¹ Bir yazar; ceza muhakemesiyle ilgili haber yapan medya mensuplarını kendi aralarında üçüncü sayfa habercileri, demokrasinin bekçi köpeği olarak nitelendirilen araştırmacı/soruşturmacı gazeteciler ve adliyede duruşmaları takip eden adliye muhabirleri olmak üzere üçlü bir sınıflandırmaya tabi tutmuştur Civard-Racinais, **Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulistes D'une Relation Ambiguë**, s. 33-42; Diğer bazı yazarlar ise adli haberci türlerini adli haber türlerini temel alarak; kaza, yangın, felaket gibi üçüncü sayfa haberlerini haber yapan üçüncü sayfa habercileri, duruşmaları ve davaları takip eden gazeteciler (Bunların siyasi nitelikli bazı davalarda siyasi gazetecilik ile adli habercilik arasında gidip geldikleri söylenmiştir.), bir olayı açığa çıkararak, adalet önüne gelmesini sağlayan araştırmacı/soruşturmacı gazeteciler, tarihsel niteliği olan davaları takip eden hem tarih, hem de hukuk bilgisine sahip olan gazeteciler ve uluslar arası ceza mahkemelerinde görülen davaları takip eden gazeteciler olarak sınıflandırmıştır. Deltour/Gallez, **a.g.e.**, partie 2: la presse, s. 16-17

³⁷² Civard-Racinais, **Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulistes D'une Relation Ambiguë**, s. 72-73

³⁷³ **A.g.e.**

³⁷⁴ **A.g.e.**, s. 73

³⁷⁵ **A.g.e.**

³⁷⁶ Gerald, **a.g.e.**, s. 5-6

olması sebebiyle suçlulukla daha sert mücadele edilmesi doğrultusunda bir takım düşünceler geliştirmesi etkilidir³⁷⁷.

4. Medyanın Suç Siyasetine Etkisi

a. Genel Olarak

Medyanın adli haberi veriş biçimindeki yukarıda açıklamaya çalıştığımız çarpıklıkların, devam eden ceza muhakemesi gibi suç siyasetini de etkilediği bir gerçektir. Yapılan yüzlerce araştırma ve anket medyanın gündem belirlemesinin ve yönlendirmesinin suç olgusuna ve özellikle de ele alınan belirli konulara halkın dikkatini çektiğini ortaya koymaktadır³⁷⁸. Örneğin 5237 sayılı TCK’da kasten insan öldürme suçunun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren nitelikli halleri arasında önceki kanunda bulunmayan “*töre saiki*”yle işlenmesi haline yer verilmesinde, söz konusu toplumsal sorunu Türk medyasının “*töre cinayeti*” olarak adlandırıp, yoğunlukla işleminin etkisi yok sayılmaz.

Medyanın suç olgusunun önemine dikkat çekmekteki yeteğini ortaya koyan veriler bu kadar net olmakla birlikte, halkın medyanın etkisiyle daha ağır cezalardan yana ve cezalandırma yanlısı görüşlere sahip olmasının altında yatan etkenler, bu kadar net olarak ortaya konulamamıştır³⁷⁹. Bu konuda çeşitli disiplinlerden gelen

³⁷⁷ A.g.e. , s. 9-10

³⁷⁸ Sara Sun Beale, “The News Media’s Influence on The Criminal Justice Policy”, Duke Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No:148, 2007; William and Mary Law Review, 2006, c. 48, S. 2, s. 442 http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=964647
ET: 20.02.2012

³⁷⁹ Beale, a.g.m. , s. 446; Örneğin medyanın suç siyasetine etkisiyle ilgili Birleşik Devletler’de yapılan bir araştırmada, medya tüketimiyle suç korkusu, cezalandırma yanlısı görüşler ve polisin etkinliğine ilişkin kamuoyu algısı arasındaki ilişkilerin ne olduğu sorularına yanıt aranmıştır. Bu anket çalışmasında haftada ortalama 15 saat televizyon izleyen deneklerin, %42’sinin düzenli olarak suça ilişkin programlar izledikleri, %20’sinin ise suç haberine ilişkin ana haber kaynaklarının gazeteler olduğu ortaya konmuştur. Yukarıdaki tespitlerimizden sonra söz konusu araştırma sonuçlarının oldukça ilginç olduğu söylenmelidir. Bu anket çalışmasına göre 0’dan 11’e kadar yapılan bir derecelendirmede deneklerin yalnızca 4.09 oranında cezalandırma yanlısı görüşlere sahip olduğu ortaya çıkmıştır. Aynı araştırmaya göre deneklerin %58.2’sinin üniversite mezunu olduğunu, üstelik de bu kişilerin belki de kaybedecek şeyleri daha fazla olduğundan ilginç bir şekilde daha fazla suç korkusuna sahip olduklarını vurgulamakta yarar vardır. Aslında bu anket çalışmasında düzenli olarak suç programı izleyen deneklerin daha fazla suç korkusuna sahip olduklarını, suç korkusuna sahip olan deneklerin ise cezalandırma yanlısı görüşlere daha çok sahip olduklarını gösteren bir takım verilere ulaşılmıştır. Bununla birlikte bu sonuçlar bakımından her iki ilişki de zayıftır. Özellikle cezalandırma yanlısı görüşler için belirleyici değişkenler sırasıyla ırk, eğitim durumu ve gelir durumu olup, suç korkusu bunlardan sonra gelmektedir. İşte bu yüzden, bu anket çalışmasında medya tüketimi ile cezalandırma yanlısı görüşler arasında doğrudan bir ilişki ortaya konulamamıştır. Kaldı ki bize göre bütün bu ilişkiler ortaya konulsa bile medyanın etkilediği halkın suç siyasetine ve siyasetçiye etkisi

araştırmacılar arasında tam bir uzlaşma olmasa da, medyanın cezalandırma yanlısı görüşleri etkilediği konusunda görüş birliği vardır³⁸⁰.

Gerçekten bazı araştırmalar, halkın ceza adaleti sistemi ile ilgili birincil haber kaynağı olan medyanın ceza adaleti sistemiyle ilgili doğru bilgi vermemesinin, halkta korku seviyesini ve cezalandırma yanlısı görüşleri artırdığını ortaya koymaktadır³⁸¹. Hem kriminologlar hem de medya alanında çalışan akademisyenler tarafından savunulan bu görüşe göre; halkta suç korkusunun artmasının temel sebebi medyanın çoğunlukla şiddet içeren suçları işlemesidir³⁸².

Bu bağlamda suç korkusunun panik ceza kanunlarının kabul edilmesi olgusuna yol açmasına da dikkat çekilmiştir³⁸³. Dönmezer'e göre de; medyanın suç haberini gereğinden fazla ve abartılı olarak vermesi suç olgusunu anlamayı ve uygun bir tepkide bulunmayı güçleştirmekte, çağımızda medyanın bir hastalığı olan bu hal, toplumda bir tür panik halini alan bir suç korkusuna yol açmaktadır³⁸⁴. Medyanın sansasyonel haber yapmak suretiyle gelişimine ve yayılmasına öncülük ettiği bu abartılı algı, "*ahlaki panik(moral panic)*" olarak adlandırılmaktadır³⁸⁵. İşte medyanın yol açtığı bu panik karşısında şiddet suçu kurbanlarının başına gelen kötülüğün suç ortağı gibi görünmek istemeyen politikacı yarının seçmenini ve anın kamuoyunu inandırmak için gecikmeksizin tepkisini ve kararlılığını göstermek zorunda kalır³⁸⁶. Örneğin Birleşik Devletler'de uyuşturucu suçlarıyla ilgili federal kanunların hazırlandığı 1986 ve 1988 yıllarında, seçim öncesi medyada uyuşturucuya ilişkin manşetlerin yer alması üzerine, politikacıların birbirleriyle yarışarcasına daha ağır ceza kanunları girişimlerinde bulunduğu söylenmiştir³⁸⁷. Böylelikle, acelenin hukuki anlatımı biçimlendirdiği bir toplumda bir tür kazuistik gelişigüzel kanun yapma olgusu gelişir³⁸⁸. Bu olgu bazen yalnızca bir kanun teklifiyle ortaya çıkar ve hazırlık

ayrı bir çalışma konusudur. Araştırmayı yapan yazarın belirttiği gibi bu konuda daha fazla araştırma yapmaya gereksinim vardır. Söz konusu araştırma için bkz. Kenneth Dowler, "Media Consumption and Public Attitudes Toward Crime and Justice: The Relationship Between Fear of Crime, Punitive Attitudes, and Perceived Police Effectiveness", **Journal of Criminal Justice and Popular Culture**, 2003, c. 10, S.2, s. 109-126, <http://www.albany.edu/scj/jcpc/vol10is2/dowler.html> ET: 17.01.2012

³⁸⁰ Beale, **a.g.m.** , s. 447

³⁸¹ Velasquez, **a.g.m.** , s. 12

³⁸² Beale, **a.g.m.** , s. 453

³⁸³ **A.g.m.** , s. 456

³⁸⁴ Dönmezer, **Kriminoloji**, s. 229

³⁸⁵ Beale, **a.g.m.** , s. 456-457

³⁸⁶ Salas, **a.g.e.** , s. 88

³⁸⁷ Dennis Hoffman, **Criminal Justice**, IDG Books, Foster City, 2000, s. 8

³⁸⁸ Salas, **a.g.e.** , s. 88

çalışmaları aşamasında kalır, bazen resmi gazetede yayımlanan kanunun ayrıntıları, yürürlükten kaldırılması veya değiştirilmesi hakkında kamuoyu bilgilendirilmez³⁸⁹. Bu durumda kanunun kolektif bilinçte dokunaklı etkisi varlığını sürdürebileceği gibi³⁹⁰, bazen de bunlar varlığını zamanla kanun koyucunun bile unuttuğu, uygulanmalarına gerek kalmayan “*arkaik dolmen*”lere dönüşür³⁹¹. Gerçekten Alacakaptan’ın “*öteki ceza hukuku*” olarak adlandırdığı bu durum, ülkemizde de kamuoyu tepkisiyle harekete geçen kanun koyucunun, acele ve telaşla hukuksal değil siyasal çözümler içeren panik kanunlar çıkarması şeklinde gerçekleşmektedir³⁹².

Halkın cezalandırma yanlısı görüşlere sahip olması suç korkusu dışında medyanın yarattığı “*tanzim*” ve “*ırksal simgeleme*” olarak adlandırılan başka etkenlere de bağlanmıştır³⁹³. Bu kapsamda medyanın suç haberini verirken tanzimin konuya göre tanzim yani “*thematic framing*” şeklinde değil de “*episodic framing*” olarak adlandırılan düzensiz şekilde yapılmasından ve “*stock scripts*” olarak adlandırılan hazır senaryolara başvurulmasından söz edilmiştir³⁹⁴. Gerçekten medyanın bu anlatım biçiminin popülizmin iletken organı olduğunu vurgulayan Salas’a göre de; medya olaylara anlam yükleyip, olayların aktörlerine söz vererek itibar kazandırmak suretiyle, gerçeği açıklarken onu biçimlendirir ve toplumu da aynı biçime sokar³⁹⁵. Medyanın suç haberini verirken böyle bir düzensiz tanzim yöntemi kullanması suç olgusunun sosyal ve siyasi kurumlardan ziyade haberde anlatılan kişilere bağlanmasına yol açar³⁹⁶. Yine bu bağlamda medyanın hazır senaryolara başvurmamasının, ırksal klişetiplerin ortaya çıkmasını ve böylece bilginin damıtılarak olayların, konuların ve davranışların önceden öngörülebilir belli roller çerçevesinde anlaşılmasını sağladığı söylenmiştir³⁹⁷.

b. Medyanın Suç Siyasetine İlişkin İkelere Zarar Vermesi

Medyanın suç siyasetine etkisi, medyanın muhakemeye etkisi başlığı altında açıklamaya çalıştığımız gibi bu aşamada da suç siyasetine ilişkin yapılması gereken

³⁸⁹ Reinhard, **a.g.m.** , s. 548

³⁹⁰ **A.g.m.**

³⁹¹ Alacakaptan, “Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar ya da Öteki Ceza Hukuku”, s. 14

³⁹² **A.g.m.** , s. 47

³⁹³ Beale, **a.g.m.** , s. 447-462

³⁹⁴ **A.g.m.** , s. 448

³⁹⁵ Salas, **a.g.e.** , s. 57-58

³⁹⁶ Beale, **a.g.m.** , s. 448

³⁹⁷ **A.g.m.** , s. 449

cezaya liyakat ve cezaya muhtaçlık değerlendirmeleri kapsamındaki çeşitli ilkelere zarar verilmesi şeklinde ortaya çıkar³⁹⁸.

Öncelikle medyanın devam eden ceza muhakemesi süresince soruşturmanın gizliliğini ve bu kapsamda özellikle masumiyet karinesini sıklıkla ihlal etmesinin, kanun koyucuyu da etkileyeceği açıktır³⁹⁹. Bunun nedeni yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi davaların adil yargılanma hakkını hiçe sayarcasına medya önünde de görülmesidir. Gerçekten duruşma salonunu tiyatroya benzeten bir yazara göre⁴⁰⁰; “*Davalar oyuncularını gerçek, sahnesi duruşma salonu, seyircileri ise jüri olan bir oyundur.bunun kamuoyu tarafından nasıl algılanacağı çoğunlukla medyaya bırakılmıştır.*” Salas’a göre de güçlü kitle iletişim araçlarının çağında, medya kaygı, skandal ve korkudan oluşan bir oyun kurar, biçimlendirir ve adaletin yerinde geçer⁴⁰¹. İşte ceza muhakemesi sonunda olduğu gibi, adil yargılanma hakkının tanınmadığı medyatik davanın sonunda da bir hüküm verilir, medyanın suç siyasetini biçimlendirmeye başlayacağı temel nokta budur. Erem⁴⁰² de adalet haberlerinin sonucu olarak, mahkeme hükmünden evvel peşin, gayri resmî, sorumsuz ve fakat daha etkili olarak verilen bu hükmü “*halk hükmü*” olarak adlandırmaktadır. Adil yargılanma hakkının hiçe sayıldığı, yukarıda ana ilkelerini ayrıntılı olarak açıklamaya çalıştığımız medyatik muhakemenin sonunda beraat değil bir ceza hükmünün verileceği, üstelik de bunun oldukça hızlı olacağı açıktır. Salas, yeni ve en ürkütücü ceza olarak ortaya koyduğu bu durumu “*medyatik kınama*” olarak adlandırmaktadır⁴⁰³. Bir başka yazar ise bu oyun niteliğindeki medyatik muhakemenin sonunda verilen ceza hükmünü “*kolektif kınama*” ve “*bilincin hakim olmadığı, kurgusal bir cezalandırma*” olarak ifade etmektedir⁴⁰⁴.

Bu noktada medyatik muhakemenin sonunda verilen halk hükmünün uzun vadeli etkileri konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir yazara göre suç haberinin haber değeri zamanla düştüğü için mahkemenin vereceği karardan bağımsız olarak çoğu zaman suçun, davanın ve sanığın son bulmayan tarihsel önemi

³⁹⁸ Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 668-735

³⁹⁹ Taevernier, **a.g.m.**, s. 33

⁴⁰⁰ **The Press On Trial-Crimes and Trials As Media Events**, Greenwood Press, Editör: Lloyd Chiasson Jr., Westport Connecticut, 1997, s. x-xi

⁴⁰¹ Salas, **a.g.e.**, s. 60-61

⁴⁰² Erem, “Adliye ve Basın Haberleri”, s. 1006

⁴⁰³ Salas, **a.g.e.**, s.

⁴⁰⁴ Reinhard, **a.g.m.**, s. 547

açısından kamuoyunun fikri nihai hükmü belirler⁴⁰⁵. Bununla birlikte aynı yazara göre bazı davalar özellikle medyaya konu edilmelerinin sonucu olarak anayasayı yeniden yazdırmak, savaflara sebep olmak, kurumları yenilemek, kamuoyunu biçimlendirmek, toplumu değiştirmek gibi uzun vadeli etkilere sahip olmakla birlikte, bir davanın medyanın yazdıkları ve halkın algıladıkları dışında da bu gibi sonuçlara yol açması olasıdır⁴⁰⁶. Erem'e göreyse halk hükmünün mü muhakeme hükmünün mü, geçen zamana dayanabileceği ve diğerinden daha haklı olduğunu ispatlayacağı önceden bilinemez⁴⁰⁷. Buna karşılık Salas'a göre, ceza hukukunda popülizmin ortak korkulara verilecek bir kurban arayan arka planı medyatik kınama olarak adlandırdığı antropolojik temel üzerinde durmaktadır, suç ile bozulan, ceza ile ortadan kaldırılmalıdır, "*Cezanın ruhu, gerçek ceza, genel kınamadır*" ve bu en telafisi imkansız ceza olup, hiçbir prosedür veya iade-i itibar bunu hafifletemez⁴⁰⁸. Kanımızca halk hükmü/kolektif ve medyatik kınama, medya adalet ilişkilerinde muhakemeyi etkileme aşamasından, suç siyasetini etkileme aşamasına geçilmesinde bir köprü işlevi görür. Medyanın işlediği çeşitli davalar münferit olarak hafızalardan silinse de, bir bütün olarak medyanın bu anlatım biçimiyle birleşir ve suç siyasetini biçimlendirir.

Bize göre bu olgunun ihlal ettiği en temel suç siyaseti ilkerinden biri ceza muhakemesinde masumiyet karinesinin alt unsurlarından "*şüpheden sanık yararlanır*" "*in dubio pro reo*" ilkesinin, kanun koyucuya ve Anayasa mahkemelerine yönelik farklı bir görünümü olan "*şüphe halinde özgürlük tercih edilmelidir*" olarak formüle edilebilecek "*in dubio pro libertate*" ilkesidir⁴⁰⁹. Bir davranış kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenirken, onun yalnızca cezaya layık olması yeterli olmayıp aynı zamanda ceza normuyla düzenlenmesi yönünde mantığa uygun bir ihtiyacın da bulunması gerekir⁴¹⁰. İşte "*in dubio pro libertate*" ilkesi, yapılması gereken cezaya muhtaçlık değerlendirmesi kapsamında orantılılık ilkesinin bir yansıması olup, belirli bir amaç bakımından ceza hukuku dışındaki

⁴⁰⁵ **The Press On Trial-Crimes and Trials As Media Events**, s. x-xi

⁴⁰⁶ **A.g.e.**

⁴⁰⁷ Erem, "Adliye ve Basın Haberleri", s. 1006

⁴⁰⁸ Salas, **a.g.e.**, s. 61

⁴⁰⁹ Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 718

⁴¹⁰ **A.g.e.**, s. 711

araçların yeterliliğinin şüpheli olduğu durumlarda, ceza normu yaratmanın değil özgürlüğün tercih edilmesini ifade eder⁴¹¹.

Bu bağlamda medya adalet ilişkilerinde medyanın üzerine en çok gittiği kurumun “ceza” olduğu söylenmelidir⁴¹². Medya cezalandırmak konusunda bu kadar çok haber yaparken, suç olmaktan çıkarmadan ise hiç söz etmez⁴¹³. Özellikle medyanın yarattığı popülizm, medyanın abartılı, eksik ve yönlendirici bilgilendirmesi sonucu, cezaların azlığından yakının ve cezalandırma arzusuyla⁴¹⁴ dolan bir kamuoyunun oluşmasını sonuçlamaktadır. Bu durumun ise suç siyasetinde, yine orantılılık ilkesinin bir yansıması olan ve cezaya liyakat değerlendirmesi kapsamında dikkate alınması gereken son araç veya son çare olarak ifade edilen “ultima ratio” ilkesini ihlal edeceği açıktır⁴¹⁵. Gerçekten kanun koyucunun ceza hukukuyla müdahale etmemesi gereken konuları ceza hukukuyla düzenlemesi ceza hukukunun son çare (ultima ratio) niteliğini tersine çevirmekte, böylece ceza hukukuna ilk çare (sola ratio) olarak başvurulmasıysa bir “ceza hukuku enflasyonu”nu doğurmaktadır⁴¹⁶.

Tüm bu tespitlerimizde günümüz toplumunda özellikle 11.09.2001 ve sonrasındaki gelişmeler sonucu artan güvenlik kaygısının da rolü büyüktür. Bu süreçte ortaya çıkan terörle mücadele söylemi, ceza hukukunda bir değişim süreci başlatmıştır⁴¹⁷. Sadece “terör” sözcüğünün “korkutma”⁴¹⁸ anlamına gelmesi bile suç siyasetini, ceza hukukunu ve hatta siyasal rejimleri yeniden şekillendiren bu olgunun yukarıda ifade ettiğimiz suç korkusunun küresel boyuttaki büyük bir görünümünden başka bir şey olmadığını ortaya koymaktadır. Gerçekten toplumda çoğalan güvenlik kaygısının; uluslar arası insancıl hukukun ağır ihlali gibi suçların bastırılmasına yönelik veya özel soruşturma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerin “şüpheli”

⁴¹¹ A.g.e. , s. 716

⁴¹² Reinhard, a.g.m. , s. 547

⁴¹³ A.g.m. , s. 548

⁴¹⁴ Yazar ceza hukukunda popülizmi konu alan kitabının adında bu anlama gelen “la volonté de punir” kavramını kullanmaktadır. Salas, a.g.e. ; aynı kavramı Yarsuvat da kullanmaktadır. Bkz. Duygun Yarsuvat, “Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri”, **Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, TCHD Yayınları: 10, Ufuk Reklamcılık Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti. , İstanbul, Nisan 2008, s. 19

⁴¹⁵ Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 692

⁴¹⁶ Alacakaptan, “Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar ya da Öteki Ceza Hukuku”, s. 14

⁴¹⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Jean-Claude Paye, **Hukuk Devletin Sonu Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele**, İmge Kitabevi, Ankara, 2009

⁴¹⁸ Yılmaz, a.g.e. , s. 813

kavramından çok “varsayılan fail” kavramını öne çıkarmasını sonuçladığı söylenmiştir⁴¹⁹. İşte günümüzde medyanın da etkisiyle cezalandırılabilirlik alanının hazırlık hareketleri alanına çekilmesi, tamamıyla önleyici hedeflere yönelmesi gibi gelişmeler, suç siyasetinin bir başka çağdaş ilkesi olan fiil ceza hukuku ilkesinin ihlal edilerek bir hukuk devletinde kabul edilemez olan fail ceza hukukuna yönelişe de sebep olabilmektedir⁴²⁰.

Salas’a göre de, suçluluğu daha ağır ceza kanunlarıyla savaşılmaması ve toplumsal organlar içerisinde ilerlemesinin önlenmesi gereken bir hastalık olarak görme olgusu ve günümüzde güvenliğin demokratik toplumların temel kaygısı olması arka planda devletin asli şiddetini ve bununla birlikte cezanın en arkaik katmanını, kötüyü karşı kötünün denkliğini ortaya çıkarmaktadır⁴²¹. Böyle bir durumda medyanın etkisinin cezanın acı vermeye yönelik tutkusal tepki yönünü ortaya çıkarıp, teşkilatlanmış tepki yönünü ise yok ettiği söylenebilir. Bireye yabancı olup, topluluğu ve kitleyi en temel toplumsal etken haline getiren tahrikler ve saikler şeklinde ortaya çıkan bu kolektif duygular en eğitimli toplumları bile alt toplumlara benzeten “savaş” gibi bir hal ortaya çıkarır⁴²². Şüphesiz ki suçluyu ıslah edilmesi değil savaşılmaması ve acı çektirilmesi gereken bir düşman olarak gören bu tutkusal tepkinin şiddeti toplumun gelişmişlik düzeyi azaldıkça artacaktır⁴²³.

İşte hukukun medyatik anlatımının psişik ve sosyolojik bu yan etkileri suç siyaseti açısından ideal bir dayanak olmaktan ziyade bir alt katman niteliğinde olup, kolektif kınamanın hukuksal olmayan bu gerekçeleri gerek kanun koyucuyu gerek hukukçuları yönlendirmektedir⁴²⁴.

Ne boyutta olursa olsun günümüzde medyanın suç siyasetine etkisi bir gerçektir. Bu yüzden bir hukuk devletinde medyanın suç siyasetine zararları etkilerini sıfırlamak mümkün olmasa da en aza indirmek gerektiği ortadadır. Medya ceza adaleti ilişkilerine ilişkin sorunların ele alındığı 21-27 Eylül 1961 tarihleri arasında Lizbon’da toplanan 8. Uluslar arası Ceza Hukuku Kongresi kararlarında

⁴¹⁹ Taevernier, **a.g.m.** , s. 33

⁴²⁰ Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, s. 735-736

⁴²¹ Salas, **a.g.e.** , s. 61-62

⁴²² Emile Durkheim, **Sosyoloji Dersleri**, İletişim, İstanbul, 2006, Çeviren: Ali Berktaş, s. 172-173

⁴²³ **A.g.e.**

⁴²⁴ Reinhard, **a.g.m.** , s. 547

medyanın suç siyasetine etkisinin insancıl ceza hukuku siyaseti yönünde olması ideali vurgulanmıştır⁴²⁵. Bu anlamda medyada bir hukuk, özellikle de ceza hukuku bilincinin yerleşmesi, yerleştirilmesi gerekmektedir. Demirbaş'ın da isabetli olarak ifade ettiği gibi medya suç siyaseti açısından, gerçeklere aracılık etme, suçun önlenmesine programlar yoluyla katkı sağlama, olaylara hukuk ve kanun tarafından bakma gibi sorumluluklarının bilincinde olmalıdır, aksi halde medyaya ceza hukukunun müdahalesi kaçınılmazdır⁴²⁶. 8. Uluslar arası Ceza Hukuku Kongresi kararlarında da medya adalet ilişkilerinin bu gerekler doğrultusunda düzenlenmesinde; gazetecilerin yeterli hukuki ve kriminolojik bilgiye sahip olmasının, deontolojik ve mesleki disipline ilişkin tedbirlerin öneminin altı çizilmiştir⁴²⁷. Kanımızca medyada hukuk bilincinin yerleştirilmesi ve medyanın ödenetim kapsamında alması gerekli önlemlere ilişkin bütün bu öneriler temenni niteliğinde olup günümüzün sosyolojik, kriminolojik ve ekonomik gerçekleriyle örtüşmemektedir. Bu temenniler doğrultusunda medya adalet ilişkilerindeki çarpıklıkların en aza indirilmesi için demokratik bir hukuk devletinde, yalnızca kuvvetler ayrılığının ve özellikle yargı bağımsızlığının değil, dördüncü kuvvet olan medyanın bağımsızlığının sağlanması, tekelleşmenin önlenmesi, sermaye medya ilişkilerinin düzenlenmesi de önemlidir. İşte en azından bu idealler gerçekleşene kadar deontolojik yaklaşımlar önemli olmakla birlikte, kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasına hukuksal çözümler üretmek kaçınılmazdır.

C. Çatışmanın Çözümüne Yönelik Deontolojik Yaklaşımlar

Kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasının çözümüne yönelik deontolojik yaklaşımlar çatışmanın iki tarafıyla ilgili olarak⁴²⁸ incelenmelidir.

⁴²⁵ IAPL, **Resolutions of the Congress of the International Association of Penal Law** (1926-2004), Érès, Toulouse, 2009, s. 59

⁴²⁶ Demirbaş, **Kriminoloji**, s. 179-180; Medya adalet ilişkilerinin yukarıda açıkladığımız ekonomik yönü sebebiyle gerçekçi bulmadığımız benzer temennileri detaylandıran Artuk/Yenidünya'ya göre; “*Suç haberlerinin verilmesiyle ilgili olarak medyanın polis, hakim, hükümet görevlisi ve ilgili kurumların saygınlığını zedelemekten, failleri mağdur gibi göstermekten kaçınması, hukuk bilincini yerleştirmeye yönelik yayın yapması, suçların cezasız kalmayacağı fikrini aşılması, ayrıca polise danışarak suç olgusuna karşı halkı uyarması gerekir. Dahası medyanın şiddet içeren suçlardan ziyade mala karşı suçlar veya trafik suçları gibi suçları daha çok haber yapması gerekli olup, bu durumda program toplum tarafından izlenirse de bir sakınca yaratmaz.*” Mehmet Emin Artuk/Ahmet Caner Yenidünya, “Suçun Önlenmesi ve Medya”, **İBD**, c. 75, S.1-2-3, 2001, s. 11

⁴²⁷ IAPL, **a.g.e.**, s. 61

⁴²⁸ Bu anlamda çatışmanın taraflarını birleştiren bir örnek Birleşik Amerika'da deneyimlenmiştir. Özellikle ceza adaletiyle ilgili olarak çatışmanın taraflarının anlaşmasıyla oluşturulan “*kürsü-baro-basın ilkeleri*” yöntemi çatışmanın yalnızca medya yönünde vücut bulan basın konseyleri yöntemine

Çatışmanın bir yanında yargı görevi yapanlar ve adli kolluk olduğundan bunlara ilişkin etik yükümlülüklerle öncelikle temas etmek gereklidir. Çatışmanın diğer yanında ise adil yargılanma hakkını ihlal etmemek için çeşitli şekillerde özdenetimi sağlaması gereken medya vardır. Bu başlığın kapsamı çalışma konumuzun sınırlarını aşacağından oldukça kısa olarak bu alandaki genel çerçeveye işaret etmekle yetineceğiz.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla benimsenen Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile 10.10.2006 gün ve 424 sayılı kararıyla benimsenen Budapeşte İlkeleri'nde hakimlerin ve savcılarının bu kapsamdaki etik yükümlülükleri ortaya konmuştur⁴²⁹. Hakimler bakımından medyayla ilişkilerde Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri kapsamında en temel ilke; *“Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimâli olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça âdilânelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, her hangi bir şahsın ya da meselenin âdil yargılanmasını etkileyebilecek alenî olsun veya olmasın herhangi bir yorum da yapmamalıdır.”* olarak ifade edilebilir.

Savcılar için etik ve davranış biçimlerine ilişkin Avrupa Esasları ise kısaca Budapeşte İlkeleri olarak anılmaktadır. Bu ilkeler arasında medya adalet ilişkileri bakımından özellikle dikkat çekenler, *“Bireysel veya belli bir kesimin çıkarlarının, kamu ve medya baskısının etkisinde kalmamak”*, *“Mesleki gizliliği korumak”*, *“İHAS'ın 6. maddesi ve İHAM içtihatlarında açıkça kabul edilen adil yargılanma hakkı ilkesini desteklemek”*, *“Masumiyet karinesi ilkesine saygı duymak”* şeklinde sıralanabilir. Görüldüğü gibi savcılarının medyayla ilişkileri ve masumiyet karinesi bakımından hakimlere göre etik ilkeler daha açıklıkla ortaya konmuştur. Adalet medya ilişkilerinde başlıca sorunlardan masumiyet karinesinin ihlali bakımından soruşturma evresinin ve soruşturmanın gizliliği ilkesinin önemi, doğal olarak soruşturmayı yürüten savcılarının da önemini sonuçlamaktadır. Soruşturma evresinde

göre daha çok kabul görmüş ve bazı eyaletlerde de başarıyla uygulanmıştır. Bununla birlikte, bu ilkelerin de bağlayıcılığının olmaması ve hakimlerin bunları bağlayıcı gibi uygulamak yönünde bir baskıya eğilimli olmaları sonucu bu yöntemin de eyaletlerin pek çoğunda tam bir başarıya ulaştığı söylenemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Pember, **a.g.e.** , s. 382-383, Harvey L. Zuckman/ Martin J. Gaynes/ T. Barton Carter/ Juliet Lushbough Dee, **Mass Communications Law**, West Publishing Co. , St. Paul Minnesota, 1988, s. 214-215

⁴²⁹ Bu ilkeler için bkz. <http://www.edb.adalet.gov.tr/Ymb/pdf/317.pdf> ET: 15.04.2012

savcının en önemli yardımcısı konumunda olan adli kolluk bakımındansa Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinin gereği olarak ve Avrupa Konseyi Kolluk Etik İlkeleri Rehberi referans alınarak hazırlanan “*Kolluk Etik İlkeleri*”nden söz etmek gereklidir⁴³⁰. Bu ilkeler 24.10.2007 tarihinde benimsenmiş olup, Jandarma Genel Komutanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğünü ve bu teşkilatlarda görev yapan kolluk görevlilerini kapsamına almaktadır. Bu ilkeler arasında; “*Kolluk personeli, mevzuatta aksi belirtilmediği sürece, edindiği her türlü bilgiyi ve mesleki sırrı korur.*” (m. 31), “*Kolluk personeli, kişilerin özel hayatlarıyla ilgili olan ya da kişi haklarına zarar verebilecek nitelikteki bilgilerin korunmasına büyük özen gösterir; yasal zorunluluk haricinde bu bilgileri açıklayamaz ve kendisi veya üçüncü kişiler lehine kullanamaz.*” (m. 32), “*Kolluk personeli, suçu mahkeme kararıyla sabit oluncaya kadar, bir suçla itham edilen herkesin suçsuz kabul edilmesi ilkesine göre hareket eder.*” (m. 45) ilkeleri masumiyet karinesi, şüphelinin kişilik hakları ve soruşturmanın gizliliği kapsamında dikkat çeken ilkeler olarak sıralanabilir.

Hakimlere benzer şekilde avukatlar için de 27 Ağustos-7 Eylül 1990 tarihleri arasında Havana’da toplanan Suçların Önlenmesine ve Suçluların Islahı Üzerine Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen ve Havana Kuralları olarak anılan ilkeler⁴³¹ arasında savcılar kadar geniş kurallara yer verilmemiştir. Yalnızca avukatların ifade özgürlüğüne ilişkin olarak avukatların; “*özellikle, hukukla, adalet sistemiyle ve insan haklarının geliştirilmesi ve korunması ile ilgili konularda kamusal tartışmalara katılma*” hakkına sahip olduklarına ilişkin ilke önemlidir.

Çatışmanın medya tarafındaki etik anlayışın ise, kitle iletişim özgürlüğünü geleneksel olarak sınırlama anlayışı içerisindeki devlete karşı mücadeleden değil, yukarıda vurguladığımız teknolojik ve özellikle ekonomik gelişmelerin ortaya çıkışıyla birlikte sermayenin artan egemenliğinin yarattığı sorunlara karşı ortaya çıktığı söylenmelidir⁴³². Bu yönden gerek kitle iletişimi alanındaki etik anlayışın,

⁴³⁰ <http://www.gapmyo.edu.tr/kolluketikilk.htm> ET: 02.06.2012; BM Genel Kurulu tarafından 17.12.1979 tarihinde kabul edilen Kolluk Görevlilerinin Davranış Kuralları için bkz. <http://www2.ohchr.org/english/law/codeofconduct.htm> ET: 02.06.2012

⁴³¹ Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler Havana Kuralları için bkz. http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel_meslek_kurallari/Havana_Kurallari.pdf ET: 15.04.2012

⁴³² Korkmaz Alemdar, “Medya ve Etik”, **Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar**, Hazırlayan: Korkmaz Alemdar, Afa Yayıncılık ve Tüses Vakfı, İstanbul, 1999, s. 253

gerekse de adil yargılanma hakkına karşı yeni suç tiplerinin ortaya çıkışı temelde aynı sebebe dayanmaktadır.

Diğer yandan yukarıda çatışmanın adalet tarafındaki etik düzenlemeler bakımından soruşturma evresi ve savcılarının önemine dikkat çektiğimiz gibi soruşturma evresinin çatışmanın diğer yanındaki medya etiği için de önemli olması doğaldır. Gerçekten adli sırlar ve özellikle de soruşturma evresinin gizliliği ile ilgili aşağıda açıklamaya çalışacağımız tartışmalar ve bu alandaki gelişmeler bağlamında bütün ilgililerin menfaatine olarak, özellikle soruşturma evresinin gazetecilik mesleğine ilişkin etik kuralların en önemli konularından biri olması gerektiği söylenmiştir⁴³³. Bu görüşteki yazara göre; böylece bu alanda her halukarda gerekli olan hukuksal düzenlemeler, daha büyük bir esneklik, etkinlik ve uyarlanabilirlikle uygulanabilecek, sınırsız bir özgürlük de, mutlak bir gizlilik de söz konusu olmayacağı için bütün taraflar memnun olacaktır⁴³⁴.

Ülkemizde medya etiği alanında en önemli girişim ve kuruluş Basın Konseyi⁴³⁵, en önemli ilkeler ise Basın Meslek İlkeleri⁴³⁶ olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemizde yayın üzerinden 2 aydan fazla zaman geçmemiş ise, Türkiye’de yayımlanan her türlü gazete, dergi, haber ajansı, radyo, tv, internet yayını veya gazeteci hakkında ve o yayın şikâyetçiyle ilgili olsun olmasın Basın Konseyi’ne başvurmak mümkündür. Başvuruda Basın Meslek İlkelerinden hangilerinin ihlal

⁴³³ Derieux, **a.g.e.**, s. 560

⁴³⁴ **A.g.e.**

⁴³⁵ Birleşik Amerika’da aralarında seçkin hukukçuların da bulunduğu gazeteci ve gazeteci olmayan üyelerden oluşan, medyaya ilişkin halktan gelen şikayetleri inceleyen ve fakat yaptırım güçleri olmayan Ulusal Basın Konseyi veya Minnesota Basın Konseyi gibi “*basın konseyleri*” oluşturulmuştur. Bunlardan sadece Minnesota Basın Konseyi, varlığını işlevsiz kalmakla birlikte sürdürebilmiştir. Ülkemizdekine benzer özellikler gösteren bu konseylerin Birleşik Amerika’da başarılı sonuçları olmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zuckman/ Gaynes/ Carter/ Lushbough Dee, **a.g.e.**, s. 213; Middleton/Chamberlin, **a.g.e.**, s. 443

⁴³⁶ Basın Meslek İlkeleri için bkz. http://basinkonseyi.org.tr/lang_tr/pressOccupationPrinciples.asp ET: 15.04.2012; Uluslar arası düzeyde ve yabancı ülkelerde de bu alanla ilgili çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Bu alanda ortaya konulan meslek etiği ilkeleri arasında çok uzun veya birkaç maddeden oluşan çok kısa metinlere de rastlanmaktadır. Uluslar arası düzeyde gazetecilerin meslek etiğiyle ilgili önemli bir belge 1971 tarihinde kabul edilen “*Gazetecilerin Hak ve Yükümlülüklerine İlişkin Münih Bildirgesi*”dir. Uluslararası Gazeteciler Federasyonu tarafından 1954 yılında kabul edilip Bordeaux Kuralları olarak anılan ve 1986 yılında değiştirilen “*Gazetecilerin Davranış İlkeleri Bildirgesi*” de bu kapsamdadır. Belçika’da Belçika Profesyonel Gazeteciler Genel Birliği ve Belçika Gazete Editörleri Birliği tarafından 1982’de kabul edilen “*Gazetecilik İlkeleri*” ve Fransa’da 1918 tarihinde ilk gazeteciler sendikası tarafından kabul edilen “*Gazetecilerin Yükümlülükleri Şartı*” diğer bazı ulusal düzenlemelere örnek gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hoebeker/Mouffe, **a.g.e.**, s. 816-820; Lemmens, **a.g.e.**, s. 468; Derieux, **a.g.e.**, s. 409-410; <http://www.ifj.org/assets/docs/060/151/2bcb53c-c641f97.doc> ET: 12.05.2012

edildiğinin belirtilmesi gereklidir. Basın Meslek İlkeleri arasında “*Suçlu olduğu yargı kararıyla belirlenmedikçe hiç kimse ‘suçlu’ ilan edilemez.*” ve “*Yasaların suç saydığı eylemler, gerçek olduğuna inandırıcı makul nedenler bulunmadıkça kimseye atfedilemez.*” gibi masumiyet karinesini korumaya yönelik ilkelere yer verilmiştir. Bu alanda son yıllarda Radyo Televizyon Üst Kurulu ile Televizyon Yayıncıları Derneği tarafından, Yayıncılık Etik İlkeleri adı altında radyo ve televizyon yayıncılığı ile ilgili olarak kabul edilen 3 Temmuz 2007 tarihli etik ilkeler ve bunun devamında Medya Etik Konseyi⁴³⁷ adı altında ikinci bir özdenetim konseyi kurulması olgusu ortaya çıkmıştır. Ancak bu kapsamda Yayıncılık Etik İlkeleri arasında masumiyet karinesinin ihlal edilmemesine yönelik açık bir ilke ortaya konmaması dikkat çekicidir. Kanımızca bu alanda Basın Konseyi’ne alternatif böyle bir ikinci özdenetim kuruluşunun gerekliliği de tartışılmalıdır.

D. Çatışmanın Çözümüne Yönelik Hukuksal Yaklaşımlar

1. Genel Olarak

Adil yargılanma hakkı temel alındığında aslında bütün usul kanunlarının nihai amacının hak arama özgürlüğünü garanti altına almak, adil bir yargılama gerçekleştirmek ve adil bir yargılama sonucunda verilen mahkeme kararlarına uyulmasını sağlamak olacağı söylenebilir. Gerçekten Anglo-Amerikan hukukunda kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasının büyük ölçüde hukuksal çözüme kavuşturulmaya çalışıldığı mahkemeye saygısızlık (contempt of court) fiillerinin kapsamı; Türk hukuku açısından CMK, HMK, İcra ve İflas Kanunu gibi kanunların mahkeme disiplinine, mahkeme kararlarına uyulmasına ve bunların yerine getirilmesine ilişkin pek çok hükmüne tekabül etmektedir⁴³⁸. Duruşma içerisinde ve duruşma dışarısında olmak üzere büyük ölçüde mahkeme disiplini kavramı içerisinde mütalaa edilebileceği söylenen bu kuralların bazılarının ihlaliyse kanunilik ilkesi gereği TCK hükümleri başta olmak üzere ceza normlarıyla da yaptırıma bağlanmıştır⁴³⁹. Gerçekten adil yargılanma hakkının korunması için siyasal güç; adil yargılanma hakkı ilkesine aykırı düzenlemeler yapmamak (negatif) ve adil yargılama

⁴³⁷ Bilgi için bkz. <http://www.medyaetikkonseyi.com/page/Hakkımızda.aspx> ET: 15.04.2012

⁴³⁸ M. Şükrü Alpaslan, “Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkemeye Saygısızlık Suçu ve Türk Hukukunda Durum”, **İÜHFİM**, 1974, c. 40, S. 1-4, s. 267-285
<http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmeczua/article/view/4956/4496> ET: 31.01.2012

⁴³⁹ **A.g.e.**, s. 284-285

hakkına zarar verici eylemleri önlemek ve cezalandırmak olmak üzere iki yükümlülüğü (pozitif) yerine getirmek zorundadır⁴⁴⁰. İşte adil yargılanma hakkının korunması amacıyla kitle iletişim özgürlüğünün sınırlanması şeklinde ortaya çıkan bu ceza normlarının da büyük bir bölümünü adliye karşı suçlar ve dar anlamda basın suçları oluşturmaktadır. Yukarıda genel özelliklerini açıklamış bulunduğumuz dar anlamda basın suçları kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasının çözümünde önemli bir hukuksal araçtır. Bununla birlikte bu suç tiplerinin dışında bütün kitle iletişim araçlarını kapsayan ve adliye karşı suçlar arasında düzenlenen başka suç tipleriyle de söz konusu çatışmaya bir hukuksal çözüm üretilmeye çalışılmaktadır.

Bu çözüm üretme girişimi sırasında kanun koyucunun Anayasa m. 90/3 hükmünün gereği olarak İHAS'a aykırı düzenlemeler yapmaması da son derece önemlidir. Bu noktada İHAM'ın söz konusu çatışmaya yaklaşımı da ayrıca ele alınmalıdır. Örneğin adil yargılanma hakkının merkezinde yer alan ve bu yüzden de kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasında da çok önemli bir yer işgal eden “*masumiyet karinesi*”nin kapsamını, dar anlamda basın suçlarını, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs benzeri adliye karşı suçları ve hatta avukatın savunma dokunulmazlığını sözleşme organlarının ve özellikle İHAM'ın nasıl yorumladığı göz önünde bulundurulmalıdır. Komisyon ve İHAM çeşitli kararlarında, masumiyet karinesinin yalnızca suçlamanın esası hakkında karar verecek hakimi veya mahkemeyi değil, hükümet üyeleri ve polis de dahil olmak üzere bütün kamu makamlarını bağladığını vurgulamıştır⁴⁴¹. Gerçekten Komisyon Petra Krause v. İsviçre olayında, kamu görevlilerinin bir kimseyi yetkili mahkeme tarafından suçlu bulunmadan önce suçlu olarak kamuya ilan etmelerinin masumiyet karinesini ihlal edeceği sonucuna varmıştır⁴⁴². Şu kadar ki; kamu görevlilerinin yalnızca bir şüphelinin yakalandığını, tutuklandığını, hatta suçunu itiraf ettiğini kamuya açıklamaları masumiyet karinesini ihlal etmez⁴⁴³. İHAM ise bu doğrultuda verdiği ilk karar olan Alenet de Ribemont v. Fransa davasındaki evrimci ve amaçsal yorumunu

⁴⁴⁰ Çetin Özek, “Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, **İÜHF**, c. LV, S. 3, 1997, s. 29-30

⁴⁴¹ Feyzioğlu, a.g.m. , s. 149; Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 296; Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.** , s. 271

⁴⁴² Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.** , s. 271; Feyzioğlu, a.g.m. , s. 150

⁴⁴³ Feyzioğlu, **a.g.m.** , s. 150

sözleşmeyle korunan adil yargılanma hakkının ve masumiyet karinesinin etkinliği temeline dayandırmıştır⁴⁴⁴. Bu davaya benzer gerekçelerle İHAM'ın masumiyet karinesinin ihlaline karar verdiği Y.B. ve Diğerleri v. Türkiye ile Fatullayev v. Azerbaycan davalarını da aşağıda bu kapsamda ele alacağız. Masumiyet karinesinin özel kişiler, özellikle kitle iletişim organları tarafından ihlali edilmesi de mümkündür⁴⁴⁵. Bu kapsamda İHAM'ın masumiyet karinesinin ihlalini, TCK m. 277 benzeri bir adliye karşı suç tipiyle bağlantılı olarak değerlendirdiği Worm v. Avusturya davasında verdiği karar önemlidir. Yine İHAM, Tourancheau ve July v. Fransa davasında masumiyet karinesinin ihlalini, bu defa mülga BsK m. 19/1 benzeri bir dar anlamda basın suçuyla bağlantılı olarak ele almıştır. İHAM'ın suç ithamı altındaki kişilerin görüntülerinin yayınlanmasını cezalandıran TCK m. 285/5 benzeri bir suç tipiyle ilgili olarak verdiği Egeland ve Hanseid v. Norveç kararı da önemlidir. Yine özellikle ceza davalarında avukatın savunma dokunulmazlığı bakımından Kyprianou v. Güney Kıbrıs Rum Kesimi ve Igor Kabanov v. Rusya davalarında da kitle iletişim özgürlüğüyle doğrudan bağlantısı olmasa da avukatın savunma dokunulmazlığı kapsamında ifade özgürlüğünün sınırı olarak adliye karşı suçlara ilişkin önemli veriler mevcuttur. Kanımızca konuya ilişkin içtihadının bu genel çerçevesi içerisinde İHAM'ın adil yargılanma hakkına ağırlık verdiği durumların özellikle ceza davalarında masumiyet karinesinin, adil yargılanma hakkının ve müdafî olarak avukatın korunması noktasında yoğunlaştığını söylemek mümkündür⁴⁴⁶. Örneğin aşağıda ele alacağımız ticari sırlarla bağlantılı olarak gazetecilerin haber kaynağını açıklamama hakkıyla ilgili Goodwin v. Birleşik Krallık davasında ve medyanın hukuk muhakemesini etkilemesine ilişkin Sunday Times v. Birleşik Krallık davasında İHAM kitle iletişim özgürlüğüne ağırlık vermiş ve 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

⁴⁴⁴ Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.** , s. 271

⁴⁴⁵ Gözübüyük/ Gölcüklü, **a.g.e.** , s. 296

⁴⁴⁶ Avrupa Konseyi'nin de bu çatışmayı özellikle ceza adaletiyle ve ceza muhakemesiyle bağlantılı olarak ele aldığı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 10 Temmuz 2003 tarihinde kabul edilen REC(2003)13 sayılı "Ceza Muhakemeleriyle İlgili Olarak Medyanın Bilgi Dağıtımına İlişkin" tavsiye kararının da gerek içeriğinden gerekse adından anlaşılmaktadır. Söz konusu karar için bkz. Deltour/Gallez, **a.g.e.** , partie 2: la presse, s. 20

2. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yaklaşımı

a. İfade Özgürlüğü Adil Yargılanma Hakkı Çatışması Geneline

1) Polisin, Hükümet Üyelerinin ve Savcıların İfade Özgürlüğü Bakımından

a) Fransa'ya Karşı Alenet de Ribemont Kararı

Bu kapsamda önemli bir karar İHAM'ın 10.02.1995 tarihinde Alenet de Ribemont v. Fransa davasında⁴⁴⁷ verdiği karardır. Karara konu olan olayda, eski bir parlamento üyesi ve bakan olan Jean de Broglie, bir şirket sekreteri olan başvuru Alenet de Ribemont'un evinin karşısında öldürülmüştür. Jean de Broglie bu sırada, Alenet de Ribemont'un da ortak bir lokanta açmayı planladığı, finansal danışmanı Pierre de Varga'yı ziyaret etmektedir. Olayda Jean de Broglie'nin alıp, daha sonra geri ödemek üzere Alenet de Ribemont'a verdiği bir de kredi söz konusudur. Soruşturma sonucunda içlerinde Pierre de Varga ve Alenet de Ribemont'un da bulunduğu birçok kişi tutuklanır. 29.12.1976 tarihinde gelecek yıllardaki Fransız polisi bütçesiyle ilgili bir basın toplantısında, işleri bakanı Michel Poniatowski, Paris Suç Soruşturma Bürosu Müdürü Jean Ducret ve başkomiser Pierre Ottavioli tarafından Broglie cinayetinin azmettiricilerinin mağdurla aralarındaki finansal anlaşmayla ilgili olarak Pierre de Varga ve Alenet de Ribemont, planlayıcısının dedektif komiser yardımcısı Simoné, fiili irtikâp edenin ise Mr. Fréche olduğu yönünde ifadeler kullanılır.

İHAM önüne gelen söz konusu olayda, İHAS m. 6/2'de güvence altına alınan masumiyet karinesinin yalnızca hakimler veya mahkemeler tarafından değil diğer kamu makamları tarafından da ihlal edilebileceğini vurgulamıştır. Öncelikle İHAS m. 6/2'nin olayda uygulanabilirliğini ele alan İHAM'a göre, sözleşmeyle güvence altına alınan haklar teorik ve hayali olarak değil pratik ve etkili olarak güvence altına alınmalıdır. Bu bağlamda İHAM masumiyet karinesinin ihlaline karar verdiği davalardan örnekler vererek, zamanaşımından düşen (Minelli v. İsviçre),

⁴⁴⁷ Söz konusu karar için bkz. Berger, **a.g.e.**, s. 279-283; ayrıca bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=ribemont&sessionid=93269341&skin=hudoc-en> ET: 29.04.2012

başvurucunun beraatine karar verilen (Sekanina v. Avusturya) ve hatta ulusal mahkemelerin başvuru suçuyla ilişkin karar vermediği (Adolf v. Avusturya, Lutz, Englert ve Nölkenbockhoff v. Almanya) davalarda da masumiyet karinesinin ihlal edilebileceğini ifade etmiştir. Basın toplantısının yapıldığı tarihte başvuru her ne kadar cinayete yardım ve yataklıkla suçlanmış olmasa da polis tarafından gözaltına alınmıştır. Gözaltına alınması ve tutuklanması süreci birkaç gün önce bir Paris sorgu hâkiminin işlemiyle başlamış ve başvuru İHAS m. 6/2 anlamında “*suç ithamı altında bulunan kişi*” statüsüne girmiştir. Bu yönden iki üst düzey polis yetkilisi ve içişleri bakanının açıklamaları soruşturmayla doğrudan ilgilidir.

İHAM’a göre İHAS m. 10’da güvence altına alınan ifade özgürlüğü bilgi vermeyi ve almayı kapsamına alır. Bu yüzden İHAS m. 6/2, kamu makamlarının halkı devam eden soruşturmalarla ilgili bilgilendirmesine engel olmaz; fakat bu bilgilendirmenin masumiyet karinesinin korunması amacıyla ihtiyatlı ve sınırlı yapılması gerekir. İHAM’a göre dava konusu olayda Fransız polisinin en yüksek rütbeli isimlerinden iki kişi başvuru hakkında herhangi bir sınırlama veya çekince olmaksızın bir cinayetin azmettiricilerinden biri ve suç ortağı olarak söz etmiştir. Bu açıkça başvuru suçuyla, birinci olarak kamuoyunun inanmasına, ikinci olarak da yetkili yargı makamının olayları değerlendirmesinde peşin hükümlü davranmasına sebep olacak bir beyandır. Bu yüzden dava konusu olayda İHAS m. 6/2 ihlal edilmiştir.

b) Türkiye’ye Karşı Y.B. ve Diğerleri Kararı

İHAM söz konusu davada 28.01.2005 tarihinde verdiği kararda⁴⁴⁸, Alenet de Ribemont davasına benzer gerekçelerle, Türkiye’nin başvuru masumiyet karinesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Davaya konu olan olayda 10 Ocak 1997 tarihinde başvuru, İzmir Emniyet Müdürlüğü’nün terörle mücadeleyle görevli ekipleri tarafından yasadışı Marksist Leninist Komünist Parti (MLKP) örgütüne üye oldukları gerekçesiyle gözaltına alınır. 16 Ocak 1997 tarihinde emniyet yetkililerince gazetecilerin başvuru masumiyet fotoğraflarını çektikleri bir basın toplantısı

⁴⁴⁸ Söz konusu karar için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Y.B.%20%7C%20Turkey%20%7C%20%2248173/99%20%7C%2048319/99%22&sessionid=96487742&skin=hudoc-en> ET: 20.05.2012

düzenlenir. Bu basın toplantısında emniyet yetkilileri; MLKP terör örgütüne karşı yürütülen operasyonda, 5-27 Temmuz 1996 tarihleri arasında Yamanlar'da bulunan cezaevinde sürdürülen açlık grevlerinin desteklenmesi amacıyla örgütün merkez yapılanması tarafından verilen talimatlar doğrultusunda yapılan eylemler sırasında yasadışı gösterilere ve bir belediye otobüsünün yakılması eylemine iştirak eden örgüte üye 11 kişinin yakalandığı ve gözaltına alındığını beyan eder. Ayrıca emniyet yetkilileri tarafından 18 Haziran ve 9 Temmuz 1996 tarihleri arasında başvuruçuların, İzmir Yamanlar ve çevresinde isteklerini yerine getirmeyen bir kişinin traktörünün yakılması, Kubilay caddesinde ateş yakılması ve bir belediye otobüsüne zarar verilmesi, sürücüsü son durakta silah zoruyla etkisiz hale getirilen bir belediye otobüsünün molotof kokteyli atılarak ve benzin dökülerek yakılması, dünya barış günü sebebiyle bir gösteri yürüyüşünde örgüt pankartı açılması, örgütün kuruluş yıldönümü sebebiyle yasadışı gösteri yapılması, yolun ateşe verilmesi ve molotof kokteyli atılması başta olmak üzere pankart asma, afiş yapıştırma, duvara yazı yazma, broşür dağıtma gibi çeşitli eylemleri gerçekleştirdikleri yönünde açıklamalar yapılır. Ertesi gün Yeni Asır gazetesinde başvuruçuların terörle mücadele şubesinde çekilmiş fotoğraflarının bulunduğu bir haber yayınlanır. Haber, *“İşte şoför Ramazan'ı delirtenler, geçen sene Malatya'da bir belediye otobüsüne molotof kokteyli atarak, şoför Ramazan Türk'ün aklını kaybetmesine yol açan ve iki aracı da yolundan çeviren MLKP'nin 11 üyesi yakalandı.”* başlığını taşımaktadır. Haberde, emniyet yetkililerince özellikle otobüs yakılması eylemiyle bilinen yasadışı, MLKP terör örgütüne üye oldukları tespit edilen 11 kişinin, yakalandıktan sonra terörle mücadele şubesinde suçlarını itiraf ettikleri, İzmir'de gerçekleştirilen pek çok yasadışı eyleme iştirak ettikleri yönünde ifadeler yer alır. Ayrıca haberde emniyetin açıklamasında sözü edilen eylemler sıralanarak, başvuruçuların bunları gerçekleştirdikleri ifade edilir.

Dava konusu olayda İHAM, emniyet yetkililerinin başvuruçuların masumiyet karinesini ihlal ettiğine karar verirken, Allenet de Ribemont kararındaki gerekçeleri tekrarlamıştır. İHAM, bir kişi yargılanmadan ve bir suçtan hüküm giymeden önce devlet görevlilerinin yapacakları açıklamalarda seçecekleri ifadelerin öneminin altını çizmiştir. Ayrıca İHAM'a göre burada açıklamaların lafzı değil gerçek anlamı önemlidir. Yine burada İHAM değerlendirmesini yaparken uyuşmazlık konusu açıklamanın yapıldığı somut olayın özel şartlarını dikkate almaktadır. Olayda

başvurucular henüz hakim önüne çıkarılmadan ve haklarında dava açılmadan emniyet yetkililerince bir basın toplantısı düzenlenmiştir. Ayrıca basına bir bildiri dağıtılmış ve başvurucuların basın tarafından bir çok fotoğrafının çekilmesine imkan verilmiştir. İHAM'a göre bir ceza muhakemesinde şüphelilerin fotoğraflarının çekilmesi tek başına masumiyet karinesini ihlal etmez. Her ne kadar dağıtılan bildiride başvurucuların isimleri yer almasa da, başvurucuların basının önüne çıkarılma şekilleri kolayca kimliklerini ortaya çıkaracak niteliktedir. Nitekim basında başvurucuların fotoğraflarıyla birlikte isimleri de yayınlanmıştır. İHAM basının hareketleri sebebiyle, polis yetkililerinin sorumlu olmayacağını kabul etmekle birlikte; bildiride yer alan başvurucuların “*yasadışı örgüt üyesi oldukları*” ve “*suçları işlediklerinin tespit edildiği yönündeki*” ifadelerin, polis yetkililerinin başvurucuların suçlu oldukları yönündeki kanaatini ortaya koyduğunun altını çizmiştir. İHAM'a göre, bir bütün olarak ele alındığında, polis yetkililerinin tutumlarının, kanıtların başvurucuların aleyhinde kullanılması yönünde önceden yapılmış bir değerlendirmeyi yansıtması ve başvurucuların kimliklerini kolayca ortaya koyan bilgilerin basına verilmesi masumiyet karinesine saygı gösterilmesi ilkesiyle bağdaşmaz. Son olarak İHAM dava konusu olayda, bu şekilde düzenlenen basın açıklamasının, bir yandan kamuoyunun başvurucuların suçlu olduğuna inanmasını teşvik edecek, diğer yandan da yetkili hâkimlerin olayları değerlendirmesinde önyargılı davranmalarına neden olacak niteliğine vurgu yapmıştır.

c) Azerbaycan'a Karşı Fatullayev Kararı

İHAM'ın Allenet de Ribemont davasındakine benzer gerekçelerle masumiyet karinesinin ihlalini tespit ettiği oldukça yeni bir karar da Fatullayev v. Azerbaycan davasında⁴⁴⁹ 04.10.2010 tarihinde verdiği karardır. Karara konu olan olayda başvuru Bakü'de yaşayan ve Azerice ve Rusça dillerinde yayın yapan hükümete muhalif iki gazetenin kurucusu ve genel yayın yönetmeni bir gazetecidir. Başvurucunun Rusça yayın yapan gazetede yayınladığı bir makalenin Azerbaycan Ceza Kanunu'nun 214.1. maddesine göre terör ve terör tehdidi suçunu oluşturduğu gerekçesiyle Milli Güvenlik Bakanlığı soruşturma birimi tarafından 16.05.2007 tarihinde başvuru hakkında cezai soruşturma başlatılır. 31.05.2007 tarihinde ise

⁴⁴⁹ Söz konusu karar için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbkm&action=html&highlight=ribemont%2C%20%7C%20press&sessionid=93269341&skin=hudoc-en> ET: 29.04.2012

başsavcı tarafından söz konusu makalenin terör tehdidi niteliğinde bilgi içerdiği ve Milli Güvenlik Bakanlığı tarafından bu konuyla bağlantılı olarak soruşturma açıldığı yönünde basına bir açıklamada bulunulur. Bu açıklama internetteki iki tane haber sitesinde de yayınlanır.

İHAM bu kararda Allenet de Ribemont davasında vurguladığı hususların yanında, kişinin yalnızca bir suçtan şüpheli olduğunu ifade eden açıklamalarla, kesin mahkumiyetten önce, söz konusu suçu o kişinin işlediğini ifade eden açıklamalar arasında esaslı bir ayırım yapmak gereğinin altını çizmiştir. İHAM'a göre bir kamu görevlisinin açıklamalarının masumiyet karinesini ihlal edip etmediği somut olayda ihtilafli açıklamanın yapıldığı bütün şartlar birlikte göz önüne alınarak tespit edilecektir. Dava konusu olayda başsavcı açıklamasını, ceza soruşturmalarıyla ilgisi olmayan basına verilen bir röportaj sırasında yapmaktadır. İHAM, başvuruçunun ünlü bir gazeteci olması karşısında kamu görevlilerinin halkı iddia edilen suç ve devam eden soruşturma hakkında bilgilendirmeleri gereğini kabul etmekle birlikte, bu bilgilendirmeyi yaparken kullandıkları sözcükleri dikkatli seçmeleri gereğine vurgu yapmıştır. İHAM'a göre soruşturma başladıktan kısa bir süre sonra ve fakat başvuruçunun daha resmen suçlanmadan yapılan bu açıklamalar, önemli bir kamu görevlisinin başvuruçunun suçunu teyid ettiği şeklinde yorumlanabilir. Dahası İHAM somut olayda başsavcının açıklamalarında yalnızca başvuruçunun makalesinin terör tehdidi oluşturduğunu söylemekle kalmadığını, makalenin içeriği hakkında açıklama yaparken, bu bilgilerin terör tehdidi oluşturduğunu da ifade ettiğini vurgulamıştır. İHAM'a göre yüksek konumu itibarıyla başsavcı devam eden soruşturmalara ilgili açıklamada bulunurken kullandığı sözcüklerin seçimine özel bir dikkat göstermelidir. Bütün bu hususları birlikte değerlendiren İHAM, dava konusu olayda İHAS m. 6/2 kapsamında başvuruçunun masumiyet karinesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

2) Avukatların İfade Özgürlüğü Bakımından

a) Güney Kıbrıs Rum Kesimi'ne karşı Kyprianou Davası

İHAM'ın, avukatın savunma dokunulmazlığı ve “*contempt of court*” konusuna yaklaşımı bakımından önemli bir karar da Güney Kıbrıs Rum Kesimi'ne karşı

Kyprianou davasında verdiği⁴⁵⁰ 15 Aralık 2005 tarihli karardır. İHAM bu karara kadar mahkemeye saygısızlık fiillerini yalnızca ifade özgürlüğü ve İHAS'ın 10. maddesiyle bağlantılı olarak değerlendirmişken bu kararla birlikte, mahkemeye saygısızlık fiillerini İHAS m. 6 kapsamında adil yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak ele almıştır⁴⁵¹. Karara konu olan olayda iki kişinin cinayetle suçlandığı ve Güney Kıbrıs Rum Kesimi'nde Limassol Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmekte olan davada iddia tanığının çapraz sorguya çektiği sırada avukat Michalakis Kyprianou'nun sözü mahkeme tarafından davanın bu aşamasında ilgili sınırı aştığı gerekçesiyle kesilir. Bunun üzerine 40 yıllık mesleki deneyime sahip ve eski Temsilciler Meclisi üyesi de olan avukat, çapraz sorguyu bıraktığını ve mahkemenin savunma görevini gereği gibi yapmadığı düşüncesini taşıması sebebiyle müdafilik görevinden de çekilmek istediğini bildirir. Talebinin mahkemece reddedilmesi üzerine avukat mahkemenin kendisini etkili bir şekilde çapraz sorgu yapmaktan alıkoyduğunu, çapraz sorgu sırasında mahkemenin üç üyesinin aralarında konuştuğunu ve birbirlerine Yunanca'da "*kısa veya gizli mektup, aşk mektubu veya nezaketsiz kısa yazılı mesaj*" gibi anlamlara gelebilecek "*ravasakia*" gönderip durduğunu iddia eder. Bunun üzerine avukatın bu sözleri söyleyiş tavrı ve tarzını da dikkate alan ağır ceza mahkemesi, mahkemenin yüzüne karşı (huzurunda) saygısızlık suçundan avukatı oyçokluğuyla beş gün hapis cezasına mahkum eder. İHAM'a göre dava konusu olayda, avukatın aynı mahkeme tarafından mahkemeye saygısızlık suçundan mahkum edilmesi mahkemenin bağımsızlığı ve tarafsızlığını objektif olarak şüpheye düşürdüğü gibi (İHAS m. 6/1), karar verilmeden önce avukatın suç işlediğinin mahkemece ifade edilmesiyle avukatın masumiyet karinesi de (İHAS m. 6/2) ihlal edilmiş, ayrıca İHAS m. 6/3'e aykırı şekilde avukat ağır ceza mahkemesi tarafından hakkındaki suçlamalar özellikle de mahkemenin "*ravasakia*" sözcüğüne verdiği anlam hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilmemiştir.

Kanımızca söz konusu dava savunma dokunulmazlığı bağlamında avukatların ifade özgürlüğü bakımından da özellikle önemlidir. İHAM dava konusu olayda Güney Kıbrıs Rum Kesimi'nin aynı zamanda İHAS'ın 10. maddesini ihlal ettiğine de karar vermiştir. İHAM dava konusu olayda verilen beş günlük hapis cezasının ağır

⁴⁵⁰ Söz konusu karar için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=worm%2C%20%7C%20sunday%20%7C%20times&sessionid=93269341&skin=hudoc-en> ET: 28.04.2012

⁴⁵¹ Emilianides, **a.g.m.** , s. 411

bir ceza olarak nitelendirilemeyeceğini kabul etmekle birlikte, alternatiflere olanak varken, bir avukat hakkında bu cezanın verilmesini, her ne kadar avukat bu cezanın tamamını çekmiş olmasa da orantısız bulmuştur. Daha da önemlisi İHAM'a göre avukatın dava konusu sözleri her ne kadar kaba olsa da, hakimlerin davayı görüş biçimlerini hedef alan ve bununla sınırlı olup, özellikle de cinayetle suçlanan müvekkilini savunma görevinin icrası kapsamında bir tanığın çapraz sorgusuyla bağlantılıdır. İHAM kararında, başvuruca verilen cezanın, avukatlar üzerinde müdafilik görevlerinin icrasıyla ilgili olarak caydırıcı bir etki yaratabileceğinin altını çizmiştir. Cezanın orantısızlığına vurgu yapan İHAM'a göre, bu ceza verilirken avukatın adil yargılanma hakkının ihlal edilmiş olması bu orantısızlığı daha da kuvvetlendirmektedir.

b) Rusya'ya Karşı Igor Kabanov Kararı

Savunma dokunulmazlığı ile avukatın ifade özgürlüğü kapsamındaki bu önemli yaklaşımını İHAM, 03.02.2011 tarihli oldukça yeni bir karar olan Igor Kabanov v. Rusya kararında⁴⁵² da sürdürmüştür. Davaya konu olan olayda İHAM, başvuruca olan avukatın, Bölge Mahkemesi üyesi iki hakime karşı kullandığı sözlerden dolayı Avukatlık Kanunu'na, Avukatın Davranış Kuralları'na ve İHAS m. 10/2 kapsamındaki yargının otorite ve tarafsızlığının korunması sınırlama sebebine dayanılarak barodan ihracını ve bu ihraç sürecinin adil olmamasını İHAS'ın 6. ve 10. maddelerine aykırı bulmuş ve ihlalin varlığına karar vermiştir. İHAM'a göre her ne kadar dava konusu olayda avukatın hakimlere karşı söylediği sözler, bir saygısızlık ifade etse de, yorumları hakimlerin davayı görüş şekillerine, özellikle de Mr. R isimli kişinin müdafiliğinden yasaklanması kararına ve bu karara karşı itiraz hakkının reddedilmesine ilişkin ve bunlarla sınırlıdır. Bu yönden İHAM'a göre barodan ihraç kararı somut olayda alternatif yaptırımlar uygulanabilecekken orantılı olmadığı gibi, avukatların görevlerini yerine getirirken çekingen davranmasına yol açacak etkileri olabilir. Ayrıca İHAM, barodan ihraç prosedüründe avukatın bu karara karşı başvuru yaptığı mahkemenin üyelerinin avukatı baroya şikayet eden hakim tarafından belirlenmiş olması şeklinde ortaya çıkan adil yargılanma hakkı ihlalinin de bu kapsamdaki orantısızlığı kuvvetlendirdiği görüşündedir.

⁴⁵² Söz konusu karar için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=16&portal=hbkm&action=html&highlight=worm%2C%20%7C%20sunday%20%7C%20times&sessionid=93269341&skin=hudoc-en> ET: 27.04.2012

b. Kitle İletişim Özgürlüğü Adil Yargılanma Hakkı Çatışması Özelinde

1) Medeni Muhakemeye İlgili Olarak

Bu kapsamda çok önemli bir dava Sunday Times v. Birleşik Krallık davasıdır⁴⁵³. Davaya konu olan olayda 1959-1962 yılları arasında Birleşik Krallık’da doğan yüzlerce çocukta, annelerinin içtikleri, genellikle hamilelerin kullandıkları bir tür sakinleştiricide bulunan thalidomide adlı maddeye bağlı sakatlıklar görülmüştür. Bunun üzerine sakat çocukların ebeveynleri söz konusu maddenin üretim ve satışını yapan Distillers Company (Biochemicals) Limited adlı şirkete karşı tazminat davası açmışlardır. 24 Eylül 1972 tarihinde haftalık yayın yapan Sunday Times gazetesinde; “*Thalidomide çocuklarımız: milli utanç sebebi*” başlığını taşıyan bir makale yayınlanmıştır. Distillers şirketi söz konusu makalenin devam eden davayla ilgili “*contempt of court*” niteliğinde olduğu iddiasıyla başsavcıya başvurmuştur. Başsavcının talebi üzerine bölge mahkemesinin 17 Kasım 1972 tarihinde konuyla ilgili yayınlanacak yeni makalelere ilişkin aldığı yayın yasağı kararı; Times Newspapers Limited şirketinin başvurusu üzerine üst mahkeme tarafından kaldırılmıştır. Ancak başsavcının başvurusu üzerine Lordlar Kamarası’nın 18 Temmuz 1973 tarihli kararıyla tekrar konulan yayın yasağı 1976 yılında bölge mahkemesi tarafından kaldırılana kadar varlığını sürdürmüştür.

Söz konusu yayın yasağıyla ilgili olarak Times Newspapers Limited şirketi editörü, genel yayın yönetmeni ve Sunday Times’da çalışan bir grup gazeteci İHAM’ın 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla 19 Ocak 1974 tarihinde Komisyon’a başvurmuşlardır. Başvurucular burada 10. madde ihlalinin İngiliz yargı makamlarının yayın yasağı kararlarından ve “*contempt of court*” kavramının genişliği ve belirsizliğinden kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir. İHAM’a göre dava konusu olayda sınırlamanın kanunla yapılmış olması ile kanunun öngörülebilir ve ulaşılabilir olması şartları gerçekleşmiştir. İHAM, İHAS anlamında kanunun yazılı veya yazılı olmayan kanunları kapsadığından hareketle, “*contempt of court*” kavramının “*common law*” kaynaklı olmasının ve yazılı bir kanuna

⁴⁵³ Söz konusu dava için bkz. Berger, **a.g.e.**, s. 451-455; ayrıca bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=sunday%20%7C%20times&sessionId=93269341&skin=hudoc-en> ET: 26.04.2012

dayanmamasının kanunla öngörülme şartını ihlal etmediğine karar vermiştir. Yine İHAM'a göre “*contempt of court*” kuralları genel olarak, Times Newspapers Limited şirketi aleyhine konulan yayın yasağı gibi yargının otorite ve bağımsızlığının korunması amacıyla yönelik olduğu için meşru bir amaç taşımaktadır. İHAM dava konusu olayda müdahalenin demokratik bir toplumda söz konusu meşru amaca ulaşmak için gerekli olup olmadığını da değerlendirmiştir. Bu bağlamda Handyside v. Birleşik Krallık kararında ortaya koyduğu bazı ilkelere gönderme yapan İHAM bu değerlendirmeyi yaparken, ifade özgürlüğünün sınırlanmasında ulusal takdir marjının sınırsız olmadığı, iç hukuktaki düzenlemelerin kendisi için bir ölçüt olmadığı ve devletlerin iyi niyetli, makul ve dikkatli hareket edip etmemesi gibi hususlara ilişkin değerlendirme yapmakla yetinmeyeceği noktalarına temas etmiştir. İHAM'a göre İHAS'ın 10. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün sınırlanmasında Handyside davası ile bu dava arasındaki temel fark sınırlama amaçları yönündendir. Gerçekten Handyside davasında sınırlamanın genel ahlakın korunması amacıyla yapılması sebebiyle ulusal takdir marjının daha fazla olmasına karşılık, bu davada ulusal takdir marjının yargının otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacı bakımından çok daha sınırlı olduğu ve bu amacın İHAS'ın 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ifade ettiği kararda açıkça vurgulanmıştır. Bir başka deyişle ifade özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasında, ifade özgürlüğünün sınırlanması noktasında İHAS'a taraf devletlerin takdir marjları, İHAS m. 6 ortak temeli sebebiyle daha sınırlıdır.

Bu ilkeler ışığında değerlendirme yapan İHAM, dava konusu olayda yayını yasaklanan makalenin Distillers şirketinin ebeveynlerle yapacağı tazminat anlaşmasında daha cömert davranmaya zorlanması ve Distillers şirketinin ihmalinin okuyucularca kabul edilmesi gibi etkileri olabileceğini kabul etmiş ancak bunların yargının otorite ve tarafsızlığına zarar verici bir nitelik taşımadığı görüşünü benimsemiştir. Yine İHAM'a göre yayın yasağı konulan makalenin cevap hakkı doğurabilecek olması, zorunlu olarak yargının otorite ve tarafsızlığını etkileyebileceği anlamına gelmez. Bu bağlamda İHAM, yayın yasağının İHAS m. 10/2 kapsamında amaca uygun olabileceği ancak yasağın elverişli olup olmadığına diğer bütün şartlar birlikte değerlendirilerek karar verilebileceği görüşündedir. İHAM'a göre yayın yasağının 1976 yılında Distillers ile ilgili bir takım davalar halen devam ederken kaldırılması, baştan gerekli olup olmadığı sorusunu gündeme

getirmektedir. Bu bağlamda, mahkemelerin boşlukta görev yapamayacakları genel kabulünü ortaya koyan İHAM, mahkemelerin ihtilafların çözümleneceği forumlar olmalarının söz konusu ihtilafların uzmanlaşmış veya genel medya ya da kamuoyu tarafından başka hiçbir zeminde tartışılmayacağı anlamına gelmediğine vurgu yapmıştır. İHAM'a göre adaletin doğru işleyişine ilişkin sınırları aşmamak kaydıyla medyanın kamu yararına ilişkin diğer konularda olduğu gibi adalete ilişkin hususlarda da kamuoyuna bilgi ve fikir vermek görevi olduğu gibi, kamuoyunun da bilgi ve fikir edinme hakkı vardır. Bu noktada İHAM söz konusu kamu yararı ile ilgili olarak bir değerler tartımı yapmak yerine, ifade özgürlüğünün sınırlarının dar yorumlanması yolunu tercih etmiştir. Yine burada İHAM'ın 10. madde bakımından denetim yetkisi yalnızca temel mevzuatı değil bunu uygulayan kararları da kapsamına almaktadır. İHAM'a göre dava konusu olayda yasal zorluklardan haberdar olmayan mağdur ailelerinin, konunun altında yatan olguları ve çeşitli olası çözümleri bilmek konusunda hayati menfaatleri vardır ve bu hayati bilgilerden ancak, bu bilgilerin açıklanmasının adaletin otoritesine yönelik mutlak kesinlikte bir tehlike oluşturması halinde mahrum edilebilirler. Bu doğrultuda İHAM Eylül 1972 tarihi itibarıyla söz konusu olayın 7 yıldır yasal bir koza içerisinde olduğu ve ebeveynlerin başvurularının davaya dönüşmesinin en azından kesinlikten uzak olduğu gözlemini yapmıştır. Yine hükümet savunmasında yayın yasağının İngiliz hukukunda ihmale ilişkin hukuksal düzenlemelerin tartışılması gibi daha geniş konuları yasaklamadığını ileri sürse de, İHAM böyle bir ayrımı da suni bulmuştur. İHAM'a göre o tarihte yasaklanan makale yayınlanabilseydi, Distillers olaya ilişkin hususlardaki argümanlarını kamuoyu önünde herhangi bir davadan önce ortaya koymuş olacaktı, zira söz konusu hususlar yalnızca devam eden bir ihtilafın arka planında olmaları sebebiyle kamu yararı dışında kabul edilemez. Özetle İHAM'a göre yasaklanan makale yayınlanabilseydi belirli olguları aydınlığa çıkarabilir, spekülasyonları ve karanlıkta kalmış tartışmaları frenleyebilirdi. Söz konusu gerekçelerle İHAM bu davada İHAM'ın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

2) Gazetecilerin Haber Kaynaklarını Açıklamama Hakkıyla İlgili Olarak

Bu başlık altında İHAM'ın 27.03.1996 tarihinde Goodwin v. Birleşik Krallık davasında verdiği karar⁴⁵⁴ ele alınmalıdır. Davaya konu olayda İngiliz gazeteci Goodwin The Engineer adlı gazetede stajyer olarak çalıştığı sırada, kendisine önceden başka şirketlerle ilgili de bilgi verdiğini iddia ettiği bir kaynaktan Tetra isimli şirketin 2.1 milyon sterlinlik beklenmedik bir kayıp sebebiyle malen zor durumda olduğunu, beş milyon sterlin tutarında bir kredi almaya çalıştığını bildiren bir telefon alır. Goodwin'e göre bu bilginin çalınmış veya gizli bir belgeye dayandığını düşünmesi için hiçbir sebep yoktur. Bunun üzerine Goodwin bilgi almak için Tetra şirketini arar ve konuyla ilgili bir makale yayınlamaya karar verir. Tetra şirketi konuya ilişkin bütün gazetelerin ve süreli yayınların haberdar edildiği bir yayın yasağı kararı aldırır. Ancak Tetra şirketi bununla yetinmeyip, kendisine karşı dava açabilmeleri için başvurunun haber kaynağını açıklaması yönünde de bir emir çıkartır. Başvurucu itirazlarının reddedildiği süreç sonucunda haber kaynağını açıklamadığı için "*contempt of court*" suçundan 5000 sterlin tutarında para cezasına mahkum edilir.

İHAM söz konusu olayda başvurunun haber kaynağını açıklamaya zorlanmasını ve bu emre uymadığı için kendisine ceza verilmesini İHAS'ın 10. maddesine aykırı bulmuştur. İHAM kararında öncelikle, gazetecilerin haber kaynağını açıklamama hakkı güvencesi olmadığı takdirde bu durumun kamu yararıyla ilgili konularda kaynakların basına yardım etmesi bakımından caydırıcı etki yapabileceği, böylece basının yaşamsal bekçi köpeği görevinin zayıflayabileceği ve basının kamuoyuna doğru ve güvenilir bilgi veremeyeceği hususlarının altını çizmiştir. İHAM'a göre dava konusu olayda gizli bilginin yayılmasının önlenmesi amacı zaten yayın yasağı konulmak suretiyle gerçekleştirilmiş ve Tetra'ya yönelik tehdit büyük ölçüde bertaraf edilmiştir. Bu noktada İHAM, sınırlamaya gerekçe olarak gösterilen bilginin başka şekillerde yayılmasının önlenmesi, kaynağın şirketle irtibatının kesilmesi, kaynağa karşı kayıp belgenin iadesi, tazminat vs. amacıyla dava açılması gibi amaçları değerlendirmiştir. Ancak İHAM'a göre somut olayda bütün bu değerler bir arada ele alındığında bile, demokratik bir toplumda basın özgürlüğü

⁴⁵⁴ Söz konusu karar için bkz. Berger, **a.g.e.**, 468-471; ayrıca bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=goodwin&sessionid=93269341&skin=hudoc-en> ET: 29.04.2012

güvencesinden ve başvuruçunun haber kaynağının korunmasındaki kamu yararından daha ağır basmamaktadır. Kaldı ki haber kaynağının açıklanması gerekliliği somut olayda sadece talebe dayanak yapılan bir hukuki yanlıştan hareketle yine bu hukuki yanlışıla ilgili dava açabilme imkanına dayandırılmaktadır. Bu sebeplerle İHAM amaçla araç arasında orantı bulunmadığı ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçeleriyle, 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Bu kararda ortaya konulan ilkelerin çalışmamızda özellikle soruşturmanın gizliliğini ihlal ve kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçları kapsamında yapacağımız değerlendirmelere ışık tutacağı söylenebilir. Bununla birlikte her ne kadar “*contempt of court*” kapsamında olsa da, Goodwin olayında gazetecinin haber kaynağını açıklamama hakkı, ticari sırlarla ve bir ölçüde de hak arama özgürlüğüyle ilgili hak ve menfaatlerle çatışmaktadır. Kanımızca işte bu yüzden adli sırlar bakımından İHAM’ın daha farklı bir yorum yapması olasıdır. Zira şüphelinin masumiyet karinesinin, özel hayatının, yine yargının otorite ve tarafsızlığının korunması gibi değerler adli sırlarla ilgili olaylarda ifade özgürlüğü karşısında daha ağır basan değerler olarak ortaya çıkabilir. Nitekim buna benzer konularda fazla olmamakla birlikte İHAM’ın 10. maddenin ihlal edilmediğine karar verdiği kararları mevcuttur. Takip eden başlık altında bunları ele almaya çalışacağız.

3) Ceza Muhakemesiyle İlgili Olarak

a) Avusturya’ya Karşı Worm Kararı

Kanımızca bu kapsamda 29.08.1997 tarihli Avusturya’ya karşı Worm davasında⁴⁵⁵ İHAM’ın verdiği karar ayrıntılı olarak ele alınmalıdır. Bu kararda başvuruçucu çoğunlukla siyasi konularda yayın yapan Profil adlı bir süreli yayında yayınlanan, eski başbakan yardımcısı ve maliye bakanı Hannes Androsch’un yargılandığı, vergi kaçaklığı davasıyla ilgili iki sayfalık bir makale kaleme alır. Söz konusu makaleyle ilgili olarak başvuruçucu hakkında Avusturya Medya Kanunu’nun 23. bölümünde yer alan ceza davasını hukuka aykırı olarak etkilemek suçundan Viyana Ceza Mahkemesi’nde dava açılır. Ancak yerel mahkeme, makalenin davayı

⁴⁵⁵ Söz konusu kararın İngilizce tam metni ve karşı oy yazısı için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=worm%20%7C%20AUSTRIA&sessionid=92503363&skin=hudoc-en> ET: 19.04.2012

etkilemeye elverişli olmadığı ve başvurucunun kastı olmadığı gerekçesiyle beraat kararı verir. Yerel mahkeme elverişlilik değerlendirmesini yaparken, Androsch'un 1991 yılında vergi kaçakçılığında mahkum olmasını, makalenin bir bütün olarak ifade tarzını ve içeriğini, davanın seyrini, sanığın (Androsch'un) ve başvurucunun kişiliğini hesaba katmıştır. Yerel mahkemeye göre, karalama basınından farklı olarak, başvuru makalesinde, davada yargıcın, savcının, müdafinin ve özellikle de sanığın tutumlarını neredeyse bir psikolog gibi analiz etmiştir. Yine yerel mahkemeye göre başvurucunun uzun yıllardan beri konuyla yoğun olarak ilgileniyor ve makaleler yazıyor olması, konuyla çok ilgili olmayan kişilerin bile malumudur. Dolayısıyla meslekten olmayan bir yargıç bile başvurucudan tarafsız bir yorum bekleyemeyeceğinden etkilenmesi söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde başvuru Androsch'un her halukarda mahkum olacağını düşündüğü için, davanın sonucunu etkilemek kastıyla hareket etmemiştir.

Ancak söz konusu kararın savcılıkça temyiz edilmesi üzerine, yüksek mahkemece beraat kararı bozulmuş ve başvurucunun Avusturya Medya Kanunu'nun 23. bölümünde yer alan ceza davasını hukuka aykırı olarak etkilemek suçundan mahkûmiyetine karar verilmiştir. Bu kararında yüksek mahkeme, başvurucunun "*Vergi makamlarına bildirilmeyen yedi tane hesaba giren ve çıkan para cereyanı Androsch'un vergi kaçırdığından başka şekilde yorumlanamaz.*" ifadesinin savcının duruşmadaki bir beyanından aynen alıntı olması savunmasına itibar etmemiş, bu hususun makalede belirtilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Yüksek mahkemeye göre, Avusturya Medya Kanunu'nun 23. bölümünde yer alan ceza davasını hukuka aykırı olarak etkilemek suçu somut olay bakımından "*delilin değeri üzerinde mütalaa*" tipik hareketiyle tamamlanan, neticesi harekete bitişik bir suç ve bir soyut tehlike suçudur. Bu sebeple yerel mahkemede dikkate alınan elverişlilik değerlendirmesi anlamsızdır. Söz konusu makalede sanığın (Androsch'un) beyanları delil niteliğinde olup, bunlar hakkında yalnızca psikolojik analiz niteliğinde olduğu söylenemeyecek olumsuz değerlendirmelerde bulunulmuştur. Kaldı ki bu suçun maddi unsuru yalnızca olumsuz değil olumlu nitelikteki değerlendirmeyle de gerçekleşir. Yine yüksek mahkemeye göre Androsch'un yargılandığı mahkeme iki meslekten yargıç ve iki de meslekten olmayan yargıçtan oluştuğu için, en azından medyatik davalarla ilgili farklı gazeteler

okumaya yönelen ve başvuruçunun eskiden beri var olan tutumunu bilemeyebilecek meslekten olmayan yargıçların bu yazıdan etkilenmeleri mümkündür. Yüksek mahkemeye göre yerel mahkeme kararının tam tersine suçun manevi unsuru ve hukuka aykırı olarak etkilemek özel kastı da somut olayda neredeyse apaçık bellidir. Söz konusu olayla başvuruçunun ilgisi ve bu konudaki uzmanlığı, 1978 yılından beri konuyu araştırıp, konuyla ilgili yüzden fazla makale yazmış olması, başvuruçunun Androsch'un baştan beri suçlu olduğu görüşünde olduğunu ortaya koymakta, bu durumsa tam tersine hukuka aykırı olarak etkileme kastının varlığı izlenimini kuvvetlendirmektedir. Başvuruçucu dava konusu makalesinde yalnızca Androsch'un beyanlarını eleştirmemekte, davanın sonucunu yani Androsch'un mahkûmiyetini de beklemektedir. Yüksek mahkemeye göre başvuruçunun her ne kadar vergi müfettişi ve tanık Heinz Tschernutter'un beyanı da olsa *“Her şeyden önce davada herhangi bir yanlışlık yoktur. Dava ortak akılla, düzgünce, bilgi ve inancımızın en iyisiyle görülmüştür.”* ifadesine makalesinin başında yer vermesi, mahkemeye de aynı yaklaşıma sahip olması yönünde tavsiyede bulunulduğu veya mahkemenin buna zorlandığı izlenimi uyandırmaktadır.

Başvuruçucu İHAM önüne gelen olayda, Avusturya Medya Kanunu'nun 23. bölümünde yer alan suçun yanlış yorumlanması sebebiyle İHAS'ın 10. maddesi kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. İHAM dava konusu olayda oyçokluğuyla 10. madde ihlalinin olmadığına karar vermiştir. İHAM bu sonuca varırken öncelikle uyuşmazlık konusu mahkûmiyetin kanunla öngörülmüş olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı değerlendirmelerini yapmıştır. İHAM'a göre *“yargının otorite ve tarafsızlığının korunması”* İHAS anlamında meşru bir amaçtır. Bu anlamda yargının otoritesi, hukuki ihtilafların çözümünde ve bir suçla itham edilen kişinin suçluluğunun veya masumiyetinin tespitinde mahkemelerin gerçek forum niteliğinde olmasını ve halk tarafından da genelde böyle olduklarının kabul edilmesini ve dahası halkın genellikle bu görevi yerine getireceklerine dair mahkemelere saygısı ve güveni olmasını ifade eder. İHAM somut olayda meşru amaç değerlendirmesini yaparken, Avusturya hükümetinin ileri sürdüğü mahkûmiyetin aynı zamanda Androsch'un masumiyet karinesini koruma meşru amacını taşıdığı iddiasını ayrıca değerlendirmemiş ve fakat bu açıkladığı hususlara atıf yapmıştır.

Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususunda ise Komisyon ile İHAM'ın görüşleri birbirinden farklıdır. Komisyon, yüksek mahkemenin halkın eski bir maliye bakanının hakkındaki vergi kaçaklığı suçlamasıyla ilgili bilgi edinme hakkıyla, derdest bir davaya medyanın etkisinin önlenmesi arasında değerler tartımı yapmaması, yerel mahkeme gibi makalenin ifade ve içerik olarak bütününe dikkate almaması, makalede geçen sanığın vergi kaçırdığı yönündeki ifadenin yalnızca hakimlerce bağımsız olarak çözümlenecek bir şüphe durumunu ortaya koyması, cezalandırılan ifadenin savcının duruşmada kullandığı bir ifade olduğu savunmasına yüksek mahkemece itibar edilmemesi gibi gerekçelerle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

İHAM ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması değerlendirmesini yaparken “*sıkıştıran toplumsal ihtiyaç*”, ulusal makamların takdir marjı ve sınırlamanın meşru amaçla orantılı olması ölçütlerine başvurmuştur. Bu noktada İHAM yüksek mahkemenin, makalenin davanın sonucunu etkilemeye objektif olarak elverişli olduğu ve başvuruçunun hukuka aykırı olarak etkilemek özel kastının bulunduğu hususlarını meşru amaçla ilgili bulmuştur. Bunların aynı amaca ulaşmak için yeterli olup olmadığı ise ayrı bir değerlendirmeye konu olmuştur. Bu noktada İHAM, ulusal makamların 10. maddenin 2. fıkrasındaki sınırlama sebeplerinin her biri bakımından takdir marjlarının aynı olmadığı değerlendirmesini yapmış, ayrıca “*yargının otorite ve tarafsızlığının korunması*” amacı bakımından her ne kadar İHAS'a taraf devlet uygulamalarının ortak bir temele dayanması gereği kabul edilse de, yalnızca bir taraf devletteki sınırlamanın başka bir hukuk düzeninde söz konusu olmaması sebebiyle 10. maddenin ihlal edilmiş sayılamayacağı sonucuna varmıştır. İHAM, Sunday Times v. Birleşik Krallık davasında kullandığı bir ifadeyi tekrar etmiş ve halkın medyada yer alan sahte-davaların düzenli gösterilerine alışmasının uzun vadede bir suçla itham edilen kişilerin suçluluğu veya masumiyetinin belirlenmesinde mahkemelerin gerçek forumlar olduğu kabulünü ortadan kaldıracak çok kötü sonuçları olabileceğine işaret etmiştir. Bu sebeple İHAM'a göre Avusturya hukukunda suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmesi müdahalenin haklılığına gölge düşürmez. Bu anlamda yüksek mahkemenin gerekçelerini değerlendiren İHAM'a göre somut olayda, her ne kadar cezalandırılan ifade savcının duruşmada sarfettiği sözler olsa da, sanığın suçluluğunu ispat etmek

savcının görevi olup, başvuruçunun görevi değildir. Bu sebeplerle İHAM müdahale gerekçelerini İHAS m. 10/2 anlamında yeterli de bulmuştur.

Görüldüğü gibi söz konusu dava ve karar, kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasına ceza hukukunun müdahalesiyle ilgili genel çerçeveyi çizmesi bakımından çok önemli bir veri niteliğindedir. Söz konusu kararda İHAM medyatik muhakekenin adil yargılanma hakkına etkilerine ve olası sosyolojik sonuçlarına işaret ettiği gibi, soruna ceza normlarıyla müdahale noktasında da soyut tehlike suçu, elverişlilik, özel kast gibi bir takım konularda değerlendirmelerde bulunmuştur. Yine İHAM söz konusu kararda İHAS m. 10/2’de yer alan “*yargının otorite ve tarafsızlığının korunması*” sınırlama nedeni kapsamında müdahalenin aynı zamanda sanığın masumiyet karinesini de koruduğunu ifade etmiştir. Masumiyet karinesinin sözleşmenin yatay etkisi sebebiyle gazetecileri de bağlaması noktasında İHAM’ın çekinceli ve basın özgürlüğünden yana bir tavrı olduğundan, bu karar İHAM’ın bir gazetecinin masumiyet karinesini ihlal eden bir makalesi sebebiyle mahkum olmasını onayladığı nadir bir karar olması sebebiyle de önemlidir⁴⁵⁶.

b) Fransa’ya karşı Tourancheau ve July Kararı

Kitle iletişim özgürlüğü masumiyet karinesi çatışması bakımından İHAM’ın Tourancheau ve July v. Fransa davasında verdiği 12.04.2006 tarihli karar da⁴⁵⁷ ayrıca önemlidir. Aynı zamanda söz konusu karar 6352 sy. kanunla yürürlükten kaldırılan BsK m. 19/1 gibi dar anlamda basın suçlarıyla ve TCK m. 285/1-2 gibi soruşturmanın gizliliğini ihlali cezalandıran suç tipleriyle ilgili olarak İHAM’ın yaklaşımı ortaya koymaktadır. Davaya konu olan olayda bir genç kızın bıçaklanarak öldürülmesi soruşturmasıyla ilgili “*Liberation*” gazetesinde bir makale yayınlanır. Soruşturmada olaydan önce birbirleriyle flört eden bir genç kız ve bir genç erkek şüphelidir. Makalede tutukluğu devam eden genç kız A’nın suçlu, tahliye edilen erkek arkadaşı B’nin ise suçsuz olduğu kanısını uyandıracak, şüphelilerden A’nın zararına olarak B’nin yararına etki doğuracak ifadeler ile A’nın kolluk ve sorgu hakimliğindeki ifadelerinden alıntılara tırnak içinde ve italik harflerle yer verilmiştir.

⁴⁵⁶ Sudre/Marguénaud/ Adriantsimbazovina/Gouttenoire/Levinet, **a.g.e.** , s. 272

⁴⁵⁷ Söz konusu karar için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=worm%2C%20%7C%20sunday%20%7C%20times%20%7C%2053886/00&sessionid=93542628&skin=hudoc-en> ET: 29.04.2012

Davaya konu olan olayda İHAM FBsK'nın 38. maddesindeki suçtan dolayı başvuruculara verilen 10000 franklık cezanın İHAS m. 10 kapsamında ifade özgürlüğünü ve kitle iletişim özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir. FBsK'nın 38. maddesinde, hukukumuzdaki 5187 sayılı Basın Kanunu'nun mülga 19. maddesinin 1. fıkrasındakine benzer bir dar anlamda basın suçu düzenlenmiştir. İHAM dava konusu olayda, şüphelilerin masumiyet karinesinin, yargının otorite ve bağımsızlığının, şüphelilerin şöhret ve haklarının korunması amaçlarıyla, müdahaleyi uygun ve elverişli bulmuştur. İHAM'a göre, dava konusu olayda, FBsK'nın 38. maddesine göre başvuruculara ceza verilmesi bakımından sıkıştıran bir toplumsal ihtiyaç mevcuttur. Yine İHAM'a göre, başvuruculara verilen 10000 franklık cezanın miktarı da amaçla orantılıdır.

c) Norveç'e karşı Egeland ve Hanseid Kararı

Norveç'e karşı Egeland ve Hanseid davası⁴⁵⁸, karşılaştırmalı hukukta da benzerlerine rastlanan ve hukukumuzda da TCK m. 285/5'in karşılığı olan ceza muhakemesinde kişilerin görüntülerinin yayınlanması suç tipleriyle ilgili olarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin görüşünü yansıtmaları bakımından önemlidir. İHAM, bu davada 16.07.2009 tarihinde verdiği kararında; Norveç hukukunda Mahkemelerin İdaresi Hakkında Kanun'un 131A ve 198/3 bölümünde yer alan rızası olmadan kişilerin görüntülerinin yayınlanması yasağını ve bu yasağın ihlali halinde verilen para cezasını, İHAS'ın 10. maddesine aykırı bulmamıştır. Karara konu olan olay üç cinayete yardım ve yataklık suçundan 21 yıl hapis cezasına mahkum olan bayan B'nin adliye çıkışında çekilen ve kendisini perişan, son derece üzgün, sarsılmış ve savunmasız bir psikoloji içinde gösteren yüzüne yakın tuttuğu bir mendille görüntülediği ve rızası olmadan çekilen fotoğraflarının yayınına ilişkindir. Davaya konu olan olayda, söz konusu cinayet davasının niteliği itibariyle eşî görülmemiş şekilde medyaya konu olan ve kamuoyu ilgisini çeken bir olay olduğunu ve yine bayan B'nin kimliğinin zaten önceden kamuoyunca bilindiğini kabul eden İHAM, çekilen fotoğrafları içeriklerine göre ve yayınladıkları şartlar içerisinde değerlendirerek bir karara varmıştır. Yine İHAM, somut olayda başvurucuların, bayan B'nin rızasının önceden basınla işbirliği yapmış olması sebebiyle konuyla

⁴⁵⁸ Söz konusu karar için bkz.

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=worm%2C%20%7C%20sunday%20%7C%20times&sessionid=93269341&skin=hudoc-en> ET: 27.04.2012

ilgili olmadığı iddiasına da, itibar etmemiştir. İHAM'a göre, bayan B'nin önceden basınla çeşitli kereler işbirliği yapmış olması kendisinin dava konusu fotoğraflarla ilgili korumadan yoksun bırakılmasına gerekçe olamaz. İHAM, dava konusu olayda bayan B'nin özel hayatının korunmasının adaletin selametinin korunmasıyla eşit derecede önemli olduğu görüşündedir. Norveç Yüksek Mahkemesi adaletin selametine, İHAM özel hayatın korunmasına daha fazla ağırlık verse de İHAM'a göre her iki neden de “*sıkıştırılan toplumsal ihtiyaç*” niteliğindedir. Her iki sınırlama nedeni bir arada basının kamuoyuna bilgi verme hakkına ağır basmaktadır. Yine verilen para cezaları da çok ağır değildir. Özetle İHAM somut olayda sınırlama nedenlerini uygun ve elverişli, sınırlamayı da amaçla orantılı bulmuş ve 10. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

3. Adil Yargılanma Hakkının Korunması Bağlamında Adliye Karşı Suçlar

a. Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme

1) Genel Olarak

Adliye karşı suçlar, 5237 sayılı TCK'nın “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*” başlıklı 4. kısmının 2. bölümünde 267 ila 298. maddelerinde düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK gibi, 5237 sayılı TCK da, adliye karşı suçları klasik anlamda devlete karşı suçlar üst başlığı altında kabul etmiş ve bu suçların kapsamını belirlerken kamu idaresine karşı suçlar bakımından söz konusu olan objektif fonksiyon-sübjektif fonksiyon ayrımını sürdürmüştür. Gerçekten klasik anlamda devlet idaresine karşı suçlar kamu görevlilerinin işlediği suçlar ve kamu görevlileri aleyhine işlenen suçlar olarak gruplandırılabilen ve birinci grup suçlar bir fonksiyonel görevin ihlalini yaptırma bağlarken, diğerleri ise fonksiyonel faaliyete yabancı olan kişiler tarafından işlenen suçları düzenlemektedir⁴⁵⁹. Bu durum tarihsel süreçte devletin adli menfaatlerini ihlal ettiklerinden bahisle devlete karşı suçlar⁴⁶⁰ üst başlığı altında mütalaa edilen adliye karşı suçların başlangıçta

⁴⁵⁹ Duygun Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, **İÜHF**, c. XXX, S. 3-4, 1965, s. 670

⁴⁶⁰ Gerçekten İngiliz hukukunda mahkemeye saygısızlık (contempt of court) olarak ifade edilen fiiller, civil ve criminal contempt olarak ayrılmakta olup, bunların suç olanları (criminal contempt) devlete karşı suç olarak değerlendirilmiştir. Arthur L. Goodhart, “Newspapers and Contempt of Court in

bağımsız bir grup olarak değil kamu idaresine karşı suçlar kapsamında kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır⁴⁶¹. Nitekim süreç içerisinde adli fonksiyonun kamu idaresinden bağımsızlığının kavranmasıyla bu suçların ayrı bir başlık altında toplanması noktasına gelinmiştir⁴⁶². Ancak kamu idaresine karşı suçlar bakımından söz konusu olan bu ayrım objektif açıdan adli fonksiyon-sübjektif açıdan adli fonksiyon ayrımı şeklinde varlığını sürdürmüş ve adliye karşı suçların bir kısmının hala kamu idaresine karşı suçlar olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmuştur⁴⁶³.

TCK'nın bu ayrımı devam ettirme tercihi doktrinde eleştiriye uğramıştır. Nitekim Tezcan/Erdem/Önok'a göre, örneğin Alman Ceza Kanunu'ndan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'nın "*Adliye karşı suçlar*" bölümünde, genellikle adliye dışarıdan gelecek saldırılara karşı bir korunma sağlanmış olup, bizzat adli organlardan gelebilecek saldırılara en azından "*Adliye karşı suçlar*" kapsamında pek yer verilmediği görülmektedir⁴⁶⁴. Bu durumu eleştiren Ünver'e göre de, TCK'da adliye karşı suçlar içerisinde sadece adliye dışından kaynaklanan ihlallere yer verilmesi ancak bizatihi adliye içinden gelen ihlallere ilişkin suçların özellikle adliye karşı suçlar arasında düzenlenmeyişi, bu suçlarla korunmak istenen hukuksal değer olan adil yargılanma hakkını gerekli olduğu ölçüde ve yeterince koruyamamaktadır. Yazara göre yabancı ülkelerin ceza kanunlarında düzenlenen ve bizim hukukumuzda adliye karşı suçlar içerisinde düzenlenmeyen ya da hiç düzenlenmeyen ve fakat adil yargılanma hakkını doğrudan etkileyen eylemlerin ülkemiz açısından da suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir⁴⁶⁵. Gerçekten Özek'e göre de bu suçların kapsamı belirlenirken başvuru objektif adli fonksiyon-sübjektif adli fonksiyon ayrımı, adliye karşı suçların bütünlüğünü önlemekte olup, devletin çıkarlarını ve otoritesini korumak anlayışının bir ürünüdür⁴⁶⁶.

Yazarın da 765 sayılı TCK zamanında isabetli olarak ifade ettiği gibi, önemli olan, failin kamu görevlisi veya yargı görevi yapan sıfatı değil, yargı kararının norma

English Law", **Harvard Law Review**, Nisan 1935, c. XLVIII, no: 6 <http://heinonline.org/HOL/Welcome> , s. 886

⁴⁶¹ Çetin Özek, **Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar**, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti. , İstanbul, 1976, s. 224; Özek, "Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", s. 20

⁴⁶² Özek, "Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", s. 20

⁴⁶³ **A.g.m.** , s. 20-21

⁴⁶⁴ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 847

⁴⁶⁵ Yener Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 24

⁴⁶⁶ Çetin Özek, "Adliye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", **İÜHFİM**, c. LV, S. 3, 1997, s. 21

aykırılığı sebebiyle bireyin yitirdiği yargı güvencesi, dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlali olmalıdır⁴⁶⁷. Oysaki 5237 sayılı TCK’da da bu durum göz ardı edilmeye devam etmektedir.

Bu gerekçelerle örneğin 5237 sayılı TCK m. 252/7’ye göre rüşvet suçunun “*Rüşvet alan veya talebinde bulunan ya da bu konuda anlaşmaya varan kişinin; yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması*” olarak ifade edilen ve daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin, işkence suçu (TCK m. 94) ve haksız arama (TCK m. 120) gibi suçların da adliye karşı suçlar kapsamında düzenlenmesi gerektiği söylenmiştir⁴⁶⁸. Gerçekten 5237 sayılı TCK’nın 94. maddesinde “*Kişilere Karşı Suçlar*” arasında düzenlenen işkence suçu faili ancak kamu görevlisi olabilecek özgü bir suçtur. Bu suçun özellikle CMK’nın “*İfade alma ve sorguda yasak usuller*” kenar başlıklı 148. maddesine aykırı olarak ifade ve sorgu sırasında işlenebileceği ortadadır. Böyle bir durumda suçun adli fonksiyonu ve bireyin adil yargılanma hakkını ihlal edeceği ortadayken 765 sayılı TCK’da devlet idaresi aleyhine suç sayılması doktrinde eleştirilmiştir⁴⁶⁹. 5237 sayılı TCK’da bu suç, bireyin vücut dokunulmazlığı, kişilik hakları ön planda tutularak “*Kişilere Karşı Suçlar*” arasında düzenlenmiştir. TCK m. 94’ün gerekçesine baktığımızda bu suçun maddi gerçeğin ortaya çıkmasına ve adaletin gerçekleşmesine engel olucu sonuçları olabileceğinden söz edilmiştir⁴⁷⁰. Bununla birlikte kanun koyucu tercihini işkence suçunu adliye karşı suçlar arasında düzenlemekten yana kullanmıştır. Benzer şekilde 5237 sayılı TCK kapsamında haksız arama suçu da “*Kişilere Karşı Suçlar*” kısmında hürriyete karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir.

Bize göre işkence, haksız arama gibi suçların, kamu idaresine karşı suçlar kapsamında düzenlenmemiş olmalarına rağmen, adliye karşı suçlar arasında da düzenlenmemesi, TCK’nın bireysel yararı öne çıkarma iddiasıyla bir ölçüde çelişmektedir. Zira böylece, adliye karşı suçlarla korunan hukuksal değerlerin öncelikle bireyin adil yargılanma hakkı değil, adliye ve devlet olduğu yaklaşımı sürdürülmektedir.

⁴⁶⁷ **A.g.m.**

⁴⁶⁸ **A.g.m.** , s. 21-22

⁴⁶⁹ **A.g.m.** , s. 21

⁴⁷⁰ TCK madde gerekçeleri için bkz. <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc> ET: 03.03.2011

2) Adliyeye Karşı Suçlar ve Ceza Adaleti İlişkisi

Bu noktada adliyeye karşı suçlar ile ceza adaleti arasındaki yakın ilişkiye de dikkat çekmek gerektiğini düşünüyoruz. Gözübüyük'e göre adliye idaresine karşı suçlar; ceza kovuşturmasına karşı suçlar, delillerin toplanmasına karşı suçlar, cezaların infazına karşı suçlar olarak konularına ve hedeflerine göre üçe ayrılabilir⁴⁷¹. Önder ise, adliyeye karşı suçların hukuki konusuna göre değişik sistemlerin ön planda tuttukları altı esastan üçünün bütün sistemlerde düzenlenmiş olduğunu belirterek, adliyeye karşı suçları ceza kovuşturmasına karşı işlendiği kabul edilen, muhakemenin yürümesine engel teşkil ettiği kabul edilen ve cezaların yerine getirilmesine karşı suçlar olarak üçe ayırmaktadır⁴⁷². Dikkat edilirse yazarların bu ayrımlarından adliyeye karşı suçları daha çok ceza adaletine karşı suçlar olarak değerlendirdikleri anlaşılmaktadır. Gerçekten de adliyeye karşı suçların genellikle ceza muhakemesi ile ilgili olarak düzenlendiği, adli fonksiyon ve otoritenin esas olarak söz konusu olduğu yargılamanın ceza yargılaması olduğu söylenmiştir⁴⁷³. Bu bağlamda Ünver ise adliyeye karşı suçlarla korunmak istenen hukuksal değer olarak kabul ettiği adil yargılanma hakkını sadece ceza muhakemesiyle ilgili olarak anlamamakta, bu hakkı tüm muhakeme hukuku alanlarını ilgilendiren ve etkileyen hatta ceza infaz hukukunu da içine alan bir kavram olarak değerlendirmektedir⁴⁷⁴. Bir başka deyişle yazar adliyeye karşı suçların ceza muhakemesiyle ve genel olarak ceza adaletiyle daha yakın ilişkide ele alındığını kabul etmekte ancak adliyeye karşı suçları sadece bu alana hasretmemektedir. Bize göre yazarın adliyeye karşı suçlarla korunan hukuksal değer olarak adil yargılanma hakkını kabul etmesi, adliyeye karşı suçların daha çok ceza adaletine karşı suçlar olması tespitimizle de örtüşmektedir. Zira adil yargılanma hakkı diğer muhakeme hukuku alanlarını da ilgilendirmekle birlikte en başta ceza adaleti ve ceza muhakemesiyle ilgili bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁷¹ Abdullah Pulat Gözübüyük, "Adliyeye Karşı Cürümler", **Adalet Dergisi**, 1969, S. 8, s. 475-476

⁴⁷² Ayhan Önder, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Beta, İstanbul, 1987

⁴⁷³ Özek, **Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar**, s. 62

⁴⁷⁴ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 33

3) Adliyeye Karşı Suçlarla Korunan Hukuksal Değere İlişkin Görüşler

Adliyeye karşı suçlarla korunan hukuksal değere ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlarca adil yargılanma hakkına hiç vurgu yapmayan, klasik görüşe ve TCK'nın sistematığına uygun bir yaklaşım benimsemiştir. Tezcan/Erdem/Önok'a göre adliyeye karşı suçlar, devletin yasama ve yürütme kuvvetleri yanında üçüncü kuvvet olan yargının değişik ihlallere karşı korunmasını sağlamaktadır⁴⁷⁵. Toroslu'ya göre; adliyeye karşı suçlarla, devlete ait adli veya yargısal varlık veya menfaatler korunmaktadır⁴⁷⁶. Benzer görüşteki Gözübüyük'e göre, adliye idaresine karşı suçlar olarak adlandırılması gereken bu suçlar, adliyenin nizami faaliyetine ve bireylerin adalete tabi oluşlarına ilişkin ve adli faaliyetin teminatı olan hükümlerdir⁴⁷⁷.

Diğer yandan Özek⁴⁷⁸, adliyeye karşı suçlarla korunmak istenen hukuksal değeri adli faaliyetin/fonksiyonun/otoritenin norma ve adalete uygunluğu olarak ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar günümüzde artık devletin adli çıkarlarından çok bireyin adil yargılanma hakkının korunmasını temel alan görüşlere ulaşıldığını vurgulamıştır⁴⁷⁹. Nitekim Ünver'e göre TCK'da adliyeye karşı suçlar başlığı altında düzenlenen, TCK'nın 287. maddesinde düzenlenen genital muayene suçu hariç⁴⁸⁰, suçların tümü bireyin adil yargılanma hakkına karşı, klasik görüşe göre ise devletin adli fonksiyonuna veya adliyenin idaresine karşı suçlardır⁴⁸¹.

4) Görüşümüz

Bütün adliyeye karşı suçlarla bir yönden ve genel olarak adil yargılanma hakkının korunmasının amaçlandığı söylenebilir⁴⁸². Ancak adliyeye karşı suçlar içerisinde adil yargılanma hakkını koruyan sert çekirdeği bulmak için kanımızca hem adliyeye karşı suçlara ilişkin sınıflandırma girişimlerinden yararlanmak, hem de adliyeye karşı suçları; muhakeme öncesine, muhakeme sürecine ve muhakeme

⁴⁷⁵ Tezcan/ Erdem/ Önok, **a.g.e.** , s. 847

⁴⁷⁶ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 310

⁴⁷⁷ Gözübüyük, "Adliyeye Karşı Cürümler", s. 475-476

⁴⁷⁸ Özek, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", s. 19; Özek, **Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar**, s. 224

⁴⁷⁹ Özek, "Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu", s. 20

⁴⁸⁰ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 360-361

⁴⁸¹ **A.g.e.** , s. 31

⁴⁸² **A.g.e.**

sonrasına ilişkin olmak üzere üçe ayırmak gereklidir. Bu ayırımın çizgileri mutlak olmayıp, yapacağımız analizi ve varacağımız sonucu daha kolay açıklamak bakımından yararlı olacağı kanısındayız.

Bu ayırma göre TCK'da yer alan “*İftira (TCK m. 267)*”, “*Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (TCK m. 268)*”, “*Suç üstlenme (TCK m. 270)*”, “*Suç uydurma (TCK m. 271)*”, “*Suç uydurmeme*”⁴⁸³ suçları muhakeme öncesinden muhakemenin başlangıç anına kadarki süreçle ilgilidir. Özek ise bizim bu kapsamda mütalaa ettiğimiz “*İftira (TCK m. 267)*, *Suç üstlenme (TCK m. 270)*, *Suç uydurma (TCK m. 271)*” gibi suç tiplerini suç duyurusunun gerçeğe uygunluğunun korunmasını sağlamaya yönelik suç tipleri olarak adlandırmıştır. Bu ayırım bizim yaptığımız ayırma benzerdir. Şu kadar ki yazar; “*Başkasına ait kimlik veya kimlik bilgilerinin kullanılması (TCK m. 268)*” suçunu, suça ilişkin bilgi, belge ve bulguları gerçeğe uygun olarak vermek yükümlülüğüne yönelik ihlalleri yaptırma bağlayan bir suç tipi olarak ayrı bir başlık altında sınıflandırmaktadır.

TCK'da yer alan “*Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme*”, “*Hükümlünün veya tutuklunun kaçması*”, “*Kaçmaya imkan sağlama*”, “*Muhafızın görevini kötüye kullanması*”, “*Hükümlü veya tutukluların ayaklanması*”, “*Hak kullanımını veya beslenmeyi engelleme*” gibi suçlar da daha çok muhakeme sonrası hükmün infazı veya muhakeme sürecinde gözaltı, tutuklama gibi koruma tedbirlerinin yerine getirilmesiyle ilgilidir. Söz konusu suç tiplerini Özek yargının kararının yerine getirilme değerinin korunmasına yönelik suç tipleri içerisinde mütalaa etmektedir⁴⁸⁴. Özek'in bu ayırımı da bizim görüşümüze benzer niteliktedir.

⁴⁸³ Özek'in ortaya koyduğu sistematik bakımından 5237 sayılı TCK'da “Adliyeye Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlardan, *Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m. 279)*, *Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (TCK m. 280)*, *Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme (TCK m. 284)* suçları yargılamanın doğru, haklı ve norma uygun nedenlere dayanması amacına yönelik, “*suçu bildirme-notitia criminis*” yükümlülüğünün ihlalini yaptırma bağlayan suç tipleridir. Bkz. Özek, “Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, s. 36-38; TCK'nın 278. maddesinde düzenlenen herkes tarafından bu yükümlülüğü öngören “*Suç uydurmeme*” suçu Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2011 tarih ve 28085 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 30.06.2011 T. 2010/52 E. ve 2011/113 K. sayılı kararıyla yayımından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiştir. Söz konusu iptal kararının ardından 6352 sy. kanunla bu suç tipinin ilk üç fıkrası aynen düzenlenmiş ve fakat madde metnine “*Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükümlenmez. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.*” şeklinde bir dördüncü fıkra eklenmiştir. Kanımızca bu “*sayın muhbir vatandaş*” maddesi bu haliyle de tartışmaya açıktır. Maddeye, ceza davalarında tanıklık yapan herkese bu maddeden dava açılması gerekebileceği, ceza davalarında bu yüzden kimsenin tanıklık yapmayabileceği gibi eleştiriler getirilmiştir.

⁴⁸⁴ Özek, “Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, s. 48-49

Bununla birlikte yargının kararının yerine getirilme değerinin korunmasına yönelik suç tipleri, yalnızca kesin hükme bağlanmış cezaların infazıyla ilgili kuralların ihlalini değil, tüm asli ve fer'i cezaların, tedbirlerin ve suçtan elde edilen veya suçta kullanılan şeylerle ilgili kararların yerine getirilmesine ilişkin kurallara aykırılıkları da kapsamına almaktadır⁴⁸⁵. Bu yönden doğrudan doğruya muhakemenin bir aşamasıyla ilişkilendirilemeyecek, “*Muhafaza görevini kötüye kullanma*”, “*Resmen teslim olunan mala elkonulması veya bozulması*”, “*Suçtan kaynaklanan mal varlığı değerlerini aklama*” gibi suç tipleri de bu kapsamda mütalaa edilebilir. Ayrıca Özek’in ayrımına göre “*Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (TCK m. 282)*” suçu, “*Suçluyu kayırma (TCK m. 283)*” suçu ile birlikte suçtan yararlanmanın ve suç failine yardımın önlenmesine yönelik suç tipleri içerisinde de değerlendirilebilir. Bu suç tiplerini zaman olarak herhangi bir aşamayla ilişkilendirmek mümkün değildir, bunlar muhakeme öncesinden, sonrasına kadar bütün aşamalarda ortaya çıkabilir. Bununla birlikte bu suç tiplerinin de doğrudan doğruya adil yargılanma hakkıyla ilgili olmadığı ortadadır.

Şüphesiz ki yaptığımız bu ayırım suç tiplerindeki ince ayrıntılar bakımından sağlıklı olmayabilir. Örneğin iftira veya suç üstlenme suçunun veya tutuklunun kaçmasının devam eden bir ceza muhakemesini etkileyebileceği, böylece maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engelleyebileceği, adaleti yanıltabileceği, hatta masum birinin mahkum olmasına, suçlu birinin de serbest kalmasına yol açabileceği ortadadır. Hatta örneğin “*hak kullanımını ve beslenmeyi engelleme*” suçuna ait müdafî veya avukat tayin etmenin engellenmesi gibi bazı seçimlik hareketler doğrudan doğruya İHAS m. 6 kapsamında bulunan bir hakkı ihlal etmek suretiyle de adil yargılamaya zarar verebilir. Bununla birlikte bu sonuçların hepsi bu suçların dolaylı ve tali etkileri olarak ortaya çıkabilir. Bir başka deyişle bu suç tiplerinin hiçbirisi İHAS m. 6 anlamında bütün unsuruyla adil yargılanma hakkına uygun sürmesi gereken bir muhakemenin merkezinde yer almamaktadır.

Bize göre, “*Suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme*”, “*Tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme*”, “*Yalan tanıklık*”, “*Yalan yere yemin*”, “*Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık*” gibi suçlar bile, muhakeme sürecine ilişkin ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına engel olabilecek suçlar olmakla birlikte

⁴⁸⁵ A.g.m. , s. 49

adliyyeye karşı suçlar içerisinde adil yargılanma hakkını koruyan sert çekirdeğin içerisinde yer almamaktadır. Şüphesiz ki bu kapsamdaki suçların, örneğin bir soruşturma ile ilgili görev yapan adli kolluk görevlisinin soruşturma kapsamındaki delilleri yok etmesi, gizlemesi veya değiştirmesinin adil yargılamaya verebileceği zarar çok büyük olabilir. Bununla birlikte İHAS m. 6'nın lafzında hakim ve mahkemenin bağımsızlığı açıkça düzenlenmiş, ancak adli kolluğun veya soruşturma makamlarının göreve aykırı davranışlarına ilişkin herhangi bir güvenceye açıkça yer verilmemiştir. İşte bu yüzden bu suçları da adil yargılanma hakkını koruyan sert çekirdeğin içinde değerlendirmiyoruz. Bu kapsamdaki suçları Özek suça ilişkin bilgi, belge ve bulguları gerçeğe uygun olarak vermek yükümlülüğüne yönelik ihlalleri yaptırma bağlayan ve kanıtların varlığı ile gerçeğe uygunluğunun korunmasına yönelik suç tipleri içerisinde ele almıştır⁴⁸⁶.

İşte bu noktada TCK'da yer alan adli sırrın korunmasına ve yargının dış etkilerden korunmasına yönelik suçlar, dar anlamda bir başka deyişle İHAS m. 6'nın lafzı anlamında adil yargılanma hakkını korumaya yönelik suçlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmamız kapsamında ele alacağımız TCK'da yer alan “*Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 277)*” ve “*Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs (TCK m. 288)*” suçları yargılamanın dış etkilerden korunması amacıyla yönelik suç tipleridir. Bu suç tipleriyle esas olarak korunan yukarıda alt unsurlarını ayrıntılı olarak açıkladığımız İHAS m. 6/1'de öngörülen “*kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı*”dır. Yine çalışmamız kapsamında ele alacağımız “*Soruşturmanın Gizliliğini İhlal (TCK m. 285/1-2)*” “*Kapalı/Gizli Duruşmanın Gizliliğini İhlal (TCK m. 285/3)*”, “*Kişilerin Görüntülerinin Yayınlanması (TCK m. 285/5)*” ve “*Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması (TCK m. 286)*” gibi suç tipleri esas olarak adli sırları korumaktadır. Adli sır ise İHAS m. 6/1'in ikinci cümlesinde duruşmaların aleniliği ilkesinin istisnaları olarak ve özellikle İHAS m. 6/2'de yer alan masumiyet karinesini korumayı amaçlayan soruşturmanın gizliliği ilkesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Dahası İHAS m. 6/1 ve 6/3 arasında düzenlenen masumiyet karinesi, savunma hakkı (İHAS m. 6/3) başta olmak üzere adil yargılama hakkı kapsamındaki bütün güvencelere temel oluşturmak suretiyle, adil yargılanma hakkının adeta özü niteliğindedir⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ **A.g.m.**, s. 38 ve 42-43

⁴⁸⁷ Feyzioğlu, **a.g.m.**, s. 152

Gerçekten bu suçlar adeta adil yargılanma hakkına karşı suçlar alt başlığı altında adliye karşı suçlar içerisinde sert çekirdeği oluşturmakta ve dahası Basın Kanunu'nun mülga 19. ve yürürlükteki 21. maddelerindeki gibi bazı dar anlamda basın suçlarını da kapsamına almaktadır. Nitekim Yarsuvat, BsK'da düzenlenen mülga yargıyı etkileme suçuyla ilgili olarak, bu suçun koruduğu hukuksal değerlerin sanık ve masumiyet karinesi olduğunu bir başka deyişle adil yargılanma hakkı olduğunu ifade etmiştir⁴⁸⁸. Özellikle TCK'da adliye karşı suçlar başlığı altında düzenlenen çalışmamız kapsamındaki suç tipleri sözünü ettiğiniz kitle iletişim özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı çatışmasının tam da merkezinde yer alan ve kitle iletişim özgürlüğü alanındaki teknolojik ve ekonomik gelişmelerle birlikte ortaya çıkan veya gelişen suç tipleridir. Yine bu noktada adil yargılanma hakkına karşı suçlarla ilgili olarak, adli sır kavramını kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasında üzerinde durulması gereken temel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten çalışmamız kapsamındaki suçlar adli sırrın ihlalini ceza yaptırımına bağlarken, hukuksal değer olarak da adil yargılanma hakkını korumaktadır.

b. Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar ve Adli Sır Kavramı

1) Genel Olarak

Doktrinde Özek'in⁴⁸⁹ ortaya koyduğu "*adli sır*" kavramı, farklı şekillerde ifade edilmiştir. Örneğin 8. Uluslar arası Ceza Hukuku Kongresi kararlarında bu kavram "*usuli sır*" terimiyle karşılanmıştır⁴⁹⁰. Doktrinde Centel adli sırrı ifade etmek için "*susma yükümlülüğü*"⁴⁹¹, bir başka yazar "*adli susma yükümlülüğü*"⁴⁹², diğer bir yazar "*gizlilik yükümü/yükümlülüğü*"⁴⁹³ terimlerini kullanmaktadır. Bize göre "*susma yükümlülüğü*" veya "*adli susma yükümlülüğü*" gibi terimlerin ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın "*susma hakkı*" ile karıştırılması mümkündür. Yine "*gizlilik yükümü/yükümlülüğü*" terimi ise yalnızca adli sırrın gizliliği kural olan ceza

⁴⁸⁸ Yarsuvat, "Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı II", s. 42

⁴⁸⁹ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 379 vd.

⁴⁹⁰ IAPL, **a.g.e.**, s. 60

⁴⁹¹ Centel, "Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü", s. 60-61

⁴⁹² Christian-Alexander Neuling, "Ceza Adaleti ve Medya- Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği mi Yoksa 'Adli Susma Yükümlülüğü' mü?", Çeviren: Yener Ünver, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No: 7**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 225

⁴⁹³ Güneş Okuyucu Ergün, "Soruşturmanın Gizliliği", **AÜHFD**, c. 59, S. 2, 2010, s. 269-270

muhakemesinin soruşturma aşamasıyla ilgili yönüne vurgu yapmaktadır. Ancak ceza muhakemesinin açıklığı kural olan duruşma aşamasında öngörülen istisnaları veya hukuk mahkemelerinde ya da idari yargıda görülen davaların duruşmaları bakımından kabul edilen bir takım sınırlamaları ortaya koyamamaktadır. Bu bakımdan biz kavramın hukuken korunan diğer sır türleriyle ve kitle iletişim özgürlüğüyle ilişkisinin ortaya konulabilmesi bakımından da yararlı gördüğümüz “*adli sır*” kavramını da kullanmayı tercih ediyoruz. Gerçekten kitle iletişim özgürlüğü hukuken korunan diğer sır türleriyle de sınırlanmaktadır ancak bu sınırlamalara bizim çalışmamız kapsamında ancak adli sır kavramıyla kesiştiği ölçüde temas edilecektir.

Adli sır kavramı meslek sırrı, devlet sırrı, ticari sır gibi bir takım kavramlarla karıştırılmaya müsaittir. Bu bağlamda öncelikle sır kavramının ne olduğunu kısaca ortaya koymak, daha sonra da hukuken korunan söz konusu sır türleri ile adli sırlar arasındaki benzerlikler, farklılıklar ve ortak noktalara işaret etmekte yarar görüyoruz. Çünkü hukuken korunan örneğin görev sırrı niteliğindeki bir sırrın aynı zamanda adli sır kapsamına girmesi gibi hallerle ilgili olarak söz konusu hususların ortaya konulması, çalışmamızın ikinci bölümünde ele alacağımız suç tiplerine içtima hükümlerinin uygulanması bakımından da önem arz etmektedir. Dilimizde sır “*Varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey, giz*” olarak tanımlanmıştır⁴⁹⁴. Donay ise sır kavramını; “*sübjektif unsuru yönünden sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü, objektif unsuru yönünden ise başkaları tarafından daha önce bilinmeyen husus*” olarak tanımlamaktadır⁴⁹⁵. Erem’e göre ise⁴⁹⁶; “*Sır işitmek, görmek veya hissetmek suretiyle öğrenilen ve maddi varlığa sahip olmayan bir şeydir. Maddi mevcudiyete sahip olan şeye sır denemez. Bu sebeple meselâ suçtan mütevellit esham, tahvilât veya suçun ikasına vasıta teşkil eden alet ve cisimleri saklamak bir müdafî için meslek sırrı teşkil edemez, sırda esas gizliliklidir. Yani aleni olamayan herşeye, yalnız mahdut kimseler arasında bilinen keyfiyete umumi ve geniş mânada sır diyebiliriz.*” Özek’e göre ise sır, bilmek hakkı dışında kalanların bilgiye ulaşamaması anlamına gelir⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ <http://www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=s%FD&ne=a> ET: 06.03.2011

⁴⁹⁵ Süheyl Donay, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti. , İstanbul, 1978, s. 5-6

⁴⁹⁶ Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, *AÜHF*, 1943, c.1, S. 1, s. 36
<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/980/1530.pdf> ET: 24.12.2011

⁴⁹⁷ Özek, *Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına*, s. 65

Donay'ın savunduğu görüşe göre⁴⁹⁸; “her gizli olan şey sır değildir. Sır olmamasına rağmen gizli tutulmasında yarar vardır. Örneğin sanığın tabanca ile mağduru bir lokantada yaralaması olayında, lokantada bulunan herkes olaya tanık olmuştur. Ancak bu olaya ilişkin ilk soruşturmanın açıklanması, muhakemenin selâmeti yönünden sakıncalı bulunmuştur. Yargıç, savcı veya kolluk memuru, soruşturmaya ilişkin bilgileri açıkladıkları takdirde, soruşturmanın tamamlanmasını hatalı yola sevk etmek gibi bir sakınca ile karşılaşılır. Esasen bu soruşturmaya ilişkin belgeler ve bilgiler daha sonra duruşma safhasında gizliliğini de kaybetmektedir.”

Biz soruşturmanın aşamasının gizliliğini sır olarak değerlendirmeyen Donay'ın bu görüşlerine katılmamaktayız. Zira bir sırrın belli bir süreyle veya süreçle sınırlı olması bu sürenin dolmasıyla veya sürecin sonunda alenileşmesi ve böylece gizliliğinin ortadan kalkması sırda sır niteliğini kaybettirmez. Hukukta kural olarak süresiz saklanması gereken avukatın meslek sırrı gibi sırlar olduğu gibi⁴⁹⁹, belli bir süre sonunda sır niteliği ortadan kalkacak devlet sırları veya ticari sırlar gibi sırlar⁵⁰⁰ da mevcuttur. Kaldı ki süresiz olarak gizli tutulması öngörülse bile hiçbir sırrın sonsuza kadar gizliliğini muhafaza edebileceğinin garantisi yoktur. Yine yazarın örneğinden yola çıkarsak lokantada bulunan kişilerin yaralama olayına tanık olması soruşturma aşamasının gizliliği bakımından bir takım hususlara adli sır niteliğini kaybettirmez. Soruşturma süresince alenileşmedikten ve kamuya malolmadıktan sonra sırrın lokantadaki sınırlı sayıda bir takım kimseler tarafından bilinmesi ona sır niteliğini kaybettirmez. Erem'e göre de bir şeyi bilenlerin adedinin çokluğu onu sır olmaktan çıkarmaya yeterli değildir⁵⁰¹. Hatta önceden aleni olan veya sonradan

⁴⁹⁸ Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s. 100

⁴⁹⁹ Avukatın meslek sırrının süresiz niteliği, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 37. ve Avrupa'da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları'nın 2.3.3. maddelerinde de düzenlenmiştir. Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları için bkz.

http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari.pdf ET:

03.02.2012; Avrupa'da Avukatlık Mesleğine İlişkin Temel İlkeler Tüzüğü ve Avrupa'da Avukatların Tabi Olduğu Meslek Kuralları için bkz.

http://www.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/CCBE_avukatlik_meslek_kurallari.pdf ET: 03.02.2012

⁵⁰⁰ Nitekim Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı'nın 7. maddesinde devlet sırrı niteliğinin süresine ilişkin bir düzenleme öngörülmüştür. Devlet Sırrı Kanunu Tasarısı için bkz.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/devletsirri.pdf> ET: 07.03.2011; ayrıca Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın 6. maddesinde de “bilgi ve belgelerin sır niteliği devam ettiği sürece” ifadesiyle bu geçici nitelik ifade edilmiştir.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/ticarisir.pdf> ET: 07.03.2011

⁵⁰¹ Faruk Erem, **Avukatlıkta Meslek Sırrı**, Konferans Ordu Barosu: 10.6.1972, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972, s. 5

alenileşen bir hususun zaman geçmesiyle tekrar sır haline gelebilmesinin de mümkün olduğu söylenmiştir⁵⁰².

Özek kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasında kilit bir kavram olan adli sır kavramını kısaca “*adli kovuşturmayla ilgili bazı hususların belirli sürelerle yayınlanması yasağı*” olarak adlandırmaktadır⁵⁰³. Yazar Türk hukukunda, adli sırrın korunmasına yönelik normları iki ana gruba ayırarak incelemektedir. Yazara göre birinci grup sınırlamalar, herhangi bir karara gerek olmaksızın, normun objektif ve genel bir kuralıyla yaratılan sınırlamalar olup; ikinci grup sınırlamalar ise, sadece yetkili organlar için yayın yasağı koyabilmek olanağı sağlayan, dolaylı nitelikte sınırlamalardır⁵⁰⁴. Kanımızca birinci grup sınırlamaların mutlak, ikinci grup sınırlamaların ise yetkili organların takdirine bağlı ve nispi olduğu yönündeki yazarın bu ayrımı bugün için gerekli olmadığı gibi verdiği bazı örnekler de doğru olmayabilir. Aslında bu durumun sebebi bugün için, her ne kadar hala Anayasa’da ve mevzuatta bir bütün olarak düzenlenmese de, basın özgürlüğünden değil bir bütün olarak kitle iletişim özgürlüğünden söz edilmesi ve adli sırlarında da yalnızca basın özgürlüğünü değil kitle iletişim özgürlüğünü sınırlaması hususudur. Şöyle ki yazarın örneklerinden yola çıkarsak BsK’nın mülga 19. maddesindeki veya yürürlükteki 21. maddesindeki gibi dar anlamda basın suçlarını birinci gruba, buna karşılık duruşmanın açıklığının istisnası olan usul kanunlarında düzenlenen halleri ikinci gruba sokmak gerekecektir. Oysaki ikinci grup içerisinde de yargı organına takdir olanağı bırakmayan ancak dar anlamda basın suçu olarak düzenlenmemiş yayın yasakları da vardır. Gerçekten adli sırlar; dar anlamda basın suçlarıyla ya da yargı organının takdirine bağlı olsun olmasın usul kanunlarında öngörülen ve TCK’daki bazı suç tipleriyle ceza yaptırımına bağlanan yasaklar şeklinde düzenlenmiş olabilir. Kanımızca adli sırlar bakımından özellikle vurgulanması gereken bütün bu kanuni düzenlemelerin dışında mahkemelerin yayın yasağı koymak yetkisi bulunmadığı hususudur⁵⁰⁵. Esas olan özgürlük olup, sınırlamanın istisna olması gerekir. Bununla birlikte ülkemizde mahkemelerin adli sırlara ilişkin çizilmiş kanuni çerçeve dışında ve Anayasa’ya aykırı olarak ve sıkça

⁵⁰² **A.g.e.**

⁵⁰³ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 382

⁵⁰⁴ **A.g.e.**, s. 380

⁵⁰⁵ Ongun, **a.g.e.**, s. 121-125; 8. Uluslar arası Ceza Hukuku Kongresi kararlarında da kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasının çözümüne yönelik hukuksal ilkelere doğrudan veya dolaylı sansüre yol açacak şekilde başvurulamayacağı vurgulanmıştır. IAPL, **a.g.e.**, s. 61

yayın yasağı koymaları yönünde bir uygulama söz konusudur⁵⁰⁶. Nitekim Anayasa m. 28/5 hükmüne göre basın için yayın yasağı ancak yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirlenecek sınırlar içerisinde ve hakim kararıyla konulabilir. Örneğin kişilik haklarına saldırının önleneceği gerekçesiyle Türk Medeni Kanunu'nun kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerine dayanılarak basın için yayın yasağı konulması Anayasa'ya aykırıdır⁵⁰⁷. Yayın yasağı aynı zamanda kişilik haklarının ve/veya başka hukuksal değerlerin de korunmasını sağlayabilir. Ancak bunlar yayın yasağının tali sonuçları olup, yayın yasağının amacı yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi olmalıdır. Anayasa m. 28/5 hükmüyle ilgili olarak Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Raporuna göre yayın yasağı sansür niteliğinde ve basın özgürlüğüne yönelik çok ağır bir sınırlama olduğu için, uygulama alanının dar tutulması gerekir⁵⁰⁸. Bu yönden Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Raporuna göre yargılama görevini etkileyecek nitelikte yayınlar kesin hükmün doğruluktan sapmasına yol açacak nitelikte yayınlar olup, bu nitelikte yayınların yasaklanması Anayasa'ya uygun olacaktır⁵⁰⁹. Basın dışı kitle iletişim araçları bakımından da yayın yasağı konulması ancak Anayasa'nın düşüncesi

⁵⁰⁶ Fikret İlkiz, "Yayın Yasakları", Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, GSÜ Yayınları:32, Şan Ofset, İstanbul, 2004, s. 479-514

⁵⁰⁷ Özek, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, s. 341; İngiliz hukukundaysa "injunction" veya "prior restraint" olarak adlandırılan yayın yasakları bakımından böyle bir sınırlama yoktur. Örneğin belirli bir gazete tarafından telif hakkı ihlal edilen bir yazar veya fotoğrafçı ihlalin devamını önlemek için yayın yasağı koydurabilir. İngiliz hukukunda yayın yasaklarının ihlali mahkemeye saygısızlık (contempt of court) kapsamında cezalandırılır. Tom Crone, **Law and The Media (An everyday guide for professionals)**, Focal Press, İngiltere, 1996, s. 152-153

⁵⁰⁸ Özek, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, s. 340-341; Reşat Yazıcı, **Anayasalarımızda Basın Hukuku**, Gazeteciler Cemiyeti Yayınları, Gazeteciler Cemiyeti Matbaası, Ankara, 1986, s. 86-87; Anglo-Amerikan hukuku bakımından İngiliz mahkemelerinde yayın yasakları konulması ve bu yasaklara aykırılık halinde mahkemeye saygısızlık (contempt of court) kapsamında hapis ve/veya para cezaları verilmesi şeklinde ortaya çıkan "anne devletin" uygulaması Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi tarafından, mahkemelerin basının içeriğini denetlemesine olanak tanıyan sansür niteliğinde bir uygulama olması sebebiyle hukuk dışı kabul etmiştir. Gerald, **a.g.e.**, s. 5; Bu kapsamda dönüm noktası Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin Nebraska Press Association v. Stuart davasında verdiği karardır. Bu davada Amerikan Anayasası'nın ek 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ile ek 1. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü çatışmasında yayın yasağı konulabilecek haller bakımından oldukça sıkı bir takım kriterler getirilmiştir. Bunlar yayın yasağına alternatif tedbirlerle adil yargılanma hakkının korunması amacına ulaşamayacağı somut olgularla tespit edilmesi, yayın yasağının amaca ulaşmak bakımından muhtemel etkinliğinin ortaya konulması, yayın yasağının açık duruşmada cereyan eden hususları da kapsayacak şekilde verilmemiş olması, yayın yasağının şartlarının açık, sınırlarının belirli ve dar olmasıdır. Zuckman/ Gaynes/ Carter/ Lushbough Dee, **a.g.e.**, s. 228-231; Gerçekten yayın yasaklarının Amerikan Anayasası'na aykırılığı karinesini kuvvetli bir biçimde teyit eden Nebraska Press Association kararının, yayın yasaklarının fiilen etkinliğini yitirmesini sonuçladığı söylenmiştir. Bir dönüm noktası olan söz konusu kararın doğrudan sonuçlarından biri de, bu karardan sonra "gag order" olarak da adlandırılan söz konusu yayın yasaklarının dolaylı bir nitelik kazanarak, doğrudan gazetecilere değil, gazetecilerin haber kaynaklarına yani avukatlar, tanıklar, mahkeme personeli gibi duruşmaya iştirak eden kişilere yönelmesidir. Scherer, **a.g.e.**, s. 185-186 Söz konusu dava ve karar ile ayrıntılı bilgi için bkz. Scherer, **a.g.e.**

⁵⁰⁹ Özek, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, s. 340-341. ; Yazıcı, **a.g.e.**, s. 86-87

açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlama nedenlerine dayanılarak mümkün olabilir. Bu nedenler arasında yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi yer almakla birlikte, bu neden dışında maddede sayılan diğer nedenlerle de düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlanması mümkündür. Önemli olan husus açık bir kanuni düzenleme, bir başka deyişle kanunun sınırlarını açıkça belirlediği bir yetki söz konusu olmaksızın hakim kararıyla bile yayın yasağı konulmasının Anayasa'ya aykırı olacağıdır. Doğrudan Anayasa'nın ilgili hükmüne veya kanunun genel bir düzenlemesine dayanılarak yayın yasağı konulamaz⁵¹⁰. Gerçekten Anayasa'nın 13. maddesine göre de “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla*” sınırlanabilir ve bu sınırlamalar, “*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine*” aykırı olamaz.

Bize göre Türk mevzuatında yer verilmeyen, ancak Türk hukuk öğretisinde Özek tarafından kullanılan adli sır kavramı kitle iletişim özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı çatışmasında kilit bir kavramdır. Zira çalışmamızın ikinci ana bölümünde inceleyeceğimiz suç tiplerinin korumayı amaçladığı başlıca hukuksal değerlerin adil yargılanma hakkı olduğu sonucuna ulaşmış bulunuyoruz. İşte bu sonuca varırken adli sır kavramına değinmemek olmaz. Çünkü aslında bu suç tipleri adli sırrı düzenlemekte ve korumakta olduklarından, adli sırrın varlığıyla hangi hukuksal değerlerin korunmak istendiği sorusunu yanıtlayarak bu sonuca ulaşmamız, vardığımız sonucun bir sağlamasını yapmak bakımından da gereklidir. Hukuken korunan çeşitli sırlar, çeşitli hukuksal menfaatleri ve değerleri korumaktadır, örneğin devlet sırları devletin varlığının korunması amacıyla, ticari ve mesleki sırlar ise çalışma hayatının korunması amaçlarına yöneliktir⁵¹¹. Adli sırlar ile korunmak istenen hukuksal değere ilişkin değişik görüşler ise adliyeye karşı suçlarla korunmak istenen hukuksal değerlere ilişkin değişik görüşlerle benzerlik göstermektedir. Bir görüşe göre adli sırlarla yargının bağımsızlığı ve norma uygunluğu böylece deliller ve maddi gerçek korunmak istenmektedir; diğer bir görüşe göreyse adli sırlarla kişilik hakları, masumiyet karinesi ve özel hayatın gizliliği korunmak istenmektedir. Ayrıca bu iki farklı görüşü birleştiren ve adli sırlarla korunmak istenen hem kamusal hem de özel

⁵¹⁰ Özek, **Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına**, s. 341

⁵¹¹ **A.g.e.** , s. 379

yararların bulunduğunu kabul eden karma görüş de ileri sürülmüştür⁵¹². Bizim görüşümüze en yakın olan karma görüş olmakla birlikte, bize göre özünde söz konusu kamusal ve özel yararları birbirinden ayırmak olanaksızdır. Söz konusu kamusal ve özel yararları en iyi birleştiren ve ifade eden çağdaş kavram adil yargılanma hakkıdır, adil yargılanma hakkının sağlandığı bir ceza muhakemesi zaten her yönüyle norma uygun ve maddi gerçeğe ulaşmaya da daha elverişli olacaktır çünkü maddi gerçeğe ulaşmak mutlaka muhakeme sonunda bir mahkumiyeti gerektirmez. Örneğin failin eylemi bir suç olmadığı için beraat kararı veriliyorsa maddi gerçeğe ulaşılmış olacak, ortada suç niteliğinde bir eylem olmasına rağmen sanığın fail olmadığı anlaşılıp beraat kararı veriliyorsa da kısmen maddi gerçeğe ulaşılmış bir masum mahkum edilmemiş olacaktır.

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nda "*adli sır*" kapsamındaki bilgi ve belgeler de kanunun kapsamı dışında kalan bilgi edinme hakkının sınırlarından biri olarak düzenlenmekle birlikte bunlar bakımından "*adli sır*" gibi bir terim kullanılmamış, bunlar BEHK'nın 20. maddesinde "*Adli soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin bilgi veya belgeler*" olarak ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye göre; açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde⁵¹³; suç işlenmesine yol açacak, suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanunî yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek, yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek, hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlâl edecek, nitelikteki bilgi veya belgeler "*adli sır*" olarak kabul edilmiştir diyebiliriz. Bununla birlikte 20. maddenin 2. fıkrasına göre adli sırrın kapsamı bunlarla sınırlı olmayıp, CMK, HMK, İYUK ve diğer özel kanunlarda öngörülen "*adli sır*" kapsamındaki hükümler saklıdır.

2) Meslek Sırrı/Görev Sırrı ve Adli Sır

Dilimizde meslek; "*Bir kimsenin geçimini sağlamak için yaptığı sürekli iş*" olarak tanımlanmaktadır⁵¹⁴. Doktrinde meslek sırrını; "*mesleki faaliyet neticesinde öğrenilen sır*" olarak tanımlayan Erem'e göre, "*meslek*" sırrın öğrenilmesini olanaklı

⁵¹² A.g.e. , s. 382-384

⁵¹³ Görüldüğü gibi BEHK'nın 20. maddesinde adli sırların geçici de olabileceği "*Açıklanması veya zamanından önce açıklanması hâlinde*" ifadesiyle açıkça vurgulanmıştır.

⁵¹⁴ <http://www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=meslek&ne=a> ET: 06.03.2011

kılar, sırrın öğrenilmesinin nedeni meslektir, meslekle sırrın öğrenilmesi arasında meslek sırrının zorunlu unsuru olan bir bağlantı vardır⁵¹⁵. Donay ise meslek sırrını; “*Bir mesleğin icrası sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylar*” olarak tanımlamaktadır⁵¹⁶. Yazara göre meslek sırrının meslekle doğrudan doğruya ilgili olması ve sırrın mesleğin icrası sırasında bizzat sır sahibi tarafından tevdi edilmesi ya da meslek sahibinin kendi bulguları sonucu öğrenilmesi gerekir⁵¹⁷. Aslında meslek sırrı ile görev sırrı da birbiriyle çokça karıştırılabilecek ve pek çok ortak noktası olan ve zaman zaman birbirilerinin yerine kullanılan iki kavram olarak ortaya çıkmaktadır. Bunları bir arada analiz eden Özek’e göre görev ve meslek nedeniyle edinilen kamusal ve özel sırların korunması söz konusudur⁵¹⁸. Bize göre sırrın özel niteliği ağır bastığında meslek, kamusal niteliği ağır bastığında ise görev sırrından söz edilmesi daha uygundur.

Yine görev ve meslekle ilgili her açıklama yasağı ihlalinin görev/meslek sırrının ihlali olarak değerlendirilmemesi gerekir. Gerçekten 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 15. maddesinde düzenlenen devlet memurlarının basına bilgi ve demeç verme yasağının ihlali için bu açıklamanın sır niteliğindeki veya gizli nitelikteki konulara ilişkin olması şart değildir⁵¹⁹. 657 sayılı kanunun daha çok disiplin hukukuna ilişkin olan bu hükmü, yürütülen kamu görevi ve görev yapılan idareyle ilgili olumlu veya olumsuz nitelikte olması önem arz etmeyen açıklamaları da kapsamaktadır⁵²⁰.

Hukukumuzda “*meslek sırrı*” terimine 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 54. maddesinin; “*Noter ve noterlik kâtipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunların emrettiği haller dışında açıklayamazlar.*” hükmünde ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 123. maddesinde⁵²¹ açıkça rastlamaktayız. Bununla birlikte

⁵¹⁵ Erem, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, s. 37

⁵¹⁶ Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s. 11

⁵¹⁷ **A.g.e.**, s. 7-11

⁵¹⁸ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 388

⁵¹⁹ Cem Baloğlu, “İfade Özgürlüğü Kapsamında Devlet Memurlarının Basına Bilgi ve Demeç Vermeleri”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Aralık 2008, S. 28, s. 107

⁵²⁰ **A.g.m.**, s. 103-108

⁵²¹ “*Kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişiler, Devletin güvenliği ve temel dış yararlarına karşı ağır sonuçlar doğuracak haller ile meslek sırrı, aile hayatının gizliliği ve savunma hakkına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, özel kanunlardaki yasaklayıcı ve sınırlayıcı hükümler dikkate alınmaksızın gizli dahi olsa Fon tarafından bu Kanun kapsamında verilen görevler ile sınırlı olmak*

Noterlik Kanunu'nun 54. maddesinin başlığında meslek sırrından bahsedilmekle birlikte içeriğinde görev sırrından bahsedildiğini görmekteyiz.

Bu bağlamda 765 sayılı TCK'nın 198. maddesinde düzenlenen meslek sırrının açıklanması suçunun 5237 sayılı TCK'da düzenlenmediğini söylemek gereklidir. Adli sır ve meslek sırrı kesişmesiyle ilgili olarak Donay, ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında ilgili kişilerin meslekleri nedeniyle öğrendikleri gizli kalması gerekli hususları açıklamaları halinde 765 sayılı TCK'nın 198. maddesinde düzenlenen meslek sırrının açıklanması suçunun oluşmayacağı görüşünü savunmuştur. Zira soruşturmanın gizliliği ile korunmak istenen hukuksal yarar soruşturmanın selameti, maddi gerçeğe ulaşılması, yargıçların bağımsızlığı gibi adaletin yüksek yararlarıyken, meslek sırrıyla korunması amaçlanan yarar kişilerin özel hayatıyla ilgili kişisel bir yarardır⁵²². Buna karşılık bir başka yazara göre soruşturmanın gizliliği, soruşturmayı yürüten ve soruşturma kapsamındaki bilgi ve belgelere ulaşma hakkına sahip olanları bağlayan ve onlara meslek sırrı saklama yükümlülüğü getiren bir ilkedir ve bu yükümlülüğün ihlali halinde TCK'nın 258. maddesinde düzenlenen “Göreve ilişkin sırrın açıklanması” suçu oluşacaktır⁵²³. Gerçekten 5237 sayılı TCK'da meslek sırrının açıklanması suçu düzenlenmediği için TCK'nın 258. maddesinin bu anlamda uygulanabilirliği tartışılmalıdır. Bu maddeye göre;

“ (1) Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve emirleri ve diğer tebligatı açıklayan veya yayınlayan veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştıran kamu görevlisine, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kamu görevlisi sıfatı sona erdikten sonra, birinci fıkrada yazılı fiilleri işleyen kimseye de aynı ceza verilir.”

Bu suç, adından ve yalnızca kamu görevlilerinin faili olabileceği bir özgü suç olarak düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere meslek sırrının açıklanmasını değil, kamu görevlisinin görev sırrının açıklanmasını cezalandırmaktadır. Bu suç aslında

üzere istenecek her türlü bilgi ve belgeyi uygun süre ve ortamda, sürekli veya münferit olarak vermeye, istenecek defter ve belgeleri ibraz etmeye mecburdurlar.

Bu madde kapsamında, ilgili kişi, kurum ve kuruluşlar Fonun belirleyeceği süre içerisinde söz konusu talebe cevap vermek ve gereken kolaylığı göstermekle yükümlüdürler.”

⁵²² Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, s. 99-100

⁵²³ Bıyıklı, **a.g.m.** , s. 459

765 sayılı TCK'nın 229. maddesinde düzenlenen suçun 5237 sayılı TCK'daki karşılığıdır. Bununla birlikte 765 sayılı TCK'da bu suçun faili “memur” olabileceken, 5237 sayılı TCK'da “memur” kavramına yer verilmeyip, “kamu görevlisi” kavramı kullanıldığı için bu suçun faili kamu görevlileri olabilecektir. Bu suçun konusu kamu görevlisinin, “Görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle bilgi edindiği ve gizli kalması gereken belgeler, kararlar, emirler ve diğer tebligat”dır. Dikkat edilirse meslek sırrı açısından da aranan sırrın kendisine verilmesi veya kendisinin görev sebebiyle öğrenmesi unsurlarına maddede yer verilmiştir. Suçun tipe uygun eylem unsuru bunların “açıklanması veya yayınlanması veya ne suretle olursa olsun başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştırmak”tır. Suç serbest hareketli bir suçtur, “açıklamak” veya “yayınlamak” maddede örnek olarak sayılmış hareket modelleridir.

TCK'nın “Tanımlar” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde kamu görevlisi; “kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi” olarak tanımlanmıştır. Hükmün gerekçesine göre; bu tanım bakımından kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak tek ölçüt, gördüğü işin bir “kamusal faaliyet” olmasıdır. Bu kapsamda maddenin gerekçesine göre kamusal faaliyet, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Gerekçede mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu, bunların yanı sıra bilirkişi, tercüman ve tanıkların da bu faaliyetlerin icrası kapsamında TCK'ya göre kamu görevlisi oldukları söylenmiştir. Yine gerekçede askerlik görevi yapan kişilerin, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erlerinin de kamu görevlisi olduğu söylenmiştir.

Görüldüğü gibi TCK anlamında soruşturmanın gizliliği bakımından soruşturmaya ilgili kişilerden adli sır saklama yükümlülüğüne tabi olan bilirkişiler, tanıklar, tutuklu veya bir başka suçtan hükümlü bulunabilecek olan şüphelinin naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri bu suçun faili olabileceklerdir. Bu bakımdan hakim ve savcıların da, örneğin otopsiyi gerçekleştiren hekimlerin ve soruşturmaya ilgili kamu görevlisi tanımına girebilecek diğer kişilerin de bu suçun

faili olabileceklerini düşünüyörüz. Bu kapsamda özellikle soruşturma'nın gizliliğini ihlal eden yani soruşturma'yla ilgili öğrendiklerini örneğin medyaya sızdıran “*adli kolluk*” görevlilerinin bu suçun faili olabilecekleri ortadadır. Bununla birlikte kamu görevlisi olarak TCK m. 258'deki suçun faili olabilecek avukatlar bakımından yapılacak değerlendirme özellikle önemlidir. Kanımızca çalışmamızda ayrıntılı olarak ele alacağımız gibi müdafilerin, savunma gerekleri ölçüsünde, özellikle medyatik muhakemede, silahların eşitliğini sağlayabilmek için soruşturma'nın gizliliğini ihlal etmeleri halinde, gerek TCK m. 258 gerekse de TCK m. 285/1-2'deki suçlardan sorumlulukları söz konusu olmamalıdır. Bu durumda TCK m. 26/1'e göre hakkın icrası kapsamında savunma dokunulmazlığı bir hukuka uygunluk nedenidir.

Bize göre meslek sırrı/görev sırrı ve adli sır kesişmesinde en önemli kişiler avukatlardır. Avukatlar bakımından adli sır kapsamındaki bilgiler ile meslek sırrı kapsamındaki bilgilerin aynı bilgiler olması olanaklıdır. Avukatların sır saklama yükümlülüğü ve tanıklıktan çekinme hakkı 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenmiştir. AvK m. 36/1'e göre; avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Dikkat edilirse bu maddede de “*meslek sırrı*”ndan değil “*görev sırrı*”ndan söz edilmektedir. Bu durum da TCK'nın 258. maddesiyle uyumludur. AvK m. 36/2'ye göreyse avukatların görev sırları kapsamındaki hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri ancak iş sahibinin muvafakatini almış olmaları şartıyla mümkündür. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz. Avukatların tanıklıktan çekinme hakkı CMK m. 46/1-a'da da düzenlenmiştir. CMK m. 46'ya göre avukatlar ilgilinin rızasının varlığı halinde dahi tanıklıktan çekinebilirler. AvK m. 36/son ile Türkiye Barolar Birliği'nin ve baroların memurlarına da sır saklama yükümlülüğü ve tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Bu kişiler bakımından da avukatlar gibi adli sır meslek sırrı/ görev sırrı kesişmesinin söz konusu olacağı ortadadır.

Danışman⁵²⁴ soruşturma'yla ilgili yasal olarak bilgi sahibi olan kişileri; hakimler, savcılar, hakim/savcı stajyerleri ve soruşturmada görev alan kolluk

⁵²⁴ Ahmet Danışman, **Le secret des procédures repressives et la liberté de la presse en droit Français**, AÜSBF Yayınları No: 366, Basın ve Yayın Yüksek Okulu Yayınları No: 4, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1973, s. 44-51

görevlileri gibi soruşturmaya ilgili doğrudan bilgi sahibi olan kişiler ve tercüman, mübaşir, zabıt katibi, katip, yazman veya örneğin CMK 120/1'e göre aramada hazır bulunabilecek komşu gibi kişileri soruşturmaya ilgili dolaylı bilgi sahibi olan kişiler olarak ikiye ayırmaktadır. Yazar soruşturmaya ilgili kişiler olarak adlandırdığı diğer bir grubu ise kendi içerisinde yine şüpheli, mağdur, tanık, malen sorumlu gibi soruşturmaya doğrudan ilgisi olan kişiler ve tarafların avukatları yani soruşturmaya dolaylı ilgisi olan kişiler olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutmaktadır⁵²⁵. Bir başka deyişle Fransız hukukunu temel alan yazarın görüşü soruşturma hakkında bilgisi olan kişilerle, soruşturmaya ilgisi olan kişiler ayırımına dayanmakta ve özellikle müdafî ve mağdur vekili olmak üzere avukatları soruşturmaya dolaylı ilgisi olan kişiler olarak sınıflandırdığı için önem arz etmektedir. Gerçekten Fransız hukukunda soruşturmanın gizliliğini ihlal meslek sırrının açıklanması suçu kapsamında yaptırma bağlandığı için, yazarın bu çıkarımları özellikle adli sır ile avukatın meslek sırrını ayırt etmenin zorluğunu ortaya koymaktadır. Bu kapsamda, hukukumuzdaki CMK m. 157/1 gibi Fransız hukukunda da söz konusu olan, soruşturmanın gizliliğinin savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla geçerli olmasına dayanan yazar, savunma gerekleri ölçüsünde avukatın yalnızca üçüncü kişilere karşı adli sırı saklamakla yükümlü olduğu ve fakat şüpheliye karşı böyle bir yükümlülüğünün olmadığı sonucuna varmıştır⁵²⁶. Bize göre savunma gerekli ölçüsünde özellikle müdafî adli sırı üçüncü kişilere de açıklayabilir.

3) Devlet Sırrı ve Adli Sır

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 16. maddesinde devlet sırrı kavramına yer verilmiştir. Devlet sırrının bu kanunun yani bilgi edinme hakkının kapsamı dışında kaldığı, bilgi edinme hakkının sınırlarından birini oluşturduğu hükme bağlanmıştır. BEHK'nın 16. maddesine göre; devlet sırrına ilişkin bilgi veya belgeler; *“Açıklanması hâlinde Devletin emniyetine, dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine açıkça zarar verecek ve niteliği itibarıyla Devlet sırrı olan gizlilik dereceli bilgi veya belgeler”*dir.

Devlet sırrı, Devlet Sırrı Kanunu Tasarısında da; *“...açıklanması veya öğrenilmesi, Devletin dış ilişkilerine, millî savunmasına ve millî güvenliğine zarar*

⁵²⁵ A.g.e. , s. 51-56

⁵²⁶ A.g.e. , s. 63-64

verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek ve bu nedenlerle niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgi ve belgeler” olarak tanımlanmıştır.

Devlet sırrı niteliğindeki bilgi ve belgelerin aynı zamanda adli sır kapsamına girmesi şüphesiz ki mümkündür. Nitekim CMK'nın 47. maddesinde “*Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık*” ve yine CMK'nın 125. maddesinde “*İçeriği devlet sırrı niteliğindeki belgelerin mahkemece incelenmesi*” düzenlenmiştir. CMK m. 47/1'e göre; “*Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler, Devlet sırrı sayılır.*” CMK m. 47/2'ye göre; “*Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbit kâtabi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir.*” Bu hükmü ve bu hükme benzer ancak belgelerle ilgili CMK m. 125 hükmünü yorumladığımızda devlet sırrı ile adli sırrın kesiştiği durumlarda devlet sırrına dolayısıyla adli sır, devlet sırrı hakkında tanıklık eden kişinin yanında muhakemeye ilgili kişilerden yalnızca mahkeme heyeti, mahkeme hakimi veya mahkeme başkanının vakıf olabileceği anlaşılmaktadır.

4) Ticari Sır ve Adli Sır

Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 23. maddesinde ticari sırrın da devlet sırrı gibi kanunun yani bilgi edinme hakkının kapsamı dışında kaldığı ve bilgi edinme hakkının bir diğer sınırını oluşturduğu hükme bağlanmıştır. BEHK'nın 23. maddesine göre ticari sır; “*Kanunlarda ticarî sır olarak nitelenen bilgi veya belgeler ile kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgiler*”dir. Ayrıca eski ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni Ticaret Kanunu'nun haksız rekabetle ilgili olanlar başta olmak üzere bazı maddelerinde de ticari sırlara ilişkin hükümler mevcuttur.

TCK'nın 239. maddesinde “*Ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması*”⁵²⁷ suç olarak düzenlenmiştir. Söz konusu 239. maddenin ilk fıkrasında; “*Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeler*”den söz edilmesi karşısında ticari sır, bankacılık sırrı ve müşteri sırrı ile meslek sırrı/görev sırrı kavramlarının da kesişebileceği ortaya konmuştur. Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın “*Tanımlar*” kenar başlıklı 2. maddesindeyse bu kavramlar tanımlanmıştır⁵²⁸. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin de adli sır kapsamına girmesi şüphesiz mümkün olabilir.

5) Kişisel Veriler ve Adli Sır

Anayasa'nın “*Özel hayatın gizliliği*” kenar başlıklı 20. maddesine 12.09.2010 tarihli referandumla kabul edilen değişiklikler kapsamında ikinci bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra göre; “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını*

⁵²⁷ Söz konusu hükme göre; “*(1) Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya işfa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Bu bilgi veya belgelerin, hukuka aykırı yolla elde eden kişiler tarafından yetkisiz kişilere verilmesi veya işfa edilmesi hâlinde de bu fıkraya göre cezaya hükmolunur.*

(2) Birinci fıkra hükümleri, fennî keşif ve buluşları veya sınai uygulamaya ilişkin bilgiler hakkında da uygulanır.

(3) Bu sırlar, Türkiye'de oturmayan bir yabancıya veya onun memurlarına açıklandığı takdirde, faile verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. Bu hâlde şikâyet koşulu aranmaz.

(4) Cebir veya tehdit kullanarak bir kimseyi bu madde kapsamına giren bilgi veya belgeleri açıklamaya mecbur kılan kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.”

⁵²⁸ “*(1) Bu Kanunda geçen;*

a) Ticarî sır: Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağırları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri,

b) Banka sırrı: Bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri,

c) Müşteri sırrı: Ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan veya dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgeleri, ifade eder.”

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

Bu fıkra hukukumuzda kişisel verilerin korunmasına ilişkin Anayasal düzeydeki açık ilk düzenlemedir. “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı*” ise 2004 yılından beri Başbakanlıkta bulunmakta olup halen kanunlaşmamıştır⁵²⁹. Bu tasarının 3/1-d maddesinde kişisel veri; “*Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler*” olarak tanımlanmıştır. Tasarının 7. maddesi özel niteliği olan kişisel verileri düzenlemektedir. Maddenin 1. fıkrasına göre, “*Kişilerin ırk, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili kişisel veriler işlenemez.*” Bu fıkrada bir anlamda özel niteliği olan kişisel verilerin tanımı yapılmıştır. Maddenin 4. fıkrası çalışmamız açısından önemlidir. Bu fıkraya göre; “*Suçun soruşturulmasına, koruma ve kontrol tedbirlerine ve ceza mahkûmiyetlerine ilişkin özel nitelikteki kişisel veriler, ilgili kanunlarda yeterli koruma tedbiri bulunması kaydıyla, yetkili mercilerin kontrolü altında işlenebilir.*” İşte bu nitelikte kişisel verilerin adli sır kapsamında kalacağında şüphe yoktur. Yine maddenin takip eden 5. fıkrasına göre; özel hukuk alanındaki mahkeme kararlarına ilişkin veriler de resmî mercilerin kontrolü altında işlenebilir. Kanımızca bu tür verilerin de adli sır kapsamında kabul edilmesi gerekir. Ayrıca tasarının “*İlgili kişinin hakları*” kenar başlıklı 12. maddesinin 3. fıkrasının b bendine göre, maddede sayılan haklar ceza soruşturması veya kovuşturmasına zarar verilmesinin engellenmesi amacıyla sınırlandırılabilir. Bu düzenlemenin de adli sır kapsamındaki kişisel verilerle ilgili olarak hakkında kişisel veri işlenen gerçek veya tüzel kişilerin haklarının sınırlandırılabileceğini öngören bir düzenleme olduğu açıktır.

⁵²⁹ Söz konusu kanun tasarısı için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/basbakanlik/kisiselveriler.pdf>
ET: 10.03.2012

6) Adli Sırrın Kabulüne İlişkin Tartışmalar

Adil yargılanma hakkının merkezinde masumiyet karinesinin olmasının bir sonucu olarak adli sır olarak nitelendirebileceğimiz gizlilik yükümlülükleri ve yayın yasaklarının başlıcasının soruşturmanın gizliliği olduğunu söylemek yanlış olmaz. Doktrinde soruşturmanın gizliliğinin kabulüne ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Soruşturmanın gizliliği; bilgilerin yayınlanmasının yol açabileceği bir engelle karşılaşmadan soruşturmanın düzgün yürütülmesi ve olayla ilgili kişilerin haklarının korunması gereklilikleriyle savunulmakta ve hatta bu gizliliğin soruşturmaya ilgili olan kişiler dışındaki kişilere ve ögelere doğru da genişletilmesi istenmektedir⁵³⁰. Soruşturmanın gizliliği taraftarlarına göre, gizlilik kapsamındaki bilgilerin açıklanmasını gerektiren ne gerçek bir aciliyet, ne bir gereklilik, ne de büyük bir toplumsal yarar söz konusudur⁵³¹. Bu görüştekilere göre çoğunlukla halkın, sansasyonel ve utanç verici şeylere bazen sağlıksız olan merakıyla karıştırdığımız bilgi edinme hakkı; bazı medya organlarının, yalnızca kolaylığa olan eğilimlerini ve esasen ticari maksatlarını gizlemesine yarayan bir mazeretten başka bir şey değildir⁵³².

Soruşturmanın gizliliğine karşı olanlara göreyse; soruşturmanın gizliliği araştırmacı gazeteciliğin yükselmesiyle birlikte 1980li yıllardan beri giderek ortadan kalkan, bugün için “*herkesin bildiği sır*” halini almış bir kuraldır⁵³³. Bugün için soruşturmanın gizliliğini ihlal, kamuoyunda bir suç olarak algılanmamakta; dahası olayların örtbas edilmesine engel olan bir hareket olarak görülmektedir⁵³⁴. Mademki herkes tarafından soruşturmanın gizliliği kuralına saygı gösterilmemekte, bu yüzden bundan sık sık “*herkesin bildiği sır*” olarak söz edilmektedir ve mademki bu kural her durumda, aynı şekilde herkesi bağlamamaktadır, bundan tamamen vazgeçmek daha iyidir⁵³⁵. Savcının adına soruşturma yürüttüğü halktan yürüttüğü soruşturmaya ilişkin bilgileri saklaması mantıklı değildir⁵³⁶. Bu görüştekilere göre demokrasiyle bağdaşmayan, savunmasını açıkça yapamayan şüpheli bakımından bir o kadar zararlı

⁵³⁰ Derieux, **a.g.e.** , s. 557

⁵³¹ **A.g.e.**

⁵³² **A.g.e.**

⁵³³ Georges Fenech, **Presse-Justice: Liaisons Dangereuses**, l'Archipel, Paris, 2007, s. 146

⁵³⁴ **A.g.e.**

⁵³⁵ Derieux, **a.g.e.** , s. 558

⁵³⁶ Fenech, **a.g.e.** , s. 146

olan bu şüphe stratejisine bir son verilmesi için soruşturmanın gizliliğine ilişkin yasal düzenlemeleri kaldırmak gereklidir⁵³⁷.

Gerçekten soruşturmanın gizliliğinin başarısızlığa uğramış bir kavram olduğu, artık var olmadığı, ölmüş bir kurum olduğu, her zaman gizliliği korumakla yükümlü kişiler tarafından ihlal edildiği söylenmiştir⁵³⁸. Bu noktada bir görüşe göre; gizlilik kapsamındaki bilgiler avukata ulaşana kadar kolluk, hakim, savcı ve bunların kalemleri gibi pek çok kişi tarafından zaten bilinmekte ve ihlal edilmiş olmaktadır⁵³⁹. Diğer bir görüşe göre de⁵⁴⁰ gazeteci soruşturma kapsamındaki bilgi ve belgeleri her zaman avukattan alıp yayınlayabileceği ve gazetecilik mesleğinin doğası gereği hiçbir gazeteci bu fırsata hayır diyemeyeceği için, bir yayın yasağı getirmek suretiyle soruşturmanın gizliliğini korumak mümkün değildir. Bir görüşe göre de gazetecilerin; polis merkezlerinin, adalet saraylarının veya hapishanelerin çevresinde dolaşması yasaklanamayacağı için tutuklamadan sonra soruşturmanın aslında aleni bir karakter arz ettiği söylenebilir⁵⁴¹.

Türk hukukunda da genel olarak adli sırrın, özel olarak da soruşturmanın gizliliğinin bu problemliliğine işaret edilmiştir. Centel'e göre, BsK'da düzenlenen haber kaynağını açıklamama hakkını da kapsayan eser sahibinin kimliğini açıklamama (anonima) hakkı karşısında, medya mensubunun haber kaynağını saklayarak susma yükümlülüğü bulunan konuları yayınlaması mümkün olduğundan susma yükümlülüğünün uygulamada etkili olmadığı düşünülebilir⁵⁴². Bir başka yazara göre; adli sır saklama yükümlülüğü bulunanların meslek sırrını saklama yükümlülüklerine uygun davranmaları tam anlamıyla sağlanmadıkça medyaya yönelik yayın yasakları veya ceza normlarından yarar ummak "*baraj duvarında açılan deliği, elle kapatmaya çalışmak*" gayretinden farksızdır⁵⁴³. Bu bağlamda Türk

⁵³⁷ **A.g.e.** , s. 146-147; Kanımızca bu görüş isabetli değildir. Şüpheli bakımından zararlı olan şüphe stratejisi ancak gizlilik yükümlülüğü bulunanların buna uymadıkları ve fakat müdafî ve şüphelinin buna uymasının beklendiği durumlarda söz konusu olabilir. Böyle durumlarda soruşturmanın gizliliği ilkesinin amacının tam zıttı sonuçlara yol açmaması için müdafî ve şüphelinin medyayı kullanması hukuka uygunluk nedeni olacaktır. Böylece ortada "*herkesin bildiği sır*" ve fakat şüpheli açısından pek de zararlı olmayan veya zararı en aza indirilmiş bir "*şüphe stratejisi*" kalacaktır.

⁵³⁸ Civard-Racinais, **La Plume et la Balance**, s. 21-22

⁵³⁹ **A.g.e.**

⁵⁴⁰ Oktay Ekşi, "Yargı ve Medya İlişkileri; Batı Deneyimleri, Türkiye'deki Durum, Mevzuat Eksiklikleri ve Hukuk Devleti" konulu tartışma, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, c. 2 (Ceza Hukuku, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku) , s. 204

⁵⁴¹ Auvret, **a.g.m.** , s. 628

⁵⁴² Centel, "Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü", s. 61

⁵⁴³ Bıyıklı, **a.g.m.** , s. 462

hukukunda müdafinin soruşturma dosyasını inceleme ve belgelerden örnek alma hakkının ilk defa CMUK'nın 143. maddesinde açıkça düzenlendiği dönemde, bu düzenlemeyle BsK'nın soruşturmaya ilişkin belgelerin yayınlanmasını yasaklayan 30. maddesinin ilga edildiği bile tartışılmıştır⁵⁴⁴. Benzer görüşteki Yurtcan'a göre de CMUK'nın 143. maddesinde yapılan değişiklikten sonraki dönemde soruşturma aşamasındaki gizlilik çok sınırlı bir hal aldığından ancak müdafinin dosyayı inceleme ve belgelerden örnek alma yetkisinin gizlilik kararıyla sınırlandırıldığı durumlarda gizlilikten söz edilebilir⁵⁴⁵.

Soruşturmanın gizliliği ile ilgili bu tartışmalar dışında duruşma ve hükmün açıklanması aşamalarında kabul edilen yasalara ilişkin de çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin duruşma sırasında ses ve görüntü alan aletlerin kullanılması yasağına karşı olan bir görüşe göre bu yasağın sonucu olarak medyanın etkisine pek düşkün bazı taraflar veya avukatları, böylece duruşmayı duruşma salonu dışında veya kapısında, Adalet Sarayı'nın yanında veya basamaklarında, gazeteciler ve özellikle de televizyon için yeniden yapmaya kısırlanmaktadır⁵⁴⁶. Bir başka deyişle bu görüşe göre yasak sorunu çözmekten daha ziyade körüklemektedir. Yine örneğin Fransa'da hükmün açık duruşmada açıklanması yönündeki mutlak ilkenin, 2 Şubat 1945 tarihli kanun hükmünde kararnamenin 14. maddesinde öngörülen, hükmün ancak küçüğün adının baş harfleriyle bile gösterilmemesi şartıyla yayınlanabileceği yönündeki tek istisnası, küçük suçlular hakkında bir ayrıcalık yarattığı ve yetişkinler bakımından adli cezaya medyatik bir cezanın da eklenmesi sonucunu doğurduğu gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁵⁴⁷.

7) Adli Sırrın Yumuşatılmasına İlişkin Girişimler

Bu görüşler doğrultusunda soruşturmanın gizliliği tamamen ortadan kaldırılmasa da çeşitli ülkelerde bu gizliliğin yumuşatıldığını görmekteyiz⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ Köksal Bayraktar, "Yargı ve Medya İlişkileri; Batı Deneyimleri, Türkiye'deki Durum, Mevzuat Eksiklikleri ve Hukuk Devleti", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, c. 2 (Ceza Hukuku, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku), s. 197-198

⁵⁴⁵ Erdener Yurtcan, "TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi", 24.03.2011 tarihli makale, <http://www.yeniayaklasimlar.org/m.aspx?id=549> ET: 12.04.2011

⁵⁴⁶ Derieux, **a.g.e.**, s. 540

⁵⁴⁷ **A.g.e.**, s. 553.

⁵⁴⁸ Bu yumuşatma eğilimi sonunda gazetecinin adli haberle ilgili kaynaklarının resmi ve resmi olmayan olmak üzere ikiye ayrıldığını söylemek yanlış olmaz. Böyle bir ayırım için bkz. Deltour/Gallez, **a.g.e.**, partie 3: les sources du journaliste, s. 2-38

Örneğin bir yazar Fransa’da uygulamada iki vitesli bir soruşturmanın gizliliğinden söz etmektedir⁵⁴⁹. Yazara göre soruşturmaların büyük bir bölümünde gazeteci kapısını çalmadan, hakim kapısını açmamaktaysa da; soruşturmaların oldukça küçük bir bölümünde hakim medya baskısına maruz kalmaktadır, işte bu gibi durumlarda gizliliği korumak imkansızlaştığından 2000 yılından bu yana Fransa’da bir yayın penceresi⁵⁵⁰ açılmış ve böylece ne gizli ne de aleni denilebilecek bir soruşturma aşaması ortaya çıkmıştır⁵⁵¹. Gerçekten 15 Haziran 2000 tarihli yasayla Fransız CMK’nın 11. maddesinin 3. fıkrasına eklenen hükümlerle, 1985 tarihli bir genelgeye dayanılarak medyatik olaylarda savcılıklarca sürdürülen bir uygulama sağlam bir yasal temele kavuşturulmuştur⁵⁵². Bu hükme göre; parça parça veya yanlış bilgilerin yayılmasını önlemek veya kamu düzenindeki bir karışıklığa son vermek için Cumhuriyet Savcısı re’sen, sorgu hakiminin veya tarafların talebi üzerine şüpheli hakkında esasa ilişkin bir değerlendirme içermeksizin soruşturma sonucu elde edilen nesnel öğelerle ilgili kamuya bilgi verebilir⁵⁵³. Ayrıca Fransa’da soruşturma evresi sonunda verilen kovuşturmayla yer olmadığına dair kararların ilgili kişinin veya savcılığın talebi üzerine ya da re’sen yayımlanabilmesi mümkündür⁵⁵⁴.

Belçika’da da soruşturma evresinde savcılık sorgu hakiminin onayıyla basına bilgi vermek konusunda yetkili olup, basın sözcülüğünü belirli şartlarla polise bırakabilir⁵⁵⁵. Basın sözcüsü uygulaması yanında Belçika’da bazı savcılıklar basın bültenleri de çıkarmaktadır⁵⁵⁶. Hatta bazı savcılıklarca haber ajansı niteliğinde internet sitesi kurulması gibi pilot projeler uygulamaya konmuştur⁵⁵⁷. Duruşma evresinde ise, davaya bakan mahkeme hakimi veya heyeti dışındaki “*magistrat de press*” yani basın hakimi adı verilen hakimler tarafından, dosyanın esasına girilmeksizin davanın gelişimine, ayrıntılarına, ülkenin hukuk sistemine ilişkin medyaya bilgi verilmekte olup, temyiz aşamasında ise “*juge de press*” veya “*conseillers de press*” adı verilen hakimler tarafından bu görev yapılmaktadır⁵⁵⁸.

⁵⁴⁹ Fourrey, **a.g.e.** , s. 70

⁵⁵⁰ Basile Ader, “La Relation justice-media”, **Rev. Sc. Crim.** , 2001, S.1 (Ocak-Mart), s. 76; Francillon, **a.g.m.** , s. 208

⁵⁵¹ Fourrey, **a.g.e.** , s. 70

⁵⁵² Francillon, **a.g.m.** , s. 208, Fourrey, **a.g.e.** , s. 71

⁵⁵³ Fourrey, **a.g.e.** , s. 71

⁵⁵⁴ Ader, **a.g.m.** , s. 76

⁵⁵⁵ Deltour/Gallez, **a.g.e.** , partie 3: les sources du journaliste, s.2

⁵⁵⁶ **A.g.e.**

⁵⁵⁷ **A.g.e.**

⁵⁵⁸ **A.g.e.** , s. 22

Benzer bir uygulama Almanya’da da söz konusudur. Almanya’da mahkemeler bünyesinde medyaya bilgi vermekle görevlendirilen hakim veya savcı basın sözcüsü “*Pressesprecher*” olarak adlandırılmaktadır⁵⁵⁹. Savcılık soruşturmalar ve taleplerle ilgili bilgi verirken, duruşma aşamasında medyayı bilgilendiren hakimdir⁵⁶⁰. İçişleri Bakanlığı’na bağlı olan polis, olay yerinde ifade alması durumunda, ilk anda verilen bilgiler hariç (örneğin bir trafik kazası veya demiryolu faciası sırasında) medyaya bilgi veremez⁵⁶¹.

Bu veriler doğrultusunda soruşturmanın gizliliğinin Fransa, Belçika ve Almanya’dakine benzer yöntemlerle yumuşatılmasına ilişkin ülkemizde de bir girişim HSYK’nın 18.10.2011 tarihli ve 33 nolu genelgesiyle⁵⁶² gündeme gelmiştir⁵⁶³. Bu genelgeye göre soruşturmalarla ilgili açıklamalar, Cumhuriyet başsavcısının bilgilendirilmesi koşuluyla HSYK tarafından basın sözcüsü olarak görevlendirilen Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacaktır. Görevlendirme yapılmayan yerlerde ise Cumhuriyet başsavcısı tarafından internette de yayınlanmak üzere yazılı ya da kamuoyunun doğrudan bilgilendirilmesinin yararlı olacağı değerlendirilen durumlarda da kayıt altına alınacak şekilde sözlü açıklama yapılması öngörülmüştür.

Hukukumuzda daha önce de, 1998 tarihli mülga YGİY’nin 26. maddesinde⁵⁶⁴ kolluğun soruşturmalarla ilgili bilgi vermesi yönünde bir düzenleme yer almaktaydı.

⁵⁵⁹ Jocelyne Bodson, “Justice et Presse L’Exemple de l’Allemagne”, RDPC, 1999, S. 7-8, s. 882-883 Almanya’da bu görevi yerine getiren kişiler önceden özel bir eğitim almayı, bu görevi yerine getirmeyi yaparak öğrenmektedirler. Çeşitli haber ajansları mahkemelerden akreditasyon talep etmektedir. Basın bültenleri basın sözcüsünün veya basın bürosunun adres, telefon, faks bilgilerini ihtiva etmektedir. Önemli davalar için basın sözcüleri temel sorulara (kim, ne zaman, nerede, nasıl) yanıt veren olabildiğince açık bir özet kaleme alarak faks ile haber ajanslarına gönderirler. Almanya’da medya mensupları da basın sözcüsü ile devamlı ilişki içerisinde olacaklarını bildikleri için sorumluluklarının bilincinde olarak ve imajlarına özen göstererek davranmaktadır. Bu yönden ilişkiler çoğunlukla mükemmeldir, örneğin basın sözcüsü bazı hususların basınla paylaşamayacağı doğrultusunda bir karar aldığında bu karara saygı duyulmaktadır, ya da örneğin basın sözcüsü tekrar eden bazı hatalar gördüğünde haber ajansının yöneticisine veya gazetenin genel yayın yönetmenine bu konuda bilgi vermesi yeterli olmaktadır. Çok istisnai olarak basın sözcüsünün belli bir gazeteciye bilgi vermeyi reddetmesi hali söz konusu olur ki, bu durumda da söz konusu gazetecinin bilgiye meslektaşlarından ulaşabileceği söylenmiştir.

⁵⁶⁰ **A.g.e.** , s. 882

⁵⁶¹ **A.g.e.** , s. 883

⁵⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.hsyk.gov.tr/Mevzuat/Genelgeler/GENELGELER/33.pdf> ET: 20.05.2012

⁵⁶³ Türkiye’deki bu yönde girişim için bkz. <http://www.ntvmsnbc.com/id/24976241/> ET: 29.12.2011

⁵⁶⁴ Yönetmeliğin tam metni için bkz.

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23480.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23480.pdf> ET: 18.02.2012

Gerçekten “Hazırlık Soruşturmasının Gizliliğinin Uygulanması” kenar başlıklı söz konusu maddenin; “Kolluk kuvveti faaliyetlerinin kamuoyuna duyurulması amacıyla, yakalanan kişilerin kimliklerini ihtiva etmeyen olay bilgileri, basın bildirisi şeklinde ve yetkili birimler tarafından kolluk kuvvetlerinin basına bilgi vermelerine ilişkin özel mevzuat hükümleri dikkate alınarak basın-yayın organlarına bildirilebilir.” şeklindeki 2. fıkra⁵⁶⁵ düzenlemesiyle böyle bir imkan tanınmıştı. Kanımızca HSYK genelgesinde de ifade edildiği üzere, suçun işlenmesinden önceki aşamada emniyet ve asayişe ilişkin açıklamaların mülki amirler ile kolluk amirlerine ait olması ancak, suçun işlendiği andan itibaren ise olayın adli nitelik kazanması sebebiyle kamuoyuna yapılacak açıklamalar bakımından savcılıkların yetkili kılınması isabetlidir.

⁵⁶⁵ Söz konusu maddenin ilk fıkrasına göre; “Suçluluğu bir yargı hükmüne bağlanana kadar kişinin masumiyeti esastır ve hazırlık soruşturması gizlidir. Bu nedenle, soruşturma safhasında gözaltındaki bir kişinin ‘suçlu’ olarak kamuoyuna duyurulmasına, basın önüne çıkartılmasına, yer gösterme gibi soruşturmaya ilişkin işlemlerin basın önünde veya iştirakiyle yapılmasına, kişilerin basınla sorulu cevaplı görüştürülmelerine, görüntülerinin alınmasına, teşhir edilmelerine sebebiyet verilmez ve soruşturma evrakı hiçbir şekilde yayımlanamaz.”

İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK CEZA KANUNU'NDA DÜZENLENEN ADİL YARGILANMA HAKKINA KARŞI SUÇLAR

I. Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçları

A. Genel Olarak

6352 sayılı kanunla yapılan değişikliklerle TCK'nın 277. ve 288. maddelerindeki suç tipleri eski düzenlemelerden farklı olarak özel norm-genel norm ilişkisi içerisinde düzenlenmiştir. Bu sebeple tipe uygun eylem unsurları hariç bütün unsurları aynı olan bu suçları eski düzenleniş şekilleriyle mukayeseli olarak ve fakat aynı başlık altında incelemeyi uygun buluyoruz.

Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu değişiklikten önce 5237 sy. TCK'nın 277. maddesinde “*Yargı görevi yapanı etkileme*” başlığı altında⁵⁶⁶ ve mülga 765 sy. TCK'nın 232. maddesindeki⁵⁶⁷ suç tipinin karşılığı olarak düzenlenmişti. 5237 sy. TCK'nın 277. maddesinin 6352 sy. kanunla değişik şeklinde bu suç tipi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Madde 277- (1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya

⁵⁶⁶ Önceki düzenleme şu şekildeydi: “*Madde 277- (1) Bir davanın taraflarından birinin veya bir kaçının veya sanıkların veya davaya katılanların, mağdurların leh veya aleyhinde, yargı görevi yapanlara emir veren veya baskı yapan veya nüfuz icra eden veya her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir. Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.*”

⁵⁶⁷ “*Hakimler Üzerinde Nüfuz Kullanma*” kenar başlıklı bu hüküm şu şekildeydi: “*Görülmekte olan bir davanın tarafeyninden biri hakkında sahabet veya garaz ve menfaata müsteniden hakimlere emir ve tahakküm veya nüfuz veya iltimas eden kimse birinci ve ikinci surette iki seneden ve üçüncü takdirde altı aydan az olmamak üzere hapis olunur. Fail memur ise başkaca müebbeden veya muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezasıyla cezalandırılır. Bu müdahale üzerine dava haksız şekilde hüküm olunmuş ise ceza üçte biri kadar artırılır.*”

mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır.”

Önceki düzenlemede maddenin kenar başlığında bulunmayan “teşebbüs” sözcüğünün kenar başlığına eklenmesi, TCK m. 277’deki suç tipi de TCK’nın 288. maddesindeki “Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs” suçu gibi gerçekleşmesi açısından teşebbüs şartlarının aranacağı bir suç olduğundan isabetli olmuştur⁵⁶⁸. Nitekim 60. hükümet zamanında 16.03.2011 tarihinde TBMM Başkanlığı’na sunulan ancak kadük kalan Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nda⁵⁶⁹ maddenin başlığının “Yargı görevi yapanı etkilemeye teşebbüs” olarak değiştirilmesi öngörülmüştü. Kadük kalan bu tasarı kapsamındaki değişiklikleri hemen hemen aynen benimseyen “Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun”da ise kadük kalan tasarıda olduğu gibi suçun konusu kapsamına “bilirkişi” ve “tanık” da dahil edildiği için maddenin başlığının hem suçun bu niteliğine uygun düşecek hem de bu kişileri de kapsamına alacak şekilde “Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs” olarak değiştirilmesi öngörülmüştür. Buna karşılık 277. maddede hem madde başlığında hem de madde metninde kullanılan teşebbüs sözcüğünün, 288. maddenin metninde kullanılmaması yönündeki düzenleme biçimi halen devam etmektedir. Söz konusu suç tiplerini özel norm-genel norm ilişkisi kurmak amacıyla aynılaştırılan kanun koyucunun bu konuda bir özensizlik gösterdiğini düşünüyoruz. Söz konusu düzenlemeleri aşağıda ayrıntılı olarak değerlendireceğiz.

⁵⁶⁸ Önceki düzenleme bakımından kanun koyucunun bu farklılığı bilinçli olarak tercih ettiğini savunan bir görüşe göre; “Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun etkileme olarak düzenlenmesi kanun koyucunun etkilenme ihtimalini kabul etmesi anlamına gelir ki, bu tür bir hüküm hiçbir siyasi sistemce kabul edilemez. İşte bu nedenle kanun koyucu 288. maddede başlıkta teşebbüs sözcüğünü kullanmakta, 277. maddede ise teşebbüsü suçun oluşumu için yeterli bulmakla birlikte teşebbüs kelimesini başlıkta kullanmayarak yargı görevi yapanların insan olma vasfından dolayı etkilenebileceği varsayımını üstü kapalı olarak kabul etmektedir.” Belde Silahçioğlu, “TCK ve Basın Kanunu’nda Düzenlenen Adliye Aleyhine Suçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, Ekim 2006, y. 4, S. 46, s. 3056

⁵⁶⁹ <http://www.basbakanlik.gov.tr/Handlers/FileHandler.ashx?FileId=7419> ET: 28.11.2011

Özetle, gerek TCK m. 277'deki gerekse TCK m. 288'deki suç tipleri tamamlanmaları açısından TCK m. 35'de yer alan teşebbüs şartlarının aranacağı suçlar olarak düzenlenmiştir. Doktrinde tamamlanmış sayılmış başka deyişle tamamlanması öne alınmış ancak özde teşebbüs niteliğindeki bu gibi suçlara teşebbüs suçu adı verilmektedir⁵⁷⁰. Diğer yandan teşebbüs suçu doktrinde bazı yazarlarca, yasa koyucunun korumak istediği yararın önemini göz önünde tutarak failin cezalandırılabilmesini daha ön bir safhaya yani icra hareketlerinin başlayıp neticenin gerçekleşmediği aşamaya ve hatta hazırlık hareketleri aşamasına çekmek amacına⁵⁷¹ bağlanmıştır. Dahası bazı yazarlarca bu suç tipleri, suç haline getirme eğiliminin hazırlık hareketleri alanına çekilmesinin tipik bir örneği olarak gösterilmiştir⁵⁷². Kanımızca böyle bir kabul tamamlanması bakımından, teşebbüs şartlarının aranması ve elverişlilik değerlendirmesinin yapılması gereken bu gibi suçların soyut tehlike suçları olarak nitelendirilmesi sonucunu doğuracağından isabetli değildir. Bize göre bu suçların somut tehlike suçu oldukları açıktır.

Son olarak TCK m. 288'deki suçun adında bir başka deyişle kenar başlığında “*adil yargılanma*” değil de “*adil yargılama*” ifadesinin kullanılması çağdaş ceza muhakemesinde adil yargılanma hakkının sahibi ve süje olan şüpheli veya sanığı süje değil de obje gibi nitelediği, edilgen bir konuma indirmediği düşüncesiyle eleştirilebilir. Bununla birlikte Türk doktrininde “*adil yargılanma*”dan değil, “*adil yargılama*”dan söz eden pek çok yazar vardır. Örneğin Zafer'e göre; adil (dürüst) yargılama hakkından bahsedildiğinde sanık tanık, bilirkişi gibi mahkeme önünde dinlenen herkes bu hakkı ileri sürebilecektir⁵⁷³. Öztürk ise “*adil yargılanma hakkı*” ve “*adil yargılama yükümlülüğü*”nden söz etmekte, adil yargılanma hakkının devlete yüklediği bu hakkın kullanılabilir duruma getirilmesi ve bununla ilgili tedbirlerin alınması yükümlülüğünü “*adil yargılama yükümlülüğü*” olarak ifade etmektedir⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Doğan Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, Kazancı, Ankara, 1994, s. 194-195 Yazara göre; “*Bu suçlar genel teşebbüs suçunun hemen tüm unsurlarını içerirler.*” ; Bu suçlar doktrinde “*peşinen tamamlandığı kabul edilen suçlar*” ya da “*zarar kastlı tehlike suçları*” olarak da ifade edilmiştir. Bkz. Vesile Sonay Daragenli, “Tehlike Suçları”, **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, Alfa, İstanbul, 1999, s. 167-168, Gerçekten Daragenli'ye göre de; “*Peşinen tamamlandığı kabul edilen suçlar, tamamlanmış suç olmalarına rağmen teşebbüsün unsurları olan hareketin uygunluğu ve şüpheye yer vermeyecek olmasını gerektirir.*”

⁵⁷¹ Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 148; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 224

⁵⁷² Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 223

⁵⁷³ Zafer, **a.g.m.** , s. 764

⁵⁷⁴ Öztürk, “Yeni CMK'da Adil Yargılama Yükümlülüğü Adil Yargılanma Hakkı”, s. 21

5237 sayılı TCK'nın 288. maddesinin 6352 sy. kanunla değiştirilmiş⁵⁷⁵ son halinde “*Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs*”⁵⁷⁶ suçu aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“*Madde 288- (1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.*”

B. Suçlar ile Korunan Hukuksal Değer

Centel'e göre⁵⁷⁷ TCK m. 277'deki suç tipiyle; “*korunan hukuki yarar, mahkemelerin tarafsızlığı, görev yaparken etki altında bırakılmaması, dolayısıyla yargılamanın adil olmasıdır. Yargı görevi yapanlara etki etmeye teşebbüsün suç sayılmasının nedeni, yargı görevi yapanların hiçbir etki altında kalmaksızın hüküm vermelerinde kamu yararının bulunmasıdır. Hükümün amacı, yargı faaliyetinin tarafsız, önyargısız ve sakin bir şekilde yerine getirilmesini sağlamaktır.*”

Meran'a göre ise⁵⁷⁸; bu suçlarla korunan hukuksal değerler; suç şüphesi altındaki kişilerin adil bir şekilde yargılanması, hukuk ve ceza yargılamasının adil bir şekilde yapılması ile adalete olan güvenin sürdürülmesi, dolayısıyla adliyenin saygınlığı ve güvenilirliğidir.

⁵⁷⁵ Maddenin bu değişiklikten önceki hali şöyleydi: “*Madde 288- (1) Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hakim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

⁵⁷⁶ Fransız Ceza Kanunu'nun 434-16. maddesinde TCK'nın 288. maddesindeki ve mülga BsK m. 19/2'deki suç tiplerine benzer bir suç düzenlenmiştir. Bu hüküm; “*Kesin bir yargı kararı verilmeden önce, tanık beyanlarını ya da soruşturma veya yargılama makamlarının kararlarını etkilemek amacıyla baskı yapmaya yönelik eleştirel açıklama/yorum yayınlamak*” eylemini cezalandırmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Michel Véron, **Droit Pénal Spécial**, Sirey, Dalloz, Paris, 2006, s. 402-403; Patrice Gattegno, **Droit Pénal Spécial**, Dalloz, Paris, 2003, s. 365-366

⁵⁷⁷ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 143

⁵⁷⁸ Necati Meran, **Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 282 ve s. 372

Parlar/Hatipoğlu'na göre⁵⁷⁹, bu suçlarla korunan hukuksal değerler suçsuzluk karinesi, suç ithamı ile karşı karşıya kalan bireylerin kişilik hakları, hukuk ve ceza davalarında yargılamanın adil bir şekilde yapılmasının sağlanması ve adliyenin her türlü dış müdahalelerden korunması suretiyle adliyenin güvenilirliği ve saygınlığıdır.

Bu suçlarla korunan hukuksal değerlerin birden fazla olduğu görüşünde olan Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre⁵⁸⁰; bunlar yargı fonksiyonunun adil biçimde işlev görmesiyle adalete olan güven ve inancın sürmesindeki kamu yararı, yargı görevi yapanların görevlerini özgürce yerine getirmelerine ilişkin menfaatleri, yargı organının işleyiş ve saygınlığı ve kişilerin adil yargılanma hakkıdır. Yazarlara göre; bu suçla ayrıca somut bir dava dolayısıyla belirtilen hukuksal yararların, bir başka deyişle uyuşmazlığın tarafı olan kişilerin adil yargılanma haklarının korunması amaçlanmıştır. Selçuk da TCK m. 288'deki suçun birden fazla hukuksal değeri koruduğu görüşünü savunmakla birlikte, adil yargılanma hakkının; bireysel bir hak olduğu kadar devletin adalet dağıtma işleviyle ilgili kamusal/toplumsal bir değer yönü de olduğunu tespit etmekte ve suçla korunan özgül değer olarak adil yargılanma hakkını kabul etmektedir⁵⁸¹. Bir başka yazara göre de TCK m. 277'deki suçla yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı dolayısıyla adil yargılama korunmaktadır⁵⁸².

Bize göre de bu suçlarla korunan hukuksal değerlere ilişkin yukarıdaki görüşlerin hepsinde haklılık payı olmakla birlikte temelde bu suçlarla korunmak istenen hukuksal değer bütün bu söylenen hukuksal yararları çatısı altında toplayan adil yargılanma hakkıdır. Nitekim adliyeye karşı suçlarla korunan hukuksal değerlerin adil yargılanma hakkı olduğu görüşündeki⁵⁸³ Ünver'e göre⁵⁸⁴ de; TCK m. 277'ye ilişkin uygulamada İHAS m. 6, Anayasa m. 38 ve m. 138 ile CMK'nın "*Hakimin Davaya Bakamaması ve Reddi*" ile ilgili hükümlerinin göz önünde tutulması gerekmektedir. Yazarın bu görüşleri bizim görüşümüzü destekler niteliktedir. Yine

⁵⁷⁹ Ali Parlar/ Muzaffer Hatipoğlu, **Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 4298 ve s. 4370

⁵⁸⁰ Yaşar/Gökcan/ Artuç, **a.g.e.**, s. 7983 ve s. 8113

⁵⁸¹ Sami Selçuk, "Adil Yargılamayı Etkileme Suçları I"

[http://www.haberx.com/sami_selcuk_dil_yargilamayi_etikleme_suclari\(17,n.10066598,177\).aspx](http://www.haberx.com/sami_selcuk_dil_yargilamayi_etikleme_suclari(17,n.10066598,177).aspx) ET: 21.05.2012

⁵⁸² Ş. Cankat Taşkın, "Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, 2010, Kasım-Aralık, S. 75-76, s. 180

⁵⁸³ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 24-33

⁵⁸⁴ **A.g.e.**, s. 218

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'ne göre de⁵⁸⁵ TCK m. 277'deki suçla korunmak istenen hukuksal değerler adliyenin yararları ve adil yargılanma hakkıdır.

C. Suçların Konusu

1. Genel Olarak

Bize göre bu suçların konusu, bu suçlarla etkilenmek istenen ve maddelerde aynı şekilde ve sınırlı olarak sayılan yargı görevi yapan kişiler ile bilirkişi ve tanıktır⁵⁸⁶. Bu kişilerin, suçların koruduğu hukuksal değer olan adil yargılanma hakkı gereklerine uygun gerçekleştirilmesi gereken muhakemeye katılan veya muhakemeye ilgisi bulunan kişiler olduğu açıktır. Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki TCK m. 277'deki suçun konusu mülga 765 sy. TCK'nın 232. maddesinde yalnızca “hakimler” olarak belirlenmişti. 5237 sy. TCK'nın 277. maddesinin önceki şeklinde ise suçun konusu, maddede söz edilen hukuka aykırı olarak etkilenmeye teşebbüs edilecek yargı görevi yapan kişiler olarak belirlenmiş ve genişletilmiştir⁵⁸⁷. Maddenin 6352 sy. kanunla değişik yeni şeklinde ise suçun konusu daha da genişletilerek, kapsamına bilirkişi ve tanık da dahil edilmiştir. TCK m. 288'in önceki şeklindeyse suçun konusu kapsamında mahkeme⁵⁸⁸ ve savcı⁵⁸⁹, hakim,

⁵⁸⁵ Yargıtay 4. CD E. 2010/386 K. 2011/1902 T. 16.02.2011

⁵⁸⁶ Bazı yazarlar 277. ve 288. maddelerin önceki şekilleri zamanında 288. maddedeki suçun konusuna ilişkin katılmadığımız değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Bu dönemde Meran'a göre m. 288'deki suçun konusu bir olayla ilgili başlatılan ve kesin hükümle sonuçlanmamış bulunan soruşturma veya kovuşturmadır. Bkz. Meran, **a.g.e.**, s. 372; Yine Parlar/Hatipoğlu'na göre bu suçun konusu soruşturma veya kovuşturma evrelerinde muhakemenin konusu olan olaydır. Bkz. Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4371; 6352 sy. kanunla yürürlükten kaldırılan BsK m. 19/2'deki yargıyı etkileme suçunun konusu görülmekte olan bir dava ile ilgili “hakim veya mahkeme işlemleri”ydi. Maddede sadece “hakim ve mahkeme işlemleri”nden söz edildiğinden savcıların karar ve işlemleri hakkında mütalaa yayını yasak değildi. Bkz. İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 70, Buna karşılık bazı yazarlar suçun konusu kapsamında savcıların işlemlerinin de yer aldığı konusunda yanılığa düşmüşlerdir. Çankaya/ Batur Yamaner, **a.g.e.**, s. 125-126, Bu dar anlamda basın suçu bakımından doktrinde bazı yazarlarsa, savcıların da görevlerini huzur ve sukunet içerisinde yapabilmeleri için baskı oluşturabilecek yazılardan en az hakimler kadar korunması gerektiği gerekçesiyle, savcıların karar ve işlemleri hakkında da mütalaa yayınlanmasının yasaklanması gerektiği görüşünü savunmuşlardır. Sulhi Dönmezer, “Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi”, İÜHF, c. 32, S. 2-4, s. 455 <http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecnua/article/download/4517/4108> ; Alpaslan, **a.g.m.**, s. 272, Bize göre madde kapsamına savcıların karar ve işlemlerinin alınmamasının sebebi biraz da savcıların soruşturma evresine egemen olması ve soruşturma evresinin de maddenin aşağıda soruşturmanın gizliliğini ihlal suçuyla (TCK m. 285/1-2) bağlantılı olarak temas edeceğimiz yine 6352 sy. kanunla mülga 1. fıkrası kapsamında değerlendirilmesiydi.

⁵⁸⁷ Aynı yönde bkz. Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 147; Parlar/ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4297

⁵⁸⁸ Bir görüşe göre; etkilenmesi amaçlananlar arasında mahkemenin sayılmasının yararı tartışmaya açık olup, kovuşturma aşamasında bilirkişi, tanık veya hâkimin etkilenmesine yönelik eylemler dolaylı biçimde mahkemeyi etkileyebileceği gibi açıkça bu kişileri etkileme amacı yerine genel olarak

bilirkişi veya tanıklar olmak üzere muhakemeye katılan veya muhakemeye ilgisi bulunan bazı kişiler⁵⁹⁰ sayılmıştır. Fransız Ceza Kanunu'nun 434-16. maddesinde düzenlenen suçun konusu da taraflı davranmaya kışkırtılacak tanıklar veya soruşturma ve yargılama makamlarıdır⁵⁹¹.

5237 sy. TCK'nın tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde “*Yargı görevi yapan*” kişiler “*yüksek mahkemeler, adli, idari, askeri mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar*”⁵⁹² olarak tanımlanmıştır⁵⁹³.

eylemin mahkemeyi etkileme amacına yönelik olarak yapılması da olanaklıdır. Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8115

⁵⁸⁹ Maddelerin 6352 sy. kanunla değiştirilmeden önceki şekillerinde TCK'nın 277. maddesinde düzenlenen “*Yargı görevi yapma etkileme*” suçu bakımından TCK'nın 6. maddesindeki tanıma atıfla “*savcı*”lar değil yalnızca “*Cumhuriyet Savcıları*” suçun kapsamına alınmış, buna karşılık 288. maddede “*savcı*”dan söz edilmişti.

⁵⁹⁰ 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce TCK'nın 6. maddesindeki yargı görevi yapan tanımına girdiği için 277. maddenin konusu kapsamında kalan avukatlar, 288. maddede açıkça sayılmadığı için bu suç bakımından kapsam dışında bırakılmıştır. Bu yüzden bir soruşturma veya kovuşturmada müdafii veya mağdur vekili sıfatıyla görev yapan avukatları etkileme amacı taşıyan eylemlerin bu suçu oluşturmayacağı söylenmişti. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8115; Yine TCK'nın 6. maddesindeki tanım bakımından yargı görevi yapan olarak nitelenen avukatların kapsam dışında bırakılması bağımsız savunma yapabilmek için avukatların da en az hakim ve savcılar kadar bu tür etkilerden korunması gerektiği gerekçesiyle bir eksiklik olarak eleştirilmişti. Davut Gürses, “Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288) Karşısında Müdafinin Esas Hakkındaki Savunması ve Sınırları”, **SCD**, TCHD Yayını, Beta, İstanbul, 2008, S. 2, s. 161; Silahçioğlu, **a.g.m.**; s. 3055; Kanımızca TCK m. 288'in önceki şekli bakımından, avukatlar etkilenmesi amaçlanacak kişiler olarak yani suçun konusu kapsamında değil, yerine göre savunma dokunulmazlığı, hakkın kullanılması gibi hukuka uygunluk nedenlerinin sınırlarını aşarak medyaya yaptıkları açıklamalarla suçun faili olabilecek kişiler olarak düşünülmüşse, bu anlayışın, avukatlık mesleğinin bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki önemi göz önüne alındığında isabetli olmadığı açıktır. Nitekim 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerle aynı şekilde “*savcı, hâkim, mahkeme*” yerine “*yargı görevi yapan*” ifadesine yer verilerek avukatlar da suçun konusu kapsamına alınmıştır. Her ne kadar TCK m. 288'in gerekçesinde bu madde ile daha çok medyada yapılan yayınların ve açıklamaların cezalandırılmasının amaçlandığı ifade edilmiş olsa da, medya vasıtasıyla TCK'daki teknik tabirle “*basın ve yayın yoluyla*” yapılan yayınlar ve açıklamaların, her zaman gazeteciler tarafından yapılmayacağı kimi zaman doğrudan davanın tarafları, kimi zaman bilim adamları, kimi zaman da yargılamada görev alan savcı, adli kolluk ve hatta hakimler tarafından yapılabileceği, ya da en azından onlardan sızan veya onların duruşmada olsun, kapalı kapılar ardında olsun söyledikleri bilgilere dayanacağı açıktır. Gerekçede yer alan “*kapıları tutanlar*” tabirinden de neyin kastedildiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Zira böyle bir deyim gerek Büyük Türkçe Sözlük'de gerekse de atasözleri ve deyimler sözlüğünde yer verilmemiştir. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>; Bununla birlikte söz konusu deyimle büyük olasılıkla medyanın kast edildiği haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. Fikret İlkiz, “Adli Haberler ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs”, Fasikül, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, Seçkin, y. 2, S. 3, Şubat 2010, s. 10; Kanımızca bu tabir ile yargı erkinin yalnızca yasama ve yürütmeye karşı değil, dördüncü kuvvet olarak da adlandırılan medyaya karşı da korunması gerektiği ifade ediliyorsa, bunun medyanın kamuoyunu oluşturma işlevi ve görevini göz önüne alan, bunu demokrasiye bir tehdit değil, demokrasinin bir gereği olarak algılayan bir şekilde ifade edilmesi gerekirdi, şu unutulmamalıdır ki, medya bağımsız değilse, popülist yayınlar yapıyorsa bunu sağlamak da çıkarılacak hukuki düzenlemeler, alınacak ekonomik tedbirlerle yasama ve yürütmenin görevidir, bu durumdan şikayet eder gibi bir gerekçeyle sınırları çok da belirli olmayan bir suç tipi ihdas etmek ve kitle iletişim özgürlüğünü ölçüsüzce sınırlamak suretiyle bu sorunların çözülebileceğini düşünmüyoruz.

⁵⁹¹ Auvret, **a.g.m.**, s. 631

⁵⁹² TCK'nın 6. maddesindeki “*yargı görevi yapan*” tanımına girmediği için, her ne kadar ceza muhakemesine katılan ve yemin ederek kamusal bir görev yapan kişilerden olsalar da, bilirkişi, tanık

6352 sy. kanunla TCK m. 277'deki suçun konusu olan hukuka aykırı olarak etkilenmeye teşebbüs edilecek kişiler arasına yargı görevi yapan kişiler yanında 288. maddenin önceki şeklinde de var olan “*bilirkişi*” ve “*tanık*” da dahil edildiği için 6352 sy. kanunla maddenin başlığı da bu değişikliğe uygun olarak değiştirilmiştir. Yine kadük kalan tasarı zamanında gözden kaçan maddenin önceki başlığıyla olan bu uyumsuzluğu tespit etmesine rağmen Yurtcan'a göre yeni düzenlemede bilirkişi ve tanıkların da 277. madde kapsamına alınması uygun bir değişikliktir⁵⁹⁴. Zira yazara göre, bilirkişi ve tanık yargılamadaki beyanları ya da raporları ile sonuca etkili olan yargılamanın önemli süjelerindedir⁵⁹⁵. Gerçekten CMK m. 69'a göre bilirkişilerin de hakimlerin reddini gerektiren sebeplerle ve tıpkı zabıt katipleri gibi reddedilebilmesi, bilirkişilerin adil bir yargılama bakımından önemini ortaya koymaktadır. 6352 sy. kanununun 277. maddeye ilişkin gerekçesine göre bilirkişi ve tanık kavramından ceza muhakemesi ve hukuk muhakemesinde bu kavramların anlam ve içeriklerinin bir başka deyişle kapsamalarının anlaşılması gerekli olup, tercümanlar da bilirkişi kavramı içerisinde kabul edilmektedir.

Mevcut düzenlemeye göre yargı görevi yapan, bilirkişi ve tanık dışında kalan ve muhakemeye ilgisi bulunan diğer kişiler bu suçların konusuna dahil değildir. Örneğin muhakemeye ilgisi bulunan kişilerden zabıt kâtipleri gibi, mahkeme kaleminde görev alan diğer kişiler de bu maddeler kapsamında etkileme konusu olamayacaklardır. Bununla birlikte zabıt kâtipleri muhakemeye yardımcı en önemli kişilerden biridir⁵⁹⁶. Gerçekten ceza muhakemesi hukukumuz bakımından aslında CMK'nın 160. maddesinin 2. fıkrasına göre şüphelinin lehine olan delilleri de toplamakla ve şüphelinin haklarını korumakla görevli Cumhuriyet Savcısının bile

veya tercümanlara etki etmeye teşebbüs eski düzenlemede TCK m. 277'deki yargı görevi yapma etkileme suçunun kapsamına alınmamıştı. Bilirkişi ve tanıkları etkilemeye teşebbüs diğer şartlar mevcutsa TCK'nın 288. maddesinde düzenlenen “*Adil yargılamayı etkileme teşebbüs*” suçunu oluşturabiliyordu. Aynı yönde bkz. Yaşar/Gökcan/Artaç, **a.g.e.**, s. 7984

⁵⁹³ Yargıtay'a göre etkilenmeye kalkışılan hakimler tanık olarak dinlenmeden hüküm kurulmamalıdır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 10.07.2008 T. 2008/8558 E. 2008/15780 K. sayılı kararına göre; “*Yargı görevi yapma etkileme suçunun, 5237 sayılı TCK'nın 277. maddesine göre, yargı görevi yapanlara emir verilmesi veya baskı yapılması veya nüfuz icra edilmesi veya her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs edilmesi halinde, suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK'nın 232. maddesine göre ise, "sahabet veya garaz ve menfaate müsteniden hakimlere emir ve tahaküm veya nüfuz veya iltimas etme" suretiyle oluşacağı gözetildiğinde, kendilerine nüfuz edildiği kabul edilen görevli yargıçların olayla ilgili bilgileri olacağı açık olduğu halde, tamamının tanık olarak dinlenmedikleri....*” Karar için bkz. www.kazanci.com ET: 08.02.2012

⁵⁹⁴ Yurtcan, “TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi”, 24.03.2011 tarihli makale, <http://www.yeniayaklasimlar.org/m.aspx?id=549> ET: 12.04.2011

⁵⁹⁵ **A.g.m.**

⁵⁹⁶ Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s. 361

reddi veya çekinmesi düzenlenmemişken⁵⁹⁷, CMK'nın 32. maddesinde zabıt katibinin reddinin ve çekinmesinin düzenlenerek hakimin çekinmesine veya reddine ilişkin hükümlerin zabıt katipleri bakımından da uygulanacağı öngörülmesi, zabıt katiplerinin ceza muhakemesi bakımından önemini ortaya koymaktadır. Gerçekten zabıt katipleri mahkemenin resmi tanığı durumundadır⁵⁹⁸. Önemlerine binaen zabıt katibinin reddi HMK'da da düzenlenmiştir.

Ünver'e göre⁵⁹⁹; maddelerde sayılan sınırlı sayıdaki kişilerin içinde ceza muhakemesinde görev yapan ve yargılamayı doğrudan ilgilendirip, etkileyen uzlaştırmacı ve kolluk görevlileri gibi kişilerin de yer alması gerekirdi. Konuyu öncelikle uzlaştırmacı bakımından ele alırsak CMK'nın 253. maddesinin 9. fıkrasına göre; *“Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.”* Bir başka deyişle Cumhuriyet Savcısının uzlaştırmayı bizzat kendisinin gerçekleştirmedeği durumlarda uzlaştırmacının mutlaka avukat olması zorunlu değildir. Bu yönden avukatlar yargı görevi yapan kapsamında suçların konusuna dahil olsa bile uzlaştırmacı zorunlu olarak avukat olmayacağı, hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından da seçilebileceği için *“uzlaştırmacı”*nın da ayrıca 277. ve 288. maddelerde sayılan kişiler arasında yer alması gereklidir. Gerçekten CMK m. 253/10'da yer alan *“Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı*

⁵⁹⁷ Doktrinde bunun mümkün olması gerektiği görüşünde olan yazarlar vardır. Bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, 1. kitap, s. 313

⁵⁹⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 79

⁵⁹⁹ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 375 Yazarın TCK m. 288'in önceki şekliyle ilgili yaptığı değerlendirmeye göre: *“Her ne kadar uzlaştırmacının veya kolluğun faaliyetleri C. Başsavcılığı tarafından denetlenecek (bkz. CMK. m. 253 vd.) ve soruşturmadan sonuç çıkaracak makam C. Başsavcılığı ise de, bu kimselerin yaptığı işlemlerin soruşturmanın yönünü belirlediği, C. Savcısının kararını doğrudan etkilediği ve sonuç olarak da soruşturma ve kovuşturmanın sonucu üzerinde büyük ölçüde belirleyici olduğu gerçeği de gözden kaçırılmamalıdır. Özellikle, gerçek anlamda bir adli kolluğun kurulmadığı ve neredeyse tüm soruşturma işlemlerini eskiden olduğu gibi kolluğun yaptığı ve C. Savcısının kolluğun elde ettikleriyle yetinip soruşturmayı tamamladığı ülkemiz uygulaması açısından bu çok önemli bir husustur. CMK'nın kağıt üzerinde adli kolluğu kurması ve C. Savcısına bağlayarak. CMK'nın 90. maddesindeki yakalama dışındaki her işlemin C. Savcısının emir ve bilgisiyile gerçekleştirileceği yönünde düzenlemelere yer vermesi hiçbir şeyi değiştirmemiş uygulama eskiden olduğu gibi soruşturma işlemlerini (uzlaşmaya veya ön ödemeye gitmek ya da bir koruma tedbirini sulh ceza hâkiminden istemek gibi birkaç işlem dışında) kollukça yerine getirilmektedir. Kaldı ki, bir an için CMK hükümleri tam olarak işlese dahi, olayla temas edip, ilk değerlendirme ve akabindeki incelemeleri ve diğer muhakeme işlemlerini gerçekleştiren kolluk olduğu için, kolluğu etkilemeye yönelik aleni sözlü veya yazılı beyanların bu suç kapsamına alınmaması, tıpkı uzlaştırmacının eylemlerini etkilemeye yönelik beyanların düzenlenmeyişi gibi hatalı olmuştur.”*

görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.” hükmü de uzlaştırmacının ceza muhakemesinde önemini ortaya koymaktadır.

Ayrıca kolluğun da maddelerin konusu kapsamında sayılması bize göre de zorunludur. Gerçekten kanuna yalnızca adını koymakla adli kolluğun kurulduğunun söylenip, belli bölgelerde pilot uygulamayla bile gerçek anlamda kurulmadığı, bu yüzden kolluğun soruşturma aşamasında fiilen ve halen Cumhuriyet Savcısından daha etkin olduğu ve durumun düzeltilmesi amacıyla hiçbir elle tutulur girişimde bulunulmadığı ülkemizde, kolluğun maddelerde sayılan etkilenmesi amaçlanan kişiler arasında sayılmaması önemli bir eksikliktir.

Görüldüğü gibi suçların konusu kapsamındaki değişikliklere münferit olarak bakıldığında konu kapsamlarını genişleten bu değişikliklerin olumlu olduğu ve hatta suçların konusu kapsamına zabıt katibi, uzlaştırmacı, kolluk gibi kişilerin bile alınması gerektiği doğrudur. Bununla birlikte maddelerin bütün olarak düzenleniş biçimlerinin ve TCK m. 277'nin mülga TCK m. 232'den tamamen farklı bir suç tipi haline sokulmasının, yaratabileceği sakıncaları da çalışmamızın ilgili yerlerinde ayrıntılı olarak tespit etmeye ve değerlendirmeye çalışacağız.

2. Yargı Görevi Yapan Kavramı

Kanunun 6. maddesindeki yargı görevi yapan tanımı, kavramların birbirine karıştırılması sebebiyle eleştirilebilir. Gerçekten “*yargı*” devlet tarafından bu amaçla görevlendirilen makamın, dava konusu uyuşmazlığı taraflar yönünden yarmak/kesip atmak suretiyle çözen/halleden kararlarını ifade eder⁶⁰⁰. Uyuşmazlığın bir yargı ile çözülmesi faaliyeti ise “*yargılama*”dır⁶⁰¹. Muhakeme kavramı ise yargılama (kaza) kavramından farklı olarak, iddia ve savunma makamlarının hükümlerinden yani tez ve antitezlerinden hakimin hükmünün yani sentezin oluşturulması şeklinde kolektif bir faaliyeti ifade etmektedir⁶⁰². Dolayısıyla muhakemeye katılan ve “*adli görev*” yapan kişilerle, “*yargılama görevi*” yapan yargılama makamını yani hakimi karıştırmamak gereklidir. Gerçekten “*yargılama makamı*”, “*adli makam*”ın bir çeşidi

⁶⁰⁰ Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.** , 1. Kitap, s. 48-49

⁶⁰¹ **A.g.e.** , 1. kitap, s. 128

⁶⁰² **A.g.e.** , 1. kitap, s. 43-44

olup daha dar bir alanı kapsamaktadır⁶⁰³. Nitekim Centel'e göre de Anayasa'nın 138. ve 145. maddelerine göre yargılama yetkisi yalnızca hakimler ve mahkemeler tarafından kullanılır, savcılık uyuşmazlığı çözen makam olmadığı için onun faaliyeti yargı faaliyeti olmayıp adalete ilişkin bir faaliyettir⁶⁰⁴. Bu yüzden doktrinde TCK değişiklik tasarısının ilk zamanlarından beri bugün için 5237 sy. TCK'nın 6. maddesinde tanımı ve kapsamı verilen “*yargı görevi yapan*” kavramı yerine “*adli görev yapan*” kavramının savcılarını da kapsamına alacak daha geniş bir deyim olarak kullanılması önerilmiştir⁶⁰⁵. “*Adli görev yapan*” veya “*adli makam*” gibi terimler ilk bakışta idari yargıyı kapsam dışı bıraktığı izlenimi uyandırabilir. Ancak Erem'in de isabetli olarak ifade ettiği üzere adli makam kavramı, idari makamlarla, teşrii makamları kapsam dışı bırakmak için kullanılan ve bu bakımdan idari yargıyı kapsamına aldığı şüphesiz olmakla birlikte savcılıkları da kapsamına alacak bir kavramdır⁶⁰⁶.

Diğer yandan önerilen ve kapsamına savcılarının da gireceği şüphesiz olan “*adli görev yapan*” kavramının avukatlar bakımından uygunluğu da ayrıca tartışılmalıdır. Gerçekten 1987 yılında gündemde olan TCK tasarısında “*yargı görevi yapan*” tanımına “*avukatlar*” zaten dahil edilmemişti⁶⁰⁷. Bu bağlamda Yarsuvat, adli kamu görevi gören kişiler içerisinde; hakim, savcı, zabıt katipleri, icra memuru, suç kolluğu gibi kişileri saymış ancak, hakemlerin ve avukatların konumunun doktrinde tartışmalı olduğunu vurgulamıştır⁶⁰⁸. Gerçekten yazar, adli bir kamu görevi gören özel kişiler olarak tanık, bilirkişi, teknik müşavir, tercüman gibi kişileri sayarken, hakem ve avukatları da bu gruba sokmaktadır⁶⁰⁹. Donay'a göreyse avukatların ve savcılarının yargı görevi yapan tanımı kapsamına alınması, kendilerine karşı işlenen suçların ağırlaştırılması bakımından yerinde olmakla birlikte bu kişiler sadece yargıya katılanlar oldukları için, bunların yargı görevi yapanlar değil “*yargıya katılanlar*” olarak tanımlanması daha doğru olacaktır⁶¹⁰. Kanımızca, Donay'ın önerdiği “*yargıya katılanlar*” ifadesi de muhakemeye katılan veya katkıda bulunan bütün kişilerle ilgili anlaşılacak suretiyle karışıklara yol açabileceği gibi açıklamaya

⁶⁰³ A.g.e. , 1. kitap, s. 132-133

⁶⁰⁴ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapmanı Etkileme Suçu”, s. 146

⁶⁰⁵ Nevzat Toroslu, **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, V Yayınları, Ankara, 1987, s. 36

⁶⁰⁶ Faruk Erem, **Adliye Aleyhinde Cürümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 4

⁶⁰⁷ Toroslu, **Nasıl Bir Ceza Kanunu**, s. 36

⁶⁰⁸ Yarsuvat, “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, s. 685-686

⁶⁰⁹ A.g.m. , s. 686

⁶¹⁰ Donay, **TCK Şerhi**, s. 11

çalıştığımız kavramsal veriler bakımından da isabetli sayılmaz. Bu bağlamda 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasındaki “*Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder.*” ifadesi de kanımızca tartışılabilir. Gerçekten yukarıdaki kavramsal veriler ışığında avukatın “*yargının kurucu unsuru*” değil “*muhakemenin kurucu unsuru*” olan savunma makamını işgal ettiğini söylemek yanlış olmaz. Kanımızca TCK'da hakim, savcı ve avukatları kapsamına alan bir kavram kullanılacaksa bunun “*adli görev yapanlar*”⁶¹¹ veya “*muhakemeye katkıda bulunanlar*” şeklinde formüle edilmesi mümkündür. Diğer yandan bu suç tiplerinin konusu kapsamına 6352 sy. kanunla bilirkişi ve tanık da alındığından ve hatta uzlaştırmacı, adli kolluk, zabıt katibi, kalem memurları, mübaşir gibi kişiler de ileride bu kapsama alınabileceğinden bu konuda TCK m. 277 mülga TCK m. 232'ye benzer şekilde muhafaza edilip, bunları etkilemenin ayrı bir suç tipiyle düzenlenmesi yoluna gidilmesi daha doğru olurdu.

3. Yargı Görevi Yapan Kavramının Kapsamı

277. maddenin önceki şeklinin gerekçesinde, suçun yargı görevi yapan herhangi bir kişiye karşı işlenebileceğine işaret edilmiştir. Kanımızca bu kişilerin iç hukukumuz anlamında ve suçun ön şartı olan aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz “*görülmekte olan bir dava*” ve “*yapılmakta olan bir soruşturma*” kavramlarının kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Örneğin bir İHAM yargıcını veya burada görülen bir davada görev alan bir avukatı Türk olsa bile bu kapsamda değerlendirmem gerekir.

TCK'daki bu tanım bakımından etkilenmeye teşebbüs edilecek yargı görevi yapan kişiler ilk derece mahkemelerde görev yapıyor olabileceği gibi, örneğin Yargıtay dairelerinde de görev yapıyor olabilir⁶¹². Ünver'e göre; yargı görevi yapanlar kanunda sınırlı sayıda belirtilmemiş olup, gerek ceza muhakemesi gerek diğer muhakeme hukuku alanlarında yargı görevi yapan kimseler olarak anlaşılmalıdır⁶¹³. Ancak özellik arz eden veya ilk bakışta karışıklığa sebebiyet

⁶¹¹ Güner, avukatları “*adli görev yapan*” olarak nitelendirmektedir. Semih Güner, **Avukatlık Hukuku**, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2003, s. 579

⁶¹² Donay, **TCK Şerhi**, s. 395

⁶¹³ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 218

verebilecek durumlar bakımından “*yargı görevi yapan*” kavramının kapsamını aşağıda daha ayrıntılı olarak ele almaya çalışacağız.

Öncelikle yargı görevi yapan tanımında sözü edilen, “*yüksek mahkemeler, adli, idari, askeri mahkemeler üye ve hakimleri*”nin kapsamının belirlenmesi gereklidir. Yüksek mahkemeler Anayasa’nın “*Yargı*” başlıklı üçüncü bölümünde, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdari Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi olarak sayılmıştır. Dolayısıyla bütün yüksek mahkemeler üye ve hakimlerinin TCK anlamında yargı görevi yapan olduklarında kuşku yoktur. Yine bu noktada kanun koyucunun “*üye ve hakim*” diye bir ayrıma gitmiş olmasının boşuna olmadığını kabul etmek durumundayız. Gerçekten burada “*üye*” ile kastedilenin yüksek mahkemelerin kendi özel kanunlarına tabi⁶¹⁴ ve bu mahkemelerin üyesi olarak adlandırılan hakimler olduklarında kuşku yoktur. Bunların dışında Yargıtay ve Danıştay’da tetkik hakimi adı altında, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi’nde ise raportör adı altında görev yapan hakimlerin ise yüksek mahkemeler üyesi olmamakla birlikte “*hakimi*” olarak yargı görevi yapan tanımı kapsamında kalacakları ortadadır. Sonuç olarak TCK’nın 6. maddesindeki yargı görevi yapan tanımı kapsamına bütün yüksek mahkemelerin daire başkanları, üyeleri, tetkik hâkimleri ve raportörleri girmektedir.

Diğer yandan 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu’nun, 3. maddesindeki hakim tanımı; gerek adli gerekse idari yargıda görev yapan mahkeme başkan ve üyelerini, hakimleri, Yargıtay ve Danıştay tetkik hakimleri ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan hakimleri kapsamaktadır. HSK’daki tanımı TCK’nın 6. maddesindeki tanımla birlikte değerlendirdiğimizde ve bunların idari görev yapıyor olduklarını göz önüne aldığımızda, “*Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan hâkimler*”in TCK’nın 6. maddesindeki yargı görevi yapan tanımı kapsamına dâhil edilmediği anlaşılmaktadır.

⁶¹⁴ Yargıtay hâkim ve savcılarını 2797 sayılı Yargıtay Kanunu’na, Danıştay hâkim ve savcılarını 2575 sayılı Danıştay Kanunu’na tabidirler. 2802 sayılı HSK Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay Başkan ve üyeleri hakkında yalnızca bu kişilerin aylık ve ödenekleri ile diğer mali, sosyal hak ve yardımları ile ilgili olarak uygulanır. Yine HSK’nın 7. maddesine göre hakim veya savcı adayları, Devlet Memurları Kanunu’ndaki Genel İdare Hizmetleri Sınıfına dahil olup, hakimlik ve savcılığın sınıf ve derecelerine dahil değildirler ve haklarında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Dolayısıyla hakim ve savcı adaylarının TCK’nın 6. maddesindeki “*yargı görevi yapan*” tanımına girmeyecekleri söylenmelidir.

HSK'nın 3. maddesindeki savcı tanımına Adli yargıda il ve ilçe Cumhuriyet başsavcılarını, Cumhuriyet başsavcı vekillerini, Cumhuriyet savcılarını, Yargıtay Cumhuriyet savcıları ile idari yargıda Danıştay savcıları ile Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan savcıları kapsamaktadır. Bununla birlikte TCK'nın 6. maddesindeki “*yargı görevi yapan*” tanımında yalnızca “*Cumhuriyet Savcıları*”ndan söz edildiği görülmektedir. Bu yüzden HSK'nın ilgili maddeleriyle (m. 16, 23, 26, 103 vs.), Danıştay Kanunu, ve diğer ilgili mevzuattan da anlaşıldığı üzere, Danıştay'da görev yapan savcılar⁶¹⁵, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Askeri Yargıtay'da görev yapan savcılar ve ayrıca ilk derece askeri yargıda görev yapan askeri savcılar; “*Cumhuriyet Savcısı*” olarak adlandırılmadıklarından “*kanunilik*” ve “*belirlilik*” ilkeleri gereği bu tanım kapsamına girmeyeceklerdir. Diğer yandan adli yargıda olsun idari yargıda olsun Adalet Bakanlığı merkez, bağlı ve ilgili kuruluşlarında idari görevlerde çalışan savcılar ise zaten idari görevlerde çalışıyor oldukları için, TCK anlamında bunların yargı görevi yapan olarak kabul edilmeyeceklerini düşünüyoruz.

Yine bu bağlamda özellikle güncel tartışmalar bakımından önemli olabilecek bir husus, Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin yargı görevi yapan tanıma girmeyecekleridir. Gerçekten Anayasamızın “*Yargı*” başlıklı üçüncü bölümü içerisinde düzenlenmiş bulunan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu bir mahkeme değildir, Anayasamızda yüksek mahkemeler arasında sayılmamıştır. Bu kurul görevi gereği yargısal değil idari bir kuruldur, kararları da idari kararlardır⁶¹⁶. Bu bakımdan HSYK üyelerinin hukuka aykırı olarak etkilenmeye çalışılması halinde bu suç oluşmayacaktır.

Benzer şekilde Sayıştay da Anayasamızın “*Yargı*” başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenmiş, ancak yüksek mahkemeler arasında sayılmamıştır. Sayıştay bir yandan mali denetim organı, diğer yandan da Anayasa'nın 160. maddesinde kendisine verilen “*sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak*” görevini yerine getiren özel bir idari yargı yeri, bir hesap mahkemesi olarak değerlendirilmiştir⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Danıştay Savcılığı 521 sayılı mülga Danıştay Kanunu'nda “*kanun sözcülüğü*” olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. İsmail Aksel, **Türk Yargı Teşkilatı**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 80

⁶¹⁶ Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 272

⁶¹⁷ Metin Günday, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 385; Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 331-332; Şeref Gözübüyük, **Yönetim Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 61

Gerçekten 03.12.2010 tarihinde kabul edilen ve 19.12.2010 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6085 sayılı yeni Sayıştay Kanunu’nun 1. maddesinde de Sayıştay’ın görevleri; “...*Türkiye Büyük Millet Meclisi adına yapılacak denetimleri, sorumluların hesap ve işlemlerinin kesin hükme bağlanmasını ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak*” olarak tanımlanmıştır. Yine kanunun daireler kenar başlıklı 23. maddesinde, Sayıştay daireleri sorumluların hesap ve işlemlerine ilişkin düzenlenen yargılamaya esas raporlarda yer alan kamu zararına ilişkin hususları hükme bağlamakla görevli birer hesap mahkemesi olarak nitelendirilmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin⁶¹⁸ ve Danıştay’ın⁶¹⁹, Sayıştay’ın yargısal görevi ve niteliğine ilişkin görüşleri birbirinden farklıdır.

Bize göre, Sayıştay’ın yargısal nitelikte görevleri olmasına rağmen, Sayıştay başkan, daire başkanı ve üyelerinin TCK’nın 6. maddesi anlamında “*yargı görevi yapan*” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yine Sayıştay’da Sayıştay başsavcısı ve savcıları da görev yapmaktadır. Bu bağlamda Danıştay savcıları için yaptığımız yorum, evleviyetle Sayıştay savcıları için de geçerli olacak, TCK’nın 6. maddesindeki tanımda “*Cumhuriyet Savcıları*”ndan söz edildiği için Sayıştay savcılarının “*yargı görevi yapan*” olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak tüm bu kişilerin hukuka aykırı olarak etkilenmeye çalışılması halinde 277. ve 288. maddelerdeki suçlar oluşmayacaktır.

Yüksek Seçim Kurulu ve seçim kurulları üyelerinin de “*yargı görevi yapan*” kapsamına girip girmediği tartışılabilir. Anayasa’nın “*Seçimlerin Genel Yönetimi ve Denetimi*” kenar başlıklı 79. maddesi kapsamında⁶²⁰; seçimlerin genel yönetimi ve

⁶¹⁸ Anayasa Mahkemesi’nin Sayıştay’ın bir yargı organı olmadığı yönündeki kararı için bkz. E. 1990/39 K. 1991/21 T. 11.07.1991 www.kazancı.com ET: 03.06.2012; “...*Sonuç olarak, Sayıştay, Anayasa’nın 160. maddesine göre, temelde TBMM adına mali denetim görevini yapan ve özel olarak da bu denetim çerçevesinde aleyhine hiçbir yargı organına başvurma olanağı bulunmayan kimi kesin kararlar alan kendine özgü bir anayasal kurumdur. Yargı kuruluşlarına benzemeyen görev, yetki çalışma yöntemleri ve aleyhine yargı yollarının izlenmesi olanaksız kimi kesin hükümler kurması nedeniyle Sayıştay bir yargı kuruluşu sayılamaz ve mensupları da hâkimlere ilişkin hükümlere bağlı tutulamaz.*”

⁶¹⁹ Bkz. Danıştay 10. Dairesi E. 1996/10055 K. 1997/903 T.13.03.1997 www.kazancı.com ET: 04.02.2012; ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 61-64

⁶²⁰ “*Seçimler, yargı organlarının genel yönetim ve denetimi altında yapılır.*”

(Değişik: 21/10/2007-5678/2 m.) *Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçimi*

denetiminin yargı denetiminde yapılması öngörölmüş ve bu görev YSK'ya ve seçim kurullarına verilmiştir. YSK üyeleri Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından seçilmektedir, yine YSK kararları kesin olup bunlara karşı başka bir mercie başvurmak mümkün değildir. Doktrinde de YSK'nın bu yargısal niteliği kabul edilmekle birlikte⁶²¹, Anayasa Mahkemesi bir kararında seçim kurullarının mahkeme niteliğinde olmadığını ortaya koymuştur⁶²². Gerçekten YSK Anayasa'da yargı başlığı altında düzenlenmemiş ve aynı zamanda bir yüksek mahkeme olarak da sayılmamıştır. Diğer yandan il seçim kurulları da bütünüyle hakimlerden oluşurken ilçe seçim kurullarının bütünüyle hakimlerden oluşmayıp, karma bir yapıya sahip olması⁶²³; Anayasa'nın 79. maddesine uygunluğu tartışılabilir⁶²⁴ ve yargısal niteliği de zayıflatan bir durumdur. Bize göre bu veriler ışığında YSK ve seçim kurulları üyelerinin “*Yargı görevi yapan*” kapsamına girmediği söylenmelidir.

TCK'nın 6. maddesindeki yargı görevi yapan tanımı kapsamına giren avukatlarınsa Avukatlık Kanunu'na göre Türkiye'de avukatlık yapmaya yetkili kişiler olması gerekir. TCK m. 277 ve m. 288 bağlamında yargı görevi yapan kavramının kapsamı bakımından 765 sy. TCK'nın 294. ve 295. maddelerinde düzenlenen “*avukat ve dava vekillerinin sui istimali*” suçlarına⁶²⁵ 5237 sy. TCK'da

tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulundur. Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz.

Yüksek Seçim Kurulunun ve diğer seçim kurullarının görev ve yetkileri kanunla düzenlenir.

Yüksek Seçim Kurulu yedi asıl ve dört yedek üyeden oluşur. Üyelerin altısı Yargıtay, beşi Danıştay Genel Kurullarınca kendi üyeleri arasından üye tamsayılarının salt çoğunluğunun gizli oyu ile seçilir. Bu üyeler, salt çoğunluk ve gizli oyla aralarından bir başkan ve bir başkanvekili seçerler.

Yüksek Seçim Kuruluna Yargıtay ve Danıştaydan seçilmiş üyeler arasından ad çekme ile ikişer yedek üye ayrılır. Yüksek Seçim Kurulu Başkanı ve Başkanvekili ad çekmeye girmezler.

(Değişik: 21/10/2007-5678/2 m.) Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi işlemlerinin genel yönetim ve denetimi de milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur.”

⁶²¹ Bülent Tanör/ Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, YKY, İstanbul, 2002, s. 216-217; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 86-87

⁶²² Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E. 1992/12 K. 1992/7 sayılı ve 18.2.1992 tarihli kararı, Resmi Gazete Tarihi: 13.05.1992 Resmi Gazete Sayısı: 21227 www.kazancı.com ET: 05.02.2012

⁶²³ Bu kurulların yapısı 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 15, 18 ve 19. maddelerinde düzenlenmiştir. Bkz.

<http://www.ysk.gov.tr/ysk/SecmenKaydi/298.htm> ET: 05.02.2012

⁶²⁴ Aksel, **a.g.e.**, s. 173-174

⁶²⁵ Bu maddeler şu şekildeydi: “*Madde 294 - Avukat veya dava vekili hasım tarafıyla uyuşarak veya sair hile ve desiselerle sülük ederek kendisine verilen davaya zarar iras eyler yahut aynı davada hasım tarafına da yardım ederse üç aydan otuz aya kadar hapis ve meslekin tatiline dahi şamil olmak üzere muvakkaten hıdematı ammeden memnuiyet cezalarıyla beraber otuz liradan iki yüz elli liraya kadar ağır ceza ile cezalandırılır.*

yer verilmediği hususuna da temas etmekte yarar vardır. Gerçekten avukatların da bu maddelerin kapsamına alınması bir yerde 765 sy. TCK m. 294 ve 295'in yarattığı boşluğu doldurmaktadır.

Centel'e göre; bu suçların oluşması için, etkilenmeye teşebbüs edilen yargı görevlisinin davayla ilgili olarak görev yapmaya başlamış olması şart değildir; o davayla ilgili olarak göreve başlayabilecek olması da yeterlidir⁶²⁶. Bize göre bu yorum suçların kapsamını çok genişletebilir, zira bu durumda yalnızca bütün yüksek mahkemeler, adli, idari, askeri mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet Savcıları değil hakim ve savcılardan Anayasa'nın 140. maddesinin son fıkrasına göre; adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar ve hatta örneğin CMK'da düzenlenen zorunlu müdafilik veya mağdur vekilliği kapsamında listede görev almak için bekleyen avukatlarla bile sınırlı olmaksızın tüm avukatlar bir davayla ilgili olarak sonradan göreve başlayabilme potansiyeline sahip olduklarından etkilenmeye çalışılan yargı görevlisi kapsamına girebilir. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında⁶²⁷, esasen idari yargıda dava konusu edilmiş bulunan anlaşmazlığa ilişkin, görev ve yetkisi olmaksızın Anayasa ve kanun hükümlerine aykırı olarak ve teminat alınmaksızın ihtiyati tedbir kararları vermek suretiyle kişilerin mağduriyetlerine ve kamunun zararına sebep olan Sulh hukuk mahkemesi hakiminin TCK m. 257/1'de düzenlenen suçtan aldığı mahkumiyet kararı bakımından, tazminat ve ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebini içeren davaların davacısı konumunda bulunan sanıkların eylemlerinin görevde yetkiyi kötüye kullanma suçuna iştirak niteliğinde bulunup bulunmadığının tartışılıp değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle yargı görevi yapani etkileme suçundan verilen mahkumiyet hükmünü bozmuştur. Bize göre Yargıtay 4. Ceza Dairesi bu kararıyla görevsiz ve yetkisiz hakimın “yargı görevi yapani” kapsamında kabul edilmemesi gereğine işaret etmiştir. Yargıtay'ın yargı görevi yapan olarak somut olayda yalnızca yargıçtan söz ettiği bir başka kararına göre de;

Eğer avukat veya dava vekili aynı davada bir tarafa vekalet ettikten sonra o vekaletten çekilerek diğer tarafın vekaletini deruhte veya o tarafa yardım ederse altı aya kadar hapsolunur veya otuz liradan yüz elli liraya kadar ağır cezayı nakdi alınır.”

“Madde 295 - Kabul ettiği bir davada şahidin veya ehli hibre veya tercümanın veya müddeiumuminin ve karar verecek hakimın sahabetini istihsal etmek veyahut bunlara mükafat eylemek bahanesiyle müekkilinden para ve sair eşya alan avukat ve dava vekili iki seneden beş seneye kadar hapse ve iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye ve meslek ve sanata dahi şamil olmak üzere muvakkaten hidematı ammeden memnuiyet cezasına mahkum olur.”

⁶²⁶ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapani Etkileme Suçu”, s. 147

⁶²⁷ Yargıtay 4. CD E. 2010/24034 K. 2011/4011 T. 28.03.2011

yargıcın kurula katılarak görüş bildirip, karar alma sürecinde sonucu etkileyebilme olanağının bulunması yeterlidir⁶²⁸.

D. Suçların Faili

Bu suçların faili herhangi bir gerçek kişi olabilir. Ünver'e göre⁶²⁹ özel bir düzenleme bulunmadığı için, tüzel kişiler bu suçların faili olamazlar. Kanımızca yazarın burada kastettiği tüzel kişilerin suçun faili olması değil, bu suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirine başvurulamayacak olmasıdır⁶³⁰. Yoksa TCK m. 20'ye göre ceza sorumluluğunun şahsi olduğu ve tüzel kişilerin suç faili olamayacakları açıktır. Gerçekten TCK'nın 20. maddesinin 2. fıkrasına göre; tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanmaz, ancak kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır. Bu yaptırımlar ise TCK'nın 60. maddesinde düzenlenmiş olup, aynı maddenin 4. fıkrasına göre; ancak kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır. Bu bağlamda örneğin adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun, bir basın veya yayın kuruluşunun faaliyeti çerçevesinde ve adeta o basın veya yayın kuruluşunun yayın politikası olarak işlenmesi halinde söz konusu basın veya yayın kuruluşu tüzel kişiliğe sahip bir şirket olsa bile bu tüzel kişi bakımından herhangi bir güvenlik tedbiri uygulanması da kanunumuzun düzenlemesine göre mümkün değildir.

Failin bir kamu görevlisi olması da olanaklıdır⁶³¹, bununla birlikte zorunlu değildir. Gerçekten failin belirli bir sıfat veya görevi üstlenen kişi olması gerekli değildir⁶³², çünkü bu suçlar özgü (mahsus) bir suç değildir⁶³³. Ancak Yarsuvat'ın⁶³⁴ TCK m. 277'nin ilk şekli bakımından ve maddenin mülga TCK m. 232'nin karşılığı olmasına dayanarak savunduğu görüşüne göre bu suç, gücü elinde bulunduranlar içindir. Yazarın açıklamalarından suçun önceki düzenleniş şekli bakımından özgü suç olduğu görüşünde olduğu sonucu çıkmaktadır.

⁶²⁸ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> YCGK E. 2007/5-70, K. 2007/254 T. 27.11.2007

⁶²⁹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 218

⁶³⁰ Nitekim yazar gizliliğin ihlali suçunun failine ilişkin değerlendirmesinde; “...*güvenlik önlemi niteliğinde yaptırıma tabi olmak açısından da tüzel kişiler bu suçun faili olamazlar.*” ifadesiyle bu hususa gönderme yapmıştır. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 345

⁶³¹ Meran, **a.g.e.**, s. 282

⁶³² Yaşar/ Gökcan/ Artuç, **a.g.e.**, s. 7983

⁶³³ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 218

⁶³⁴ Duygun Yarsuvat'ın görüşü için bkz. “Atölye Tartışmaları”, **Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I**, s. 53

Gerçekten TCK m. 277'nin ilk şeklinin eylem unsurunda sayılan “*emir verme*”, “*baskı yapma*” ve “*nüfuz icra etme*” gibi hareketleri icra eden failer bakımından bu suçun özgü bir suç olabileceği görüşünde haklılık payı vardı. Diğer yandan maddenin önceki şeklindeki “*her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs*” serbest hareketi bakımından suçun herkes tarafından işlenebilecek bir suç olduğu sonucuna varılması da mümkündür. Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre de, fiilin “*emir verme*” ve “*baskı yapma*” şeklinde işlenmesi bakımından, failin emir verecek veya baskı yapacak konumda olması gereklidir⁶³⁵. Kanımızca 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra TCK m. 277'deki suçun artık özgü suç olmadığı açıktır. Diğer yandan hakimlerin bile bu suçların faili olması olanaklıdır. Örneğin bir mahkeme başkanı ihsas-ı rey niteliğinde açıklamalarda bulunarak heyetin diğer üyeleri üzerinde baskı oluşturmak suretiyle bu kişileri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs edebilir⁶³⁶. Yine herkes bu suçların faili olabileceğinden avukatların da bu suçların faili olabileceği söylenmiştir⁶³⁷. Avukatların hangi durumlarda bu suçların faili olabileceği hususu hukuka aykırılık unsuru başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

E. Suçların Mağduru

Centel'e göre; bu suçlar, adliye karşı suçlar arasında düzenlendiğinden bu suçların ön plandaki mağduru adliyedir⁶³⁸. Bu suçların mağduru olmadığını bir başka deyişle mağduru belli bir kişi olmayan suçlardan olduğunu kabul eden Meran'a göre ise yargılamanın adil sürdürülmesi amaç ve isteğinde olan adli makamlar, dolayısıyla adliye ve devlet bu suçların mağduru değil, suçtan zarar görenidir⁶³⁹. Ancak yazar; bu görüşüyle çok da tutarlı olmayan bir şekilde etkileme sonucu yargı görevi yapan kimsenin, davanın taraflarından birinin veya sanıkların veya davaya katılanların veya

⁶³⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 7984

⁶³⁶ Bununla birlikte henüz suçların önşartı kapsamında heyetin önünde görülmekte olan bir davanın olmadığı fakat, örneğin Anayasa Mahkemesi'nde bir kanun hakkında iptal davası açılacağı konuşulduğu bir aşamada (henüz kanun kabul edilmiş olmasa da) yargıcın önüne gelebilecek bir davadan söz edilebilir. Benzer şekilde yargıçların belirli konularda belirli şekillerde davranacakları örneğin “çelme takmayacakları” veya “cinsel saldırı suçu faillerinin gözünün yaşına bakmayacakları” şeklinde yorumda bulunmaları da önlerine gelebilecek davayla ilgili yorum kapsamındadır. Yargıcın önüne gelmesi muhtemel bu gibi davalarla ilgili yorum yapması yukarıda açıkladığımız Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri'nin 2.4. maddesine aykırılık oluşturabilir ve fakat bu suçları oluşturmaz. Detaylı bilgi ve örnekler için bkz. Sibel İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, Beta, İstanbul, 2008, s. 84-86

⁶³⁷ Gürses, **a.g.m.** , s. 160

⁶³⁸ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 143

⁶³⁹ Meran, **a.g.e.** , s. 282 ve 372

mağdurların leh veya aleyhinde karar vermesi söz konusu ise aleyhine karar verilen kişinin de suçun mağduru olacağı görüşünü savunmuştur⁶⁴⁰.

Bu bağlamda Centel ise aleyhine davranılması istenilen gerçek veya tüzel kişiyi bu suçların ikinci plandaki mağduru veya dolaylı mağduru olarak nitelendirmektedir, taraflardan birinin lehine davranılmasını isteyerek yargı görevi yapan, bilirkişi veya tanığa etki edilmesi halinde, karşı taraf dolaylı mağdur olacaktır⁶⁴¹.

Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre; "*Mağdur öncelikle yargı organıdır. Ancak kamu tüzel kişilerinin suçun mağduru olmayıp, zarar göreni olacağı kabul edilmektedir.*"⁶⁴². Bu ifadeden yazarların burada yargı organını, dolayısıyla adliye ve devleti mağdur olarak mı, suçtan zarar gören olarak mı değerlendirdikleri kesin olarak anlaşılamamakla birlikte yazarların adliye suçtan zarar gören olarak kabul ettiklerini düşünüyoruz. Nitekim Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre suçun mağduru; fiil nedeniyle haksızlığa uğrayan veya başka deyişle kendisine karşı suç işlenen davanın tarafı olan kişidir⁶⁴³. Diğer yandan aynı yazarlar, hukuka aykırı yöntemlerle etkilenmeye çalışılan suçun konusu kapsamındaki kişileri de suçların mağduru olarak kabul etmektedir⁶⁴⁴. Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında⁶⁴⁵ 765 sy. TCK'nın 232. maddesindeki suç bakımından etkilenmeye çalışılan hakim kamuda davasına katılma talebinin reddini hukuka uygun bulmuştur. Somut olayda, sanıklar hakkında 765 sy. TCK'nın devlet idaresi aleyhine cürümler başlığı altında düzenlenen rüşvet verme, rüşvete aracılık, davaya katılma isteminde bulunan sanık hakim hakkında ise rüşvet alma suçlarından kamu davaları açılmıştır. YCGK'ya göre, devlet idaresi aleyhine suçlardan olan rüşvet suçuyla korunan hukuksal değer devlet idaresine karşı duyulan güven olup, somut olayda rüşvete aracılık suçu nitelik değiştirip hakimi etkileme suçuna dönüşmüş olsa da, bu suç da devlet idaresi aleyhine işlenen suçlardandır. Bu yüzden YCGK'ya göre sanık hakim bu suçların mağduru olmadığı gibi bu suçlardan doğrudan zarar gören kişi konumunda da değildir. Dolaylı veya muhtemel zarar ise sanık hakime davaya katılma hakkı

⁶⁴⁰ Meran, **a.g.e.** , s. 282

⁶⁴¹ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu", s. 143

⁶⁴² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 7984

⁶⁴³ **A.g.e.**

⁶⁴⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 7984 ve s. 8114; Bize göre hatalı görüşteki bir başka yazar suçların mağdurunu suçların konusuyla karıştırmaktadır. Bu görüş için bkz. Taşkın, **a.g.m.** , s. 170 ve 180

⁶⁴⁵ YCGK E. 2006/5. MD-127 K. 2006/180 T. 04.07.2006

vermez. YCGK'nın dayandığı bu gerekçelere karşılık söz konusu karara iştirak etmeyen kurul başkanına göre, dava konusu suçların devlet idaresi aleyhine suçlardan olması, suçlamaya muhatap olan kişinin gerek kişisel, gerekse toplumsal düzeyde zarar göreceği ve suçlamaların meslekten ihraç gibi kalıcı etkileriyle karşılaşabileceği gerçeğinin gözardı edilmesine neden olmamalıdır. Kurul başkanının karşı oy gerekçesine göre, kişinin suçtan maddi ya da manevi yönden zarar görme olasılığı, rüşvet verme ya da değişen suç vasfına göre hakimi etkilemeye kalkışma suçundan yargılanan kişilerin hükümlendirilmesini talep ederek tam bir aklanmaya ulaşma, üzerindeki kalıcı kuşku ve yorumları bütünüyle kaldırma hakkını sanık hakime vermeyi gerektiren bir olgudur. Bu sebeple rüşvet alma suçuyla yargılanan sanık hakimin kendisine rüşvet vermektan yargılanan ve birinin beraati diğerinin ise kendisini etkilemeye kalkışmaktan mahkûmiyetiyle sonuçlanan hükümleri temyiz ederek şahsı hakkında gelecekte doğabilecek “*tefehhümü ortadan kaldırma*” ve suçlamaların müsebbiplerini cezalandırmayı sağlayarak kişisel ve toplumsal tatmine ulaşma hakkı bulunmalıdır. Bize göre de YCGK'nın kararı hatalı olup, bu gibi durumlarda etkilenmesi amaçlanan yargı görevi yapan kişilerin de suçtan zarar gören oldukları gerekçesiyle katılma taleplerinin kabul edilmesi gerekir.

Kanımızca bir suçun mağdurunu ve suçtan zarar göreni daha iyi ortaya koyabilmek için öncelikle mağdur ve suçtan zarar gören kavramlarının açıklanmasında yarar vardır. Genellikle bir suçun mağduru, aynı zamanda o suçtan zarar görendir. Ancak bazı suçlar bakımından suçun mağduru ile suçtan zarar gören farklılık gösterebilmektedir. Suçtan zarar gören, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir⁶⁴⁶. Bununla birlikte tüm hukuksal değerlerin sahibi birey olduğu için suçun mağduru yalnızca gerçek kişiler olabilir⁶⁴⁷. Çağdaş anlayışa göre devlet, kamu veya topluluklar ancak bireyin sahibi olduğu bir takım hukuksal değerlerin taşıyıcısı ve temsilcisidir⁶⁴⁸.

Doktrinde Öztürk/Erdem'e göre, suçtan doğrudan doğruya zarar gören, suçun maddi unsuruna muhatap olan ve bu nedenle suç ile korunan hukuksal yararı zedelenen kişi, dar anlamda suçtan zarar gören kişidir ve buna “*mağdur*” denir.

⁶⁴⁶ Hakan Hakeri/ Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 139-140

⁶⁴⁷ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 308

⁶⁴⁸ **A.g.e.**

Yazarlara göre işlendiği iddia edilen suç ile haklı bir çıkarı zarar gören ve fiilin kovuşturulması isteği haklı görülecek bir misliyle karşılık verme ihtiyacı (tatmin ihtiyacı) olarak kabul edilen kişiler ise geniş anlamda suçtan zarar görendir⁶⁴⁹.

Bize göre, Yıldız'ın da isabetli olarak ifade ettiği gibi, bu suçların mağduru adil yargılanma hakkının sahibi olan toplumu oluşturan bireylerdir⁶⁵⁰. Kaldı ki bu suçlar birer somut tehlike suçu olarak düzenlendiği için bu suçların işlenmesi suretiyle somut olayda bazı kişiler açısından bir zararın gerçekleşmesi de şart değildir. Ancak bir zarar gerçekleşmişse, davanın veya soruşturmanın tarafı olan ve adil yargılanma hakkı ihlal edilen kişi bir gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabileceğinden, kanımızca bu kişilerin de genel olarak suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi daha doğrudur⁶⁵¹. Bunun yanında yukarıda ifade ettiğimiz gibi suçların konusu kapsamındaki yargı görevi yapanların, bilirkişilerin veya tanıkların da suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu suçlar bakımından adliye, devlet de suçtan zarar görendir.

F. Suçların Önşartı

1. Genel Olarak

Bu suçların önşartı 6352 sy. kanunla yapılan değişiklikler kapsamında görülmekte olan bir dava⁶⁵² veya yapılmakta olan bir soruşturma bulunması olarak aynı şekilde düzenlenmiştir. TCK'nın 277. maddesinin önceki şeklinde suçun önşartı (önkoşulu) "*bir dava*" bulunmasıydı⁶⁵³. Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs

⁶⁴⁹ Bahri Öztürk/ Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2008, s. 315

⁶⁵⁰ Ali Kemal Yıldız, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur-Suçtan Zarar Gören- Şikayetçi**, Seçkin, Ankara, 2008, s. 25-26, Bu bağlamda dar/geniş genel/özel anlamda mağdur sınıflandırmalarını doğru bulmayan yazara göre; "*mağduru belli bir kişi olmayan suç*" ifadesinin de yanlıtıcı olmaması gerekir ve bu suçlarda da mağdur bulunmakta olup, somut bir birey olmamakla birlikte toplumdaki bütün bireylerdir.

⁶⁵¹ Yazara göre toplumu oluşturan bireylerden birisi olması sebebiyle gerçek bir kişi de hem suçun mağduru hem suçtan zarar gören olarak kabul edilebilir ancak böyle bir sonuca varmak tüzel kişi bakımından mümkün değildir çünkü onlar ancak suçtan zarar gören olabilir. Bkz. Yıldız, **a.g.e.**, s. 26

⁶⁵² Yine 6352 sy. kanunla yürürlükten kaldırılan BsK m. 19/2'de düzenlenen yargıyı etkileme suçunun önşartı da "*görülmekte olan bir dava*" olarak düzenlenmişti. Bu suç bakımından da "*görülmekte olan bir dava*" ceza davalarıyla sınırlı olmayıp, aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz Türk hukuku yönünden dava olarak kabul edilen her türlü hukuki uyuşmazlığı kapsamaktaydı. Çankaya/Batur Yamaner, **a.g.e.**, s. 125

⁶⁵³ Aynı yönde görüş için bkz. Mehmet Uçum/ Ümit Abanoz, "Uygulama Yönünden Basın Özgürlüğü ve Basın Hukuku", **Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I**, s. 181

suçunun önşartı ise maddenin önceki şeklinde bir olayla ilgili olarak başlatılan bir soruşturma veya kovuşturma bulunması⁶⁵⁴ ve bunun kesin hükümle sonuçlanmamış olması olarak belirlenmişti.

Suçun unsurlarının dışında kalan olgulardan önşartlar eylemden önce var olanlardır. Bu şartlar eyleme ön geldiklerinden özellikle suçun manevi unsuru yönünden unsur ile önşart ayrılmaktadır. Belirli bir husus unsur olarak kabul edilmişse, temel manevi unsur kast bakımından failin bu unsuru hem bilmesi hem de istemesi gerekir. Önşartlar bakımındansa, failin bunların varlığından haberdar olması, yani bilmesi yeterli olup, ayrıca bunları istemesine gerek yoktur. Bu yönden TCK'nın 277. ve 288. maddelerinde düzenlenen bu suçlar bakımından failin görülmekte olan bir dava veya yapılmakta olan bir soruşturma bulunduğunu bilmesi, bundan haberdar olması yeterlidir. Birleşik Devletler hukukunda da TCK m. 277'deki suçun karşılığı niteliğinde değerlendirilebilecek derdest federal davanın engellenmesi suçunun oluşması için derdest bir adli dava olması, böyle bir adli dava olduğunu failin bilmesi gereklidir⁶⁵⁵. Burada suçun önşartı bakımından Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi de davanın ilgili mahkemede görülüyor olduğunu failin bilmesi veya farkına varmış olması şartını aramıştır⁶⁵⁶.

Görüldüğü gibi yeni düzenlemede kadük kalan tasarıda da öngörüldüğü gibi “*yapılmakta olan bir soruşturma*”nın TCK m. 277'deki suçun⁶⁵⁷, “*görülmekte olan*

⁶⁵⁴ “Öncelikle” vurgusu yapan benzer yönde görüşler için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8114, Yazarlara göre; soruşturma veya kovuşturma bulunması bu suçun oluşabilmesi için öncelikle var olması gereken bir koşuldur. Yazarlar açıkça ifade etmeseler de bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturmanın bulunmasını suçun önşartı olarak değerlendirmişlerdir. ; Silahçioğlu, **a.g.m.**, s. 3054

⁶⁵⁵ Charles Doyle, **Obstruction of Justice: Federal Statutes**, Novinka Nova Science Publishers, New York, 2008, s. 15

⁶⁵⁶ **A.g.e.**

⁶⁵⁷ TCK m. 277'nin önceki şeklinde soruşturma aşamasında şüphelinin leh veya aleyhine davranması için savcıya veya tutuklama talebi hakkında karar verecek olan sulh ceza hakimine etki etmeye çalışma gibi hallerde bu suç oluşmuyordu. Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yaparı Etkileme Suçu”, s. 148; Nitekim 277. maddenin önceki şeklinde soruşturma ve kovuşturma aşamaları temel alınarak 5271 sy. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yapılan şüpheli-sanık ayırımına yer verilmemiş olması ve yalnızca “*kovuşturma aşamasında suç şüphesi altına bulunan kişi*” olarak tanımlanan sanık kavramına yer verilmiş olmasını da bu kapsamda anlamak gerekir. Ülkemizde gerek adi suçlara ilişkin davalarda, gerekse de siyasi davalarda söz konusu olan gerekçesiz tutuklamalar ve uzun tutukluluk süreleri sorunu göz önüne alındığında tutuklama yargılaması bakımından ceza muhakemesinin soruşturma aşamasının 277. maddedeki suçun kapsamına alınmamış olması bir eksiklikti. Bu bağlamda 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce bir yazar, geniş anlamda “*yargılama*”nın, “*dava*”nın soruşturma aşamasını da içerdiğinden bahisle, bu aşamanın da suç kapsamında kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. İsmail Malkoç; **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu**, Geliştirilmiş 3. Baskı, c. 2, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2008, s. 2498'den akt. Taşkın, **a.g.m.**, s. 175-176; Mülga 765 sy. TCK'nın 232. maddesi zamanında da

bir dava”nın ise TCK m. 288’deki adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun önşartları arasına katılması öngörülmüştür. Önceki düzenlemede TCK m. 288’deki suçun konusu kapsamında savcı dışında maddede sayılan etkilenmesi amaçlanacak bütün kişiler (mahkeme, hakim, bilirkişi ve tanıklar) hukuk davalarında da yer almasına karşın; hukuk davalarının madde kapsamına alınmaması haklı olarak eleştirilmekteydi⁶⁵⁸. 277. maddenin önceki şeklinde “*Yargı görevi yapanı etkileme*” suçunun önşartı “*bir dava*” bulunması olarak oldukça geniş tutulmuşken, yine hukuksal değer olarak adil yargılanma hakkını koruyan ve adında bile özellikle adil yargılanma hakkına atıf yapan 288. maddede düzenlenen suç tipinde böyle bir sınırlamaya gidilmesi isabetli değildi. Aslında çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak ele aldığımız kamu hukuku özellikli bazı uyuşmazlık konularının adil yargılanma hakkının kapsamına girmesi hususunun İHAM içtihatlarında bile zamanla değişebilmekte olması ve bu konuların genel hatlarıyla bilinse bile somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gereği göz önüne alındığında⁶⁵⁹ böyle bir maddenin kapsamının belirlenmesi de kanun koyucunun tercihidir ve kolay olmayabilir. Bununla birlikte bu konular özellikle hukukumuz bakımından idari yargının görev alanına girmekte olduğundan, idari davalar madde kapsamı dışında bırakılsa bile özel hukuk davalarının 288. maddenin kapsamı dışında bırakılarak, adil yargılanma hakkının sadece ceza muhakemesine ilişkin bir hakmış gibi kabul edilmesi doğru olmamıştı.

Yukarıdaki tespit ve eleştirilerimiz bağlamında, 288. maddenin kapsamına hukuk davalarının da alınması yerinde olmuştur. Nitekim gerek kadük kalan tasarıda gerekse 6352 sy. kanunda aynı şekilde ve “*Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs*” suçuyla oldukça benzer olarak kaleme alınan 288. maddenin “*Görülmekte olan bir dava*” kavramına yer verilmek suretiyle ceza muhakemesi dışındaki davalar da kapsamına alınarak uygulama alanının genişletilmesi öngörülmüştür.

“*dava*”nın ilk soruşturma aşamasını da kapsadığı savunulmuştur. Bkz. Faruk Erem; **Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler**, c. 2, Ankara, 1993, s. 1361’den akt. Taşkın, **a.g.m.**, s. 175-176; Kanımızca 6352 sy. kanunla bu eksikliğin giderilmesi isabetli olmuştur. Zira kıyas ve genişletici yorum yasağı karşısında bu görüşü savunmak olanaksızdı. Bize göre bu dönemde kanun koyucunun 277. maddenin uygulanma alanını 765 sy. TCK’daki gibi “*dava*” ile sınırlandırdığı açıktır. Ayrıca bu dönemde, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun düzenlendiği TCK’nın 288. maddesinde de “*bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümlerle sonuçlanıncaya kadar*” ifadesine yer verilmesi de, TCK’nın 277. maddesinde özellikle davadan söz edildiği görüşümüzü kuvvetlendirmektedir.

⁶⁵⁸ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 377

⁶⁵⁹ Inceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, s. 53

2. Önşart Olarak “Görülmede Olan Bir Dava”

TCK m. 277'nin önceki şeklinde yer alan bir dava bulunması önşartına 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra, gerek TCK m. 277'de gerekse TCK m. 288'de, 765 sy. TCK'nın 232. maddesindeki gibi "*görülmede olan bir dava*"⁶⁶⁰ şeklinde yer verilmiştir.

Fail, suç konusu kapsamındaki kişileri etkilemeye yönelik hareketleri görülmekte olan bir davayla ilgili olarak gerçekleştirmiş olmalıdır⁶⁶¹. Dava sonuçlandıktan sonra bu suçun işlenmesi söz konusu olmaz⁶⁶². Centel'e göre; yasada "*dava*" kavramına yer verilmiş olması nedeniyle, henüz davadan söz edilemeyecek aşamada bu suçun işlenmesi söz konusu olmayacaktır⁶⁶³.

Dava, ceza, özel hukuk, vergi veya idare hukuku alanında olabileceği gibi; eylemin yargılamanın herhangi bir aşamasında işlenmesi de mümkündür⁶⁶⁴. Yurtcan'a göre; bu suç her türlü yargılama sürecinde ve davasında uygulanabilir, bu niteliğiyle genel bir normdur⁶⁶⁵. Yargıtay'a göre de davanın niteliği ve mahkemenin tek hakimli veya toplu mahkeme olmasının önemi yoktur⁶⁶⁶.

Bize göre dava Anayasa Mahkemesi'nde görülen bir parti kapatma davası olabileceği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin yüce divan sıfatıyla yaptığı ceza yargılaması da olabilir. Anayasa Mahkemesi'nde görülen soyut norm denetimi olarak adlandırılan iptal davaları da tartışmaya açık olmakla birlikte kanımızca bu kapsamda değerlendirilebilir. Gerçekten her ne kadar soyut norm denetimi herhangi

⁶⁶⁰ Nitekim kadük kalan tasarıda da söz konusu ifadenin tekrar "*görülmede olan bir dava*" şeklinde değiştirilmesi öngörülmüştü. Bununla birlikte Centel'e göre; önemli olan ortada bir dava bulunması olup bu iki kavram arasında farklılık yoktu. Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapmanı Etkileme Suçu", s. 147; Genel olarak bu görüş doğru olmakla birlikte, aşağıda açıklayacağımız durma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması hali gibi bazı istisnai örnekler bakımından "*görülmede olan bir dava*"dan söz edilmesi daha isabetli olmuştur.

⁶⁶¹ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapmanı Etkileme Suçu", s. 147

⁶⁶² Yargıtay 4. CD E. 1996/8405 K. 1996/9386 T. 10.12.1996 "...*Yargıçtan olumlu sonuçlandırılması istenen davanın yargılamanın bitirilmiş olduğu ve sanıkların eylemlerinde TCY'nin 232. maddesinde yazılı suç öğelerinin oluşmadığı gözetilmeden, yasal olmayan gerekçeye dayanılarak hükümlülük kararı verilmesi...*"

⁶⁶³ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapmanı Etkileme Suçu", s. 148

⁶⁶⁴ **A.g.m.**

⁶⁶⁵ Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliye Karşı Suçlar**, İstanbul Barosu Yayınları, Barış Matbaası, İstanbul, 2010, s. 63

⁶⁶⁶ YCGK E. 2007/5-70 K. 2007/254 T. 27.11.2007 www.kazanci.com ET: 08.02.2012

bir dava ile ilgili olmayıp soyut olarak gerçekleştirilse de⁶⁶⁷, bu yolun Anayasa’da “*dava*” olarak anılması ve norma karşı iptal davası açanlarla normu çıkaranlar arasında bir ihtilaf niteliği taşıması bu düşüncemizi desteklemektedir. Yine somut norm denetimini ifade eden itiraz yolunun da zaten “*görülmekte olan bir davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırılığı*” ile ilgili “*bekletici sorun*” olması⁶⁶⁸ sebebiyle kanımızca suçun önşartı kapsamında değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Bizim katılmadığımız bir görüşe göreyse suçun önşartı kapsamına yalnızca Anayasa Mahkemesi’nin Yüce Divan sıfatıyla yaptığı yargılamalar girmektedir⁶⁶⁹. Daha önce açıkladığımız üzere suçun konusuna yüksek mahkeme hakim ve savcılarını da girdiğinden doğal olarak yüksek mahkemelerin ilk derece mahkemesi olarak veya temyiz merci olarak görev yaptığı herhangi bir dava da bu kapsamda değerlendirilecektir. İstinaf mahkemeleri göreve başladığı takdirde bu mahkemelerde görülen davaların da bu kapsama gireceği şüphesizdir.

Bir tanıma göre⁶⁷⁰ dava; hakkına tecavüz edildiği ileri sürülen kişinin (davacının), mahkemeye başvurarak hakkının mahkeme eliyle (hukuksal) korunmasını istemesidir; böylece, hak mahkeme (diğer deyişle, devlet) eliyle korunmuş olur. Bu tanım aşağıda tartışacağımız uyuşmazlığın hakem adı verilen özel kişiler tarafından çözüldüğü tahkim yargılamasını, bir başka deyişle hakem mahkemesini⁶⁷¹ dışlamaktadır. Özünde çok benzer ancak böyle bir sınırlamaya gitmeyen bir başka tanıma göre de dava, bir başkası (davalı) tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan veya kendisinden haksız bir talepte bulunulan kimsenin (davacının) mahkemeden hukuki koruma (himaye) istemesidir⁶⁷².

Bu suçlar bakımından “*görülmekte olan bir dava*”dan ne anlaşılması gerektiği hangi yargısal faaliyetlerin, TCK m. 277 ve m. 288 anlamında “*görülmekte olan bir dava*” olarak kabul edileceği sorusu son derece önemlidir ve henüz çözülmemiştir. Ceza kanunlarının kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamayacağı ilkesinden

⁶⁶⁷ Özbudun, **a.g.e.**, s. 395

⁶⁶⁸ Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 503

⁶⁶⁹ Taşkın, **a.g.m.**, s. 188

⁶⁷⁰ Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin, Ankara, 1996, s. 178

⁶⁷¹ H. Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Beta, İstanbul, 2009, s. 609

⁶⁷² Bakı Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin, Ankara, 2011, s. 215

hareketle öncelikle görülmekte olan bir dava kavramını olabildiğince dar anlamak gerekeceği kanısında olduğumuzu belirtmeliyiz. Bununla birlikte uygulamanın ne yönde gelişeceği öngörülemez olduğundan bu kavramın kapsamına biraz olsun ayrıntılı temas etmekte yarar görüyoruz. Bu yüzden bu maddeler anlamında “*görülmekte olan bir dava*” olup olmadığı tartışmalı olabilecek ve sorun yaratabilecek bir takım yargısal faaliyetlerin hukukumuzdaki niteliğini ve neden “*görülmekte olan bir dava*” olarak kabul edilmemesi gerektiğini aşağıda ele almaya çalışacağız.

3. Önşart Olarak “*Görülmekte Olan Bir Dava*”nın Kapsamı Dışında Kalan Konular

a. Çekişmesiz Yargı Faaliyeti

Bu bağlamda öncelikle çekişmesiz yargı (nizasız kaza) faaliyetinin “*görülmekte olan bir dava*” olmadığını tespit etmek gerekir. Gerçekten mahkemeler önünde görülen her işin bir dava olmadığı ortadadır. Hukuk muhakemesinde yargı çekişmeli (nizalı) ve çekişmesiz (nizasız) yargı olarak ikiye ayrılmak suretiyle incelenmektedir. Hukukumuzda çekişmesiz yargı işleri yeni HMK’den önce bazı ülkelerdeki gibi ayrı bir kanunla veya usul kanunu içerisinde derli toplu biçimde belirlenerek düzenlenmemiş olup, çekişmesiz yargıya ilişkin düzenlemeler özellikle Medeni Kanun, Borçlar Kanunu, Ticaret Kanunu gibi çeşitli kanunlarda dağınık olarak yer almaktaydı⁶⁷³. Hukukumuzdaki bu dağınıklığın çözümünde ayrı bir Çekişmesiz Yargı Kanunu ile değil yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 382. maddesinde “*Çekişmesiz Yargı İşleri*” başlığı altında düzenleme getirilmesi yolu tercih edilmiştir⁶⁷⁴. Ancak HMK m. 382’de tek tek sayılan bu haller sınırlı sayıda değildir.

HMK yasalaşmadan önce, doktrinde çekişmeli yargıyla çekişmesiz yargıyı ayırmaya yarayan çeşitli ölçütlerden söz edilmiştir. İhtilaf ve hasım yokluğunun başını çektiği bu ölçütlerin hiçbiri, hukukumuzda ihtilafın var olduğu ancak çekişmesiz yargı alanına giren işler bile söz konusu olabildiğinden, bütün durumlar için tek başına ve kesin olarak belirleyici değildir. Gerçekten mutlak anlamda bir

⁶⁷³ Gülcan Sunar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Basit Yargılama Usulü ve Çekişmesiz Yargı Hakkındaki Maddelerinin Değerlendirilmesi”, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi (22-29 Mart 2008 tarihlerinde Kadir Has Üniversitesi’nde Düzenlenen Toplantı)**, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 225-226

⁶⁷⁴ A.g.m.

çekişmesizlik her zaman söz konusu olmayabilir, uyuşmazlığın bulunmaması çekişmesiz yargıyı belirleyen ölçütlerden sadece biridir⁶⁷⁵. Çekişmesiz yargıyı belirleyen ölçütler HMK'nın 382. maddesinde ilgililer arasında uyuşmazlığın bulunmaması, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmaması ve hakimin re'sen harekete geçtiği haller olarak sayılmıştır. Bu ölçütlerden birine veya birkaçına giren işler çekişmesiz yargı işleridir. Bununla birlikte hakimin re'sen harekete geçtiği hallerin çekişmesiz yargı sayılabilmesi için diğer ölçütlerden birinin de bulunması gerektiği söylenmiştir⁶⁷⁶. Ayrıca HMK tasarısı zamanında bu ölçütler arasına karşılaştırmalı hukuku takiben koruma-yardım amacı taşıyan haller olarak dördüncü bir ölçütün de eklenmesi önerilmiştir⁶⁷⁷.

Aslında çekişmesiz yargının mahkemelerde görülmesi sebebiyle bir yargılama faaliyeti olduğu söylenmiştir⁶⁷⁸. Bununla birlikte bazı çekişmesiz yargı işlerinin yargısal karakteri, bazılarının ise idari işlem karakterinin daha baskın olduğu, bu bağlamda çekişmesiz yargı işlerinin niteliğinin tartışmalı olduğu da ifade edilmiştir⁶⁷⁹.

Kuru/Arslan/Yılmaz'a göre⁶⁸⁰; "...dava iki taraf sistemine göre kurulmuştur. Çekişmesiz yargıda ise birbirleriyle uyuşmazlık (çekişme) halinde olan iki taraf yoktur. Bu nedenle çekişmesiz yargı işleri için, dava, hasımsız dava veya tek taraflı dava terimlerinin kullanılması yanlıştır." Gerçekten çekişmeli yargıyı ifade eden en önemli kavramın "dava" olduğu söylenmiştir⁶⁸¹. Bize göre de kanunda "dava" kavramı ile ifade edilen, çekişmesiz yargı (nizasız kaza) değil; nizalı kaza yani çekişmeli yargıdır. Nitekim TCK m. 277'de "davanın taraflarından birinin" ifadesinin kullanmış olması ve ayrıca etkilemenin bunların "lehine veya aleyhine" olmasının aranması da, bu hükmün hukuk muhakemesinde ihtilafın ve hasmın olduğu çekişmeli (nizalı) yargı bakımından uygulanma alanı bulacağı, ancak çekişmesiz yargı işlerine uygulanamayacağı görüşümüzü destekler niteliktedir.

⁶⁷⁵ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 79-80

⁶⁷⁶ **A.g.e.**, s. 80

⁶⁷⁷ Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren Yıldırım, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, İstanbul Barosu Yayınları, Ufuk Matbaası, İstanbul, 2006, s. 196

⁶⁷⁸ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 79

⁶⁷⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **a.g.e.**, s. 51

⁶⁸⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 71

⁶⁸¹ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 80

Nitekim çekişmesiz yargıda tarafların yani davalı ve davacının da yeri olmadığı, çekişmesiz yargıda “*taraflar*”dan söz edilmeyip “*ilgililer*” teriminin kullanılması gereği⁶⁸² HMK’da “*ilgililer*” terimine yer verilmek suretiyle benimsenmiştir⁶⁸³. Bize göre açıkladığımız nedenlerle çekişmesiz yargı faaliyeti çerçevesinde yargı görevi yapanın, bilirkişinin veya tanığın etkilenmeye çalışılması halinde TCK 277’deki suçun oluşmayacağı açıktır. Aynı sonuca TCK m. 288’deki suç bakımından da varılması gerekir. Bu noktada 277. maddeye çok büyük oranda benzer olarak düzenlenmiş ve özel norm niteliğindeki 288. maddedeki suç bakımından etkilemenin “*davanın taraflarından birinin*” “*lehine veya aleyhine*” olması ibaresine açıkça yer verilmemesi kanımızca tereddüt uyandırmamalı ve farklı bir sonuca varmanın gerekçesi olmamalıdır.

Bu bağlamda çekişmesiz yargıda iki taraf olmasa da çekişmesiz yargı faaliyetleri sonucunda da yargılamada taraf olmayan üçüncü kişiler aleyhine bir durum yaratılabileceği (örneğin bazı mirasçıların saklanarak mirasçılık belgesi alınması) ve böylece maddenin koruduğu hukuki değer ihlal edilebileceği ancak çekişmesiz yargı faaliyetleri suç tanımına girmediğinden böyle bir fiilin cezalandırılmayacağı söylenmiştir⁶⁸⁴. Bize göre çekişmesiz yargıda verilen kararlar kural olarak şekli bakımdan kesinleşmeye elverişli oldukları halde, maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmayıp mirasçılık belgesi örneğinde olduğu gibi her zaman değiştirilebileceğinden⁶⁸⁵, çekişmesiz yargı işlerinin suç tiplerinin kapsamı dışında bırakılması bir eksiklik olarak düşünülemez. Aksine ceza hukukunun ultima ratio yani son çare olması ilkesi sebebiyle suçların kapsamını bu denli genişletmemenin yerinde olduğu da söylenebilir.

⁶⁸² Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 217

⁶⁸³ Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 80

⁶⁸⁴ Silahçioğlu, **a.g.m.**, s. 3050

⁶⁸⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 693; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 556; Pekcanitez/ Atalay/Özekes, **a.g.e.**, s. 84

b. İcra Takipleri

Çekişmesiz yargı işleri gibi, icra takiplerinin de⁶⁸⁶ kendi başlarına görülmekte olan bir dava kapsamına girmeyeceği söylenmelidir. Nitekim icra dairelerinin işlevlerinin de yargısal bir işlev olduğundan söz edilemez⁶⁸⁷. Ancak doğacak ihtilafların icra mahkemesi önüne geldiği noktada bize göre artık şikayet ve itirazların kesin hükme bağlanması sebebiyle görülmekte olan bir davadan söz edilebilir⁶⁸⁸. Bununla birlikte bu kararların ihalenin feshi ve istihkak davaları gibi istisnalar hariç kural olarak maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmemesi karşısında⁶⁸⁹, bu davaların TCK m. 277 ve m. 288 kapsamına girmemesi gerektiği de tartışılabilir.

c. Meslekten Hakim İlkesinin İstisnaları

Bir dava kapsamına girip girmediği tartışılması gereken bir diğer yargılama türü de tahkim yargılamasıdır. Yargı görevinin meslek mensubu hâkimler eliyle yürütülmesini ifade eden “*meslekten hâkim ilkesi*”nin hukukumuzdaki istisnalarından birisi tahkimdir. Bir diğeri ceza muhakemesi bakımından ilgili yerlerde ele alacağımız uzlaşma kurumudur⁶⁹⁰. 6325 sy. “*Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu*”⁶⁹¹ da 07.06.2012 tarihinde kabul edilerek bu ilkeye yeni bir istisna getirmiştir.

⁶⁸⁶ Üstündağ’a göre; “*Cebri icra muhakemesi, nizalı kaza faaliyetine ait olmakla beraber, davadaki nizalı kaza faaliyetinden teşkilat bakımından tamamıyla ayrılmış bulunmaktadır. Buraya yani, cebri icra organlarına, icra dairesi ile icra mahkemesi(eski icra tetkik mercii) dahil olur. Bu cebri icra organları, yargılama faaliyetinde bulunan organlardan tamamıyla farklı olup; kaide olarak da bağımsızdırlar. Mahkemeler cebri icra konusunda tedbirler almaya istisnaen yetkilidirler. Her iki muhakemenin vazifeleri de farklı olduğu için cebri icra ile ilgili veya ondan çıkan bütün ihtilaflar özel bir muhakeme ile çözümlenir.*” Saim Üstündağ, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 9; ayrıca yazara göre; “*Cebri icra faaliyeti, bir kamusal faaliyettir. İcra organlarının işlemleri, tedbirleri bir kamu hukuku tasarrufudur. Ancak bu organların kararları kazai midir? Yani icra memurları idari mi? Yoksa adli bir memur olarak mı nitelendirilmelidir? İcra memurlarının vazifeleri, faaliyetleri çok çeşitlidir. Bunların faaliyetlerinde hususi hukuk meseleleri büyük rol oynar. Halbuki kaide olarak bu işler esasta hakime havale edilmiştir. İcra memurları hatta nizasız kazaya ilişkin işlerde de yetkilidirler. Ayrıca yine icra memurları sırf idari nitelikteki vazifeler ile de yükümlüdürler. Bu sebeple de sorulacaktır; bunlar acaba kazai mi? Yoksa idari kuvvete mi? Mensup olacaklardır. Bazı müelliflere göre bunlar, kazai faaliyetin karakteristiği olan vicahi muhakemeyi tatbik etmedikleri için idari bir memur olarak tavsif edilmelidirler. Bununla beraber ortaya atılan bu meselenin pratik bir önemi de yoktur.*” **A.g.e.**, s. 11-12

⁶⁸⁷ Aksel, **a.g.e.**, s. 176

⁶⁸⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 791

⁶⁸⁹ **A.g.e.**, 792

⁶⁹⁰ Aksel, **a.g.e.**, s. 31

⁶⁹¹ <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6325.html> ET: 30.12.2012

Bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş iki tarafın anlaşarak, bu uyuşmazlığın çözümlenmesini hakem adı verilen özel kişilere bırakmalarına ve uyuşmazlığın bu özel kişiler tarafından incelenip karara bağlanmasına tahkim denir⁶⁹². Hakemler kendilerine havale edilen davayı görmek hususunda herhangi bir resmi sığata sahip değildir⁶⁹³. Fakat taraflar uyuşmazlığı onlara havale etmekle hakemlerin verecekleri karara razı olmuşlar ve hakemler o uyuşmazlık (dava) bakımından sanki bir mahkeme olmuştur⁶⁹⁴. Bu nedenle hakemlere hakem mahkemesi de denilmektedir⁶⁹⁵.

Tahkim sadece, çekişmeli yargıya giren hukuk uyuşmazlıkları hakkında mümkündür⁶⁹⁶. Cezai veya idari yargıda ve hatta çekişmesiz yargıda tahkim caiz olmamakla birlikte, uygulamada idari sözleşmelere bazen tahkim şartı da konulmakta ve bunlardan doğan uyuşmazlıklarla ilgili olarak hakem mahkemelerinde dava açılmaktadır⁶⁹⁷.

Bize göre tahkimin çekişmeli yargı bakımından mümkün olması, tahkim yargılamasından doktrinde bir dava olarak, hakemlerden ise meslekten hakim ilkesinin istisnası olarak söz edilmesi ve hakimin reddi gibi kurumların⁶⁹⁸ kanuna göre hakemler hakkında da uygulanabilmesi, yine TCK anlamında “*yargı görevi yapan*” olarak kabul edilen avukatların ve ayrıca bilirkişi ve tanıkların da tahkim muhakemesinde de yer alabilecek olmaları karşısında 277. ve 288. maddelerdeki “*görülmekte olan bir dava*” kavramının kapsamına tahkim yargılamasının da girebileceği söylenebilir. Hatta suçların konusu kapsamına girdikleri için avukatlar, bilirkişiler veya tanıklar bakımından tahkim yargılamasında bu suçların işlenebileceği bile ileri sürülebilir. Bununla birlikte suçun konusuna hakemler girmeyeceği için, tahkim yargılaması TCK m. 277 ve m. 288 anlamında görülmekte olan bir dava olarak kabul edilse bile bu suçların oluşmayacağı sonucuna varılmalıdır. Zira kanun koyucunun iradesinin bir tahkim yargılamasında hakemleri suçların konusu dışında bırakıp avukatları, bilirkişileri veya tanıkları bu kapsamda

⁶⁹² Ayrıntılı bilgi için Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi**, İstanbul, 1973'den akt. Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 816

⁶⁹³ **A.g.e.**

⁶⁹⁴ **A.g.e.**

⁶⁹⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 816; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 609

⁶⁹⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 817

⁶⁹⁷ **A.g.e.**

⁶⁹⁸ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 614-615

kabul etmek veya bu suç tiplerine bu kadar geniş bir uygulama alanı tanımak yönünde olmayacağı açıktır.

d. Uluslararası Mahkemelerde Görülen Davalar

Bir diğer tartışılması gereken husus İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde⁶⁹⁹ görülen davaların TCK m. 277 ve m. 288 anlamında “*görülmekte olan bir dava*” olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.

Gözübüyük/Gölcüklü'nün⁷⁰⁰ de ifade ettiği üzere İnsan Hakları Avrupa Komisyonu ile İnsan Hakları Avrupa Divanı'nın birleşip sistemin tek organlı hale gelmesiyle sözleşmenin koruma sistemi tamamen yargısal nitelik kazanmıştır. Bu nitelik iç tüzüğün ilgili maddelerinde öngörülen vicahilik, sözlülük ve aleniyet gibi ilkelerle de ortaya konmaktadır⁷⁰¹.

5271 sy. CMK'nın “*Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi nedenleri*”ni düzenleyen 311. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde; bir ceza hükmünün, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması, hükümlü lehine bir yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, İHAM kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

Benzer şekilde HMK'nın 375/1-1 bendinde ve İYUK'un 53. maddesinin 1. fıkrasının, 15.07.2003 tarihli ve 4928 sy. kanunla ek 1 bendinde kararın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak düzenlenmiştir.

⁶⁹⁹ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanmıştır. Onay işlemine ilişkin 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı kanunun mecliste kabulü ve 18 Mayıs 1954'de onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne verilmesiyle sözleşme Türkiye açısından yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Sözleşme'ye karşı Türkiye'nin ilgisinin artması ise, 28 Ocak 1987'de, Türkiye'nin bireysel başvuru hakkını tanıması ile olmuştur. Böylece Türkiye'nin yetki alanı içinde bulunan herkesin, Türkiye'yi Komisyon'a şikâyet edebilmesi yolu açılmış, 22 Ocak 1990'da ise Türkiye o mahkemenin zorunlu yargı yetkisini (o tarihte eski m. 46'ya göre ihtiyari olan) tanımış ve sözleşme ülkemiz açısından tam olarak işler konuma gelmiştir. Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 18-24

⁷⁰⁰ Gözübüyük/Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 29

⁷⁰¹ **A.g.e.**

Bize göre çekişmeli (nizalı) yargı özelliği gösteren, iç hukukumuz bakımından Anayasa m. 90 gereği kanunlardan üstün konumda bulunan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediği kararını veren ve Türkiye'nin yargı yetkisini kabul etmiş olduğu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde görülen davaların, sadece bu sebeplerle bile TCK'nın 277. ve 288. maddelerinde öngörülen “*görülmekte olan bir dava*” kapsamına girmesi gerekeceği düşünülebilirse bile bu suçların kapsamını bu denli geniş yorumlamak, ceza kanunlarının dar yorumlanma gereğiyle, suçta ve cezada kanunilik evrensel ilkesiyle ve bunun düzenlendiği. TCK'nın 2. maddesinin 3 fıkrasında; “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*” şeklinde öngörülen kıyas ve genişletici yorum yasağıyla bağdaşmaz.

Gerçekten İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak öngörülmesi, ilk bakışta kafa karıştırıcı olsa da bize göre İHAM önünde görülen Türkiye'nin taraf olduğu davaların 277. ve 288. maddeler kapsamında değerlendirilmesine imkan vermez. Şöyle ki yargılamanın yenilenmesi hukukumuzda öngörüldüğü bütün yargı kolları bakımından ancak kesin hükümden sonra söz konusu olabilecek ve zorunlu olarak gidilecek değil İHAM kararının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içerisinde lehine karar çıkan kişinin tercihine bağlı olarak gidilebilecek olağanüstü bir kanun yoludur. Dolayısıyla ortada bu aşamada iç hukukumuz anlamında “*görülmekte olan bir dava*” kalmamıştır.

Kanımızca yine bu açıdan “*görülmekte olan bir dava*” kavramının “*yargı görevi yapanlar*” kavramından bağımsız olarak değerlendirilmesi doğru değildir. Nitekim TCK'nın tanımlar başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde “*Yargı görevi yapanlar*”ın yüksek mahkemeler, adli, idari, askeri mahkemeler üye ve hakimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar olarak tanımlandığını ve bu kişilerin iç hukukumuz anlamında değerlendirilmesi gerektiğini daha önce ifade etmiştik. Bu sebeple her ne kadar Türk Hukuku anlamında avukat olan kişiler İHAM önünde görülen davalarda da avukat olarak görev yapabilmekte olup, yine İHAM'da görev alan bazı hâkimler Türk olsa da, 277. ve 288. maddeler anlamında bu kişilerin “*yargı görevi yapan*”, İHAM önünde görülen davaların da “*görülmekte olan bir dava*” olarak kabul edilmemesi gerekir. Gerçekten İHAM önünde görülen davalar

“*görülmede olan bir dava*” olarak kabul edilirse, bu defa da Türkiye’nin taraf olduğu davalar, olmadığı davalar bakımından veya Türk yargı görevi yapanların (avukatlar, hakimler) bulunup bulunmadığı davalar bakımından bir değerlendirme ve tartışma yapılması gerekecek olup, bu tartışmaysa birer ceza normu olan 277. ve 288. maddelerin kapsamını son derece genişletip, belirsizleştirecektir. Görüşümüzü destekler son bir gerekçe de Türkiye’nin bu davalarda taraf olabilecek olması sebebiyle ve Türk avukatların duruma göre bazen Türkiye’yi, bazense Türkiye’yi şikayet eden başvuruçuyu savunabilecekleri, ayrıca Türkiye’yi savundukları durumlarda Türk kamu görevlilerinden yerine göre bilgi, emir ve talimat alabilecekleri hususudur. Özetle, İHAM’ın Türkiye’nin yargı yetkisinin dışında bir uluslar arası mahkeme olmasının sonucu olan bu gerekçelerle, İHAM önünde görülen davaların 277. ve 288. maddeler anlamında “*görülmede olan bir dava*” olarak kabul edilemeyeceği açıktır.

Benzer bir soru Uluslar arası Ceza Mahkemesi’nde görülen davalar bakımından da sorulabilir. Yukarıdaki açıklamalarımız paralelinde Türkiye Uluslar arası Ceza Mahkemesi’nin yargı yetkisini kabul etse ve TCK m. 277 ve m. 288 anlamında bunların da “*görülmede olan bir dava*” olarak kabul edilmesi söz konusu olsa bile yargı görevi yapan kavramı ulusal yargı yetkisi ile birlikte düşünöldüğünde burada görülen davaların TCK m. 277 ve m. 288 kapsamında kalmayacağı açıktır.

TCK m. 277 ve m. 288 anlamında davadan ne anlamak gerektiğini, hangi hukuki uyuşmazlık ve işlerin dava olduğunu hangilerinin ise dava olmadığını yukarıda ayrıntılı olarak ve çeşitli olasılıkları değerlendirerek açıklamaya çalıştık. Şimdi ise bu verilerden hareketle TCK m. 277 ve m. 288 anlamında bir davanın ne zaman açılmış ve sonuçlanmış sayılacağını, bir başka deyişle ne zaman “*görülmede olduğunu*” değerlendirmek gerektiğini düşünöyoruz.

4. Önşart Olarak “Görülmede Olan Bir Dava”nın Başlangıcı ve Sonu

a. Hukuk Muhakemesi Bakımından

1) Davanın Açılma Zamanı

Hukuk davaları bakımından HMK'nın “*Davanın açılma zamanı*” kenar başlıklı 118. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre; “*Dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır.*”. Ancak uygulamada dava dilekçesinin hakim tarafından mahkeme kalemine havale edilmesi, gerekli harçların hesaplanarak vezneye yatırılması ve daha sonra dilekçenin kaleme verilerek esas defterine kaydı işlemlerinin aynı gün yapılmadığı hallerde davanın açılma zamanı tereddütlere yol açmaktadır⁷⁰².

Harca tabi olmayan davalar bakımından davacı, dava dilekçesini hakime verdikten sonra, dava dilekçesinin esas defterine kaydedilmesi için kendisine düşen görevi yerine getirmiştir⁷⁰³. Bu aşamada hakimin dava dilekçesinin kendisine verildiği tarihi tasdik ettikten sonra dilekçeyi kaleme havale etmesi ve derhal mübaşir gibi bir mahkeme görevlisi vasıtasıyla mahkeme kalemine göndermesi gerekir⁷⁰⁴. Bunun üzerine dava dilekçesi herhangi bir sebeple dilekçenin havale edildiği gün esas defterine kaydedilmemişse veya geç kaydedilmişse, davacının artık dilekçe üzerinde tasarrufu kalktığından; bu durumun davacı aleyhine sonuç doğurmaması ve davanın havale tarihinde açılmış sayılması gerekir⁷⁰⁵. Gerçekten farklı uygulamalara yol açan bu durum Yargıtay'ın HUMK zamanında verdiği 1984 tarihli bir içtihadı birleştirme kararıyla çözülmüş, harca tabi davalarda harcın yatırıldığı tarih, harca tabi olmayan davalarda ise dilekçenin hakim tarafından kaleme havale edildiği tarih davanın açıldığı tarih olarak kabul edilmiştir⁷⁰⁶. Ancak davacının harcın yatırıldığı tarihten veya havale tarihinden sonraki bir tarihte dava dilekçesini kaleme verdiği kalem tarafından belgelendirilmişse, bu durumda harç veya havale tarihinde değil, dilekçenin kaleme verildiği tarihte dava açılmış sayılır⁷⁰⁷. Dilekçenin mahkemede

⁷⁰² Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 335

⁷⁰³ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 303

⁷⁰⁴ **A.g.e.**

⁷⁰⁵ **A.g.e.**

⁷⁰⁶ Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, **a.g.e.**, s. 336

⁷⁰⁷ **A.g.e.**

kayıt edildiği tarihte, bu aşamadan sonra kalemdeki gecikmelerden etkilenmemesi için bir alındı belgesi verilir⁷⁰⁸. Bilgisayar kullanan mahkemelerdeyse uygulamada tartışmalı olmakla birlikte dava dilekçesi hakim havalesi ve denetiminden geçmeden harç işleminden sonra doğrudan tevzi bürosu bilgisayarına kayıt edilerek davalar açılmaktadır⁷⁰⁹. Bu durumda Yönetmeliğin 18a maddesine göre tevzi bürosu bilgisayarına kayıt tarihi davanın açıldığı tarih olarak kabul edilir, davacıya bir kayıt fişi verilir⁷¹⁰.

2) Davanın Sonu

Hukuk muhakemesinde yukarıdaki şekilde açılmış sayılacağını açıkladığımız dava bir nihai kararla son bulacaktır. Doktrinde kararlar ara kararlar ve nihai kararlar olmak üzere öncelikle ikiye ayrılarak incelenmektedir. Ara kararlar yargılamaya son vermeyen, aksine onu yürütmeye, ilerletmeye yarayan kararlardır⁷¹¹. Yargılamaya son veren hâkimin davadan elini çekmesi sonucu doğuran nihai kararlar ise usule ilişkin nihai kararlar, davanın konusuz kalması halinde verilen kararlar ve esasa ilişkin nihai kararlar olmak üzere üçe ayrılır⁷¹². Usule ilişkin nihai kararlar, taraflar arasındaki uyuşmazlığı (davayı) çözmeyen, dava konusu (talep sonucu) hakkında bir kararın verilmediği görevsizlik, yetkisizlik, davanın açılmamış sayılmasına, davanın usulden reddine ilişkin kararlar gibi kararlardır⁷¹³. Davayı esastan çözümlen, taraflar arasındaki uyuşmazlığı sona erdiren nihai kararlara ise esasa ilişkin nihai kararlar veya kısaca hüküm adı verilmektedir⁷¹⁴. Bununla birlikte doktrinde usule ilişkin nihai kararlara usuli hüküm de denilmektedir⁷¹⁵.

Hükümlerin kesinleşmesiyle doktrinde şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm olarak ikiye ayrılmak suretiyle incelenmektedir. Şekli anlamda kesin hüküm veya bir hükmün şekli anlamda kesinliğe sahip olmasıyla anlatılmak

⁷⁰⁸ **A.g.e.**

⁷⁰⁹ **A.g.e.**

⁷¹⁰ **A.g.e.**

⁷¹¹ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 467

⁷¹² **A.g.e.**, s. 468

⁷¹³ **A.g.e.**, s. 470

⁷¹⁴ **A.g.e.**, s. 469

⁷¹⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 436

istenen, o hükmün aleyhine herhangi bir olağan kanun yoluna başvurulamamasıdır⁷¹⁶.

Maddi anlamda kesin hükümden söz edebilmek için şekli anlamda kesin hükmün varlığı zorunlu bir ön şarttır⁷¹⁷. Maddi anlamda kesinlik, yargısal kararlara tanınan yasal gerçeklik niteliğidir⁷¹⁸. Bu yasal gerçeklik niteliğinin sonucu olarak aynı dava tekrar açılmaz, bir başka deyişle aynı taraflar arasında, aynı dava konusu hakkında ve aynı dava sebebine dayanılarak tekrar dava açılmaz⁷¹⁹. Şekli anlamda kesin hüküm yalnız açılmış olan somut dava bakımından uyuşmazlığı sona erdirdiği halde, maddi anlamda kesin hüküm geleceğe yönelik ve devamlı olarak bu sonucu meydana getirir⁷²⁰.

b. Ceza Muhakemesi Bakımından

1) Kamu Davasının Açılma Zamanı

CMK'nın 175. maddesine göre, iddianamenin kabulüyle kamu davası açılmış olur ve kovuşturma evresi başlar. Gerçekten CMK'nın tanımlar başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının f bendinde kovuşturma evresi; *“İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre”* olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda ceza muhakemesi bakımından henüz kamu davası açılıp açılmayacağını belli olmadığı ve CMK'nın tanımlar başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının e bendinde; *“Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre”* olarak tanımlanan ceza muhakemesinin soruşturma evresinde henüz ortada *“görülmekte olan bir dava”* yoktur.

⁷¹⁶ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.** , s. 684; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 554

⁷¹⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.** , s. 686; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 553

⁷¹⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.** , s. 686

⁷¹⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 557

⁷²⁰ Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.** , s. 686

2) Kamu Davasının Sonu

a) Genel Olarak

Kovuşturma evresi CMK'nın 2. maddesindeki tanımda da ifade edildiği gibi iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesiyle sona erer. Bir başka deyişle kamu davası hükmün kesinleşmesiyle sona erecektir. Hüküm CMK'nın “*Duruşmanın sona ermesi ve hüküm*” kenar başlıklı 223. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve davanın düşmesi kararları hükümdür. Maddenin 10. fıkrasına göre adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır. Hükümün kesinleşme anını “*kararın yargılaşıma anı*” olarak açıklayan Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre; hüküm ya verildiği anda herhangi bir olağan kanun yolu öngörülmediğinden kesindir, ya da olağan kanun yoluna gidilmemesi (haktan vazgeçme veya sürenin geçirilmesi), kanun yoluna gidilip geri alınması veya kanun yolu davasının reddedilmesiyle kesinleşir⁷²¹.

Gerek yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs gerekse de adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suç tiplerinin sağladığı koruma hükmün kesinleşmesiyle sona erdiğinden kesinleşmiş hükme karşı başvurulabilen olağanüstü kanun yolları aşamasında bu suçların işlenmesi olanaksızdır. Bizim katılmadığımız ve gerekçesiz bir görüşe göre ise hüküm kesinleştikten sonra olağanüstü kanun yollarına başvurulması bakımından da bu suçların işlenebileceği düşünülmelidir⁷²². Diğer yandan olağanüstü kanun yolları sonrasında yeniden bir kovuşturma yapılırsa bu durumda kovuşturmanın başladığı andan itibaren yeniden bu suç tiplerinin sağladığı korumanın ortaya çıkacağı açıktır⁷²³.

b) “Durma” Kararı Hüküm Değildir

Burada bir başka noktaya daha dikkat çekmek istiyoruz. 223. maddenin ilk fıkrasında sayılmamakla ve aslında teknik anlamda hüküm niteliğinde olmamakla

⁷²¹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu, **a.g.e.** , 1. Kitap, s. 469

⁷²² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 7985

⁷²³ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 377

birlikte, hüküm çeşitlerini düzenleyen 223. maddenin 8. fıkrasında “*durma kararı*” da düzenlenmiştir. 223. maddenin 8. fıkrasına göre; “*Türk Ceza Kanununda öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir. Bu karara itiraz edilebilir.*”

Durma kararının teknik anlamda hüküm niteliğinde olmadığı konusunda doktrinde görüş birliği vardır. Nitekim Hakeri/Ünver’e göre⁷²⁴; durma kararı uyuşmazlığı kesin ve son olarak çözen bir son karar (hüküm) değildir. Özbek/Bacaksız’a göre de⁷²⁵, durma kararı yargılamayı sona erdirmedüğinden ve bu karara itiraz edilebildiğinden teknik anlamda hüküm değildir. Durma kararının bu şekilde hüküm çeşitlerinden biri olmadığı halde 223. maddenin 8. fıkrasında düzenlenmesi doktrinde eleştiriye uğramıştır. Donay’a göre; 223. maddede hüküm çeşitleri düzenlendiğinden ve durma kararı da bir hüküm olmadığından veya duruşmayı bitirmediğinden, maddenin 8. fıkrasının yasa yapma tekniği açısından bu maddede bulunmaması gerekirdi⁷²⁶.

Bize göre de durma kararı aslında teknik anlamda bir hüküm olarak nitelendirilemeyeceği için durma kararına karşı itiraz edilse ve itiraz reddedilse bile; şart gerçekleştiği takdirde durma kararı ortadan kalkacağından durma kararı verildiği durumlarda, durma süresince TCK m. 277 ve m. 288’deki suçların işlenmesinin olanaklı olabileceği düşünülebilir. Gerçekten TCK m. 277’nin önceki şeklinde “*görülmekte olan bir dava*” yerine yalnızca “*bir dava*”dan söz edilmesi sebebiyle böyle bir sonuca ulaşmak teorik olarak mümkündür. Bundan böyle 277. ve 288. maddelerde “*görülmekte olan bir dava*”dan söz edilmesi karşısında bu sonuca ulaşmak doğru olmaz. Gerçekten durma süresince görülmekte olan bir dava değil askıda olan bir dava söz konusu olduğundan bu süre içerisinde bu suçların işlenemeyeceği sonucuna varılması daha uygundur.

⁷²⁴ Hakeri/Ünver, **a.g.e.**, s. 296

⁷²⁵ Özbek/Bacaksız, **CMK İzmir Şerhi**, s. 868-869

⁷²⁶ Donay, **CMK Şerhi**, s. 352

c) Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Yine bu bağlamda CMK'ya 06.12.2006 tarihli 5560 sy. kanunla giren hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna temas etmekte fayda vardır. CMK'nın "*Hükümün açıklanması ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması*" kenar başlıklı 231. maddesinin 5. fıkrasına göre; "*Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükümün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.*" CMK m. 231/8'e göre hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur. CMK m. 231/10'a göreyse; denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir. Aksi durumda yani denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle aykırı davranılması halinde CMK m. 231/11'e göre, mahkeme hükmü açıklar. Her iki ihtimal bakımından düşmeye veya mahkûmiyete ilişkin hükümlerin CMK m. 223/1 anlamında hüküm olduğu ve yukarıda açıkladığımız şekilde kesinleşmelerinden sonra kesin hüküm niteliğini taşıyacakları açıktır.

Ancak görüldüğü gibi hükümün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde belirlenen denetim süresi içerisinde CMK düzenlemesine göre bir hükümün varlığından söz edilemez. Bu yüzden hükümün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde denetim süresi içerisinde bu suçların işlenmesinin teorik olarak olanaklı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte bu süreç içerisinde görülmekte olan bir dava değil askıda olan bir dava söz konusu olduğundan denetim süresi içerisinde bu suçların işlenemeyeceği sonucuna varılması daha uygundur. Aslında suçların önşartı olarak "*bir dava*"dan söz eden TCK m. 277'nin eski düzenlemesinin mülga TCK'nın 232. maddesindeki "*görülmekte olan bir dava*" ifadesinden büyük bir farkı olmadığı düşüncesindeyiz. Bununla birlikte durma kararı ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması gibi istisnai örnekler bakımından, 6352 sy. kanunla bu ifadenin "*görülmekte olan bir dava*" olarak değiştirilmesi daha uygun olmuştur.

c. Anayasa Mahkemesinde Görülen Davalar Bakımından

1) Davanın Açılma Zamanı

a) İptal Davaları ve İtiraz Yolu

6216 sy. ve 30.03.2011 tarihli Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*İptal davası açılmasında temsil ve uyulması gereken esaslar*" başlıklı 38. maddesinin 3. fıkrasına göre; "*İptal davası, Anayasa değişiklikleri ile kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün veya bunların belirli madde ya da hükümlerinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile iptalini ihtiva eden dava dilekçesinin Genel Sekreterlikçe, Yazı İşleri Müdürlüğüne havale edildiği tarihte açılmış sayılır. Davayı açanlara Genel Sekreterlikçe başvurunun kayda alındığına dair bir belge verilir.*"

Bu hükme göre; Anayasa Mahkemesi'nde açılacak iptal davaları bakımından hukuk davalarından farklı olarak dava dilekçesinin "*dava dilekçesinin kaydedildiği tarih*" değil "*Yazı İşleri Müdürlüğüne havale tarihi*" davanın açılmış sayılacağı tarih olarak kabul edilmiştir. Kural bu olmakla birlikte kanunun "*Eksikliklerin tamamlattırılması ve görüş bildirme*" kenar başlıklı 39. maddesi hükümlerine göre dava dilekçesinin, 38. maddede gösterilen şartları taşıyıp taşımadığının Anayasa Mahkemesince kayıt tarihinden itibaren on gün içinde incelenmesi üzerine, eksiklikler varsa bunların bir kararla saptanarak onbeş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması için ilgilere tebliğ olunması ve fakat bu süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması halinde Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verilerek, ilgililere tebliğ olunması öngörülmüştür.

Burada 38 ve 39. maddelerin ilgili hükümlerine göre davanın açılmış sayılacağı ve açılmamış sayılacağı tarihler arasında ortada görülmekte olan bir dava bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Bir başka deyişle Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun m. 38/3'e göre açılmış sayılan davanın, açılmamış sayılması yönünde 39. maddenin 3. fıkrasına göre vereceği karar geriye etkili olacak mıdır, yoksa karar tarihinden ileriye yönelik olarak mı hüküm doğuracaktır?

1982 Anayasası'nın 153. maddesinin 5. fıkrası ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 66/2 hükümleriyle Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararlarının geriye yürümeyeceği açık olarak düzenlenmiştir. Ancak burada söz konusu olan bir iptal kararı değildir. Burada kanımızca Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun vereceği karar, davanın baştan itibaren açılmamış sayılması sonucunu doğuracaktır. Zira 38. maddenin 3. fıkrasına göre davanın açılmış sayılacağı tarih ancak 39. maddenin ilgili hükümlerine göre Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme sonucu bir eksiklik bulunmaması veya bulunan eksikliğin verilen süre içerisinde tamamlanması halinde hüküm ifade edecek aksi takdirde dava Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu'nun vereceği karar üzerine açılmamış sayılacaktır. Bize göre; aradaki inceleme süresinde ve eksiklik bulunması halinde verilen süre içerisinde "*davanın açılması*" hususu henüz askıdadır. Bu askı süresi içerisinde yapılan etkilemeye yönelik hareketler ancak inceleme süresi sonunda eksiklik bulunmaması veya eksiklik bulunması halinde verilen süre sonunda eksikliğin tamamlanması halinde TCK m. 277 veya m. 288'deki suçları oluşturabilecektir.

İtiraz yolu bakımındansa başvurunun yapılma zamanının önemli olmadığı düşünülebilir. Zira itiraz yoluna başvurulması bir bekletici sorun niteliğinde olup, itiraz yoluna başvuran mahkemede görülen dava henüz sürmektedir. Bununla birlikte kanımızca, bu aşamada etkilenmesi amaçlanan mahkeme Anayasa Mahkemesi olacağı için itiraz başvurusunun yapılma zamanının önemi azalmaz. Bu bağlamda 6216 sy. kanun m. 40/3'e göre genel sekreterlik tarafından mahkemeden gelen evrakın kaleme havale edilip, keyfiyetin başvuran mahkemeye bir yazı ile bildirilmesiyle itiraz başvurusunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Her ne kadar 40. maddenin dördüncü fıkrasında evrakın kayda girişinden itibaren on gün içerisinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenerek, açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının, esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilmesi öngörülmüş olsa da bu aşamada da Anayasa Mahkemesi üyelerini etkilemeye yönelik eylemlerin TCK m. 277'de veya m. 288'deki suçları oluşturabileceğini düşünüyoruz.

b) Siyasi Partilerin Kapatılması Davaları

Siyasi partilerin kapatılması davaları hem Anayasa'nın "*Siyasî partilerin uyacakları esaslar*" başlıklı 69. maddesinde, hem de Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52. maddesinde dava olarak düzenlenmiştir. Bu davaların da TCK m. 277 ve m. 288 anlamında "*görülmekte olan bir dava*" olduklarında şüphe yoktur.

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 52. maddesinin 2. fıkrasında siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davaların, CMK'nın davanın mahiyetine uygun hükümleri uygulanmak suretiyle dosya üzerinden Genel Kurulca incelenmesi ve kesin karara bağlanması öngörülmüştür. Ayrıca "*iddianamenin kabulü*"nden söz eden aynı maddenin 3. fıkrasına göre; "*Başkanın görevlendirdiği raportör ilk inceleme raporunu hazırlayarak Başkanlığa sunar. Yapılacak ilk inceleme sonrasında iddianamenin kabulüne karar verilmesi hâlinde, iddianame ve ekleri ilgili siyasi partiye gönderilerek usul ve esasa ilişkin savunmaları alınır.*" Bu hükümler göz önüne alındığında siyasi partilerin kapatılması davalarının da, CMK'nın 175. maddesi hükmü gereği Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından düzenlenecek iddianamenin Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmesiyle açılmış sayılacağı sonucuna ulaşılmalıdır.

c) Yüce Divan Yargılaması

Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu Yüce Divan yargılamasında Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 57/1 hükmüne göre yürürlükteki kanunlara göre duruşma yapar ve hüküm verir. Yüce Divan önündeki yargılama bir özel ceza muhakemesi olduğundan öncelikle CMK'nın ilgili hükümleri bu yargılamada uygulanacaktır.

Bu yüzden CMK'nın 175. maddesi hükmü gereği iddianamenin Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmesiyle Yüce Divan önündeki davanın açılmış sayılacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Ayrıca kanunun 57. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre Yüce Divan, CMK'daki iddianamenin iadesi sebeplerinden başka esaslı hukuka aykırı hallerin bulunması halinde de iddianamenin veya iddianame

yerine geçen belgelerin iadesine karar verebilir. Bu düzenlemeyle doktrinde tartışılan iddianame yerine geçen belgelerin iade edilip edilemeyeceğine ilişkin konunun da⁷²⁷ en azından Yüce Divan yargılaması bakımından açıklığa kavuşturulduğunu söylemeliyiz.

d) Bireysel Başvuru Kapsamında Göreceği İşler

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunma hakkı 07.05.2010 tarihli ve 5952 sy. kanunla Anayasa'da yapılan değişikliklerin 12.09.2010 tarihinde halkoyuna sunularak kabul edilmesiyle hukukumuzda girmiştir. Anayasamızın Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini düzenleyen 148. maddesine 5952 sy. kanunun 18. maddesiyle eklenen 3. , 4. ve 5. fıkralara göre;

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.”

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar 6216 sy. kanunun 23.09.2012 tarihinde yürürlüğe giren 45 ila 51. maddelerinde düzenlenmiştir. Öncelikle Anayasa'nın yine 5952 sy. kanunla değişik Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve

⁷²⁷ Bir görüşe göre; özel soruşturma kuralları gereği, soruşturma işlemlerinin bir kısmını veya tamamını, örneğin Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divan'a sevkinde TBMM'nin yaptığı gibi, gerçekleştiren kişi veya kurul, fezlekesini doğrudan mahkemeye sunamayacak, bunu önce CMK'ya göre iddianame düzenleme konusunda tek yetkili olan savcıya gönderecek ve yetkili savcının fezlekeye göre hazırlayacağı bir iddianame yetkili mahkemeye sunulacaktır. Öztürk/Ertem, **a.g.e.** , s. 1059-1060; Diğer bir görüşe göre; 5271 sy. CMK, m. 191/3-b'de, “İddianame veya iddianame yerine geçen belge okunur.” denildiği için, “iddianame yerine geçen belge” ile kamu davası açılmasını kabul etmiş ancak iddianamenin iadesi konusunu açıkça düzenlememiştir. Ancak re'sen kovuşturulan sanıklar hakkında Cumhuriyet Savcısı tarafından düzenlenen iddianame kamu davasını açmadığı halde, örneğin bir üniversite rektörü hakkında iddianame yerine geçen belge niteliğindeki “lüzum-u muhakeme” kararıyla kamu davasının açılmış sayılması haksızlık olur. Bu nedenle mahkemenin CMK'nın 174. maddesine göre eksiklerini saptadığı iddianame yerine geçen belgeyi iade edebileceği kabul edilmelidir. Feridun Yenisey, “Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi”, **Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, TCHD Yayınları, İstanbul, 2009, s. 242

yargılama usulünü düzenleyen 149. maddesinin son fıkrasında bireysel başvuruların kural olarak dosya üzerinden incelenmesi öngörülmüş olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin duruşma yapılmasına karar verebilmesi ve ayrıca gerekli gördüğü hallerde sözlü açıklamalarını dinlemek üzere ilgilileri ve konu üzerinde bilgisi olanları çağırabilmesi yönündeki düzenleme bireysel başvuruların “*bir dava*” olarak ele alınacağına işaret etmekteydi. Nitekim 6216 sy. kanunda bireysel başvurulardan bir dava olarak söz edilmese de kanunun bireysel başvurulara ilişkin kararları düzenleyen 50. maddesinin son fıkrasında “*Davadan feragat hâlinde, düşme kararı verilir.*” ifadesinin kullanılmış olması bunların kanun koyucu tarafından dava olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Kaldı ki bireysel başvuruya ilişkin olarak kanunda düzenlenen usul ve esaslar da, İHAM'da olduğu gibi devletin veya başvurucu tarafından hak ihlalini gerçekleştirdiği iddia edilen kamu gücünün hasım olarak gösterileceği bir “*dava*” niteliğine işaret etmektedir. Bize göre, bu yönden bireysel başvuru incelemeleri de TCK m. 277 ve m. 288'de düzenlenen suçlar bakımından “*görülmekte olan bir dava*” olarak kabul edilmelidir. Bu anlamda davanın açılmış sayılacağı tarih bireysel başvuru hakkında 6216 sy. kanununun 48. maddesine göre kabul edilebilirlik kararı verildiği tarih olarak kabul edilmelidir.

2) Davanın Sonu

Anayasa Mahkemesi'nde görülen iptal davalarının iptal kararının Anayasa m. 153/1'e göre gerekçesi yazılarak açıklandığı tarihte sona erdiği kabul edilmelidir. İptal edilen hükümlerin iptal kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihte veya bu tarihten başlayarak bir yılı geçmemek üzere belirlenecek daha ileri bir tarihte yürürlükten kalkması bu tarihe kadar davanın sürdüğü şeklinde yorumlanamaz.

Diğer yandan Anayasa Mahkemesi itiraz başvuruları hakkında kararını Anayasa m. 152/4'e ve 6216 sy. kanun m. 40/5'e göre işin kendisine noksansız olarak gelişinden itibaren beş ay içerisinde sonuçlandırmak zorundadır. Ancak aynı maddeye göre, Anayasa Mahkemesi kararı itiraz başvurusunda bulunan mahkeme hükmü kesinleşinceye kadar geldiği takdirde de mahkeme buna uymak zorundadır. Dolayısıyla beş aylık sürenin sonunda bu sürecin kesin olarak bittiği söylenemez. TCK m. 277 ve m. 288 anlamında Anayasa Mahkemesi'ne etki etmek halen mümkündür. Şu kadar ki esas mahkemesince verilen hüküm kesinleşmeden evvel

Anayasa Mahkemesi itiraz hakkında karar vermediği takdirde bu aşamadan sonra sürecin biteceği açıktır. İtiraz incelemesinin sonu bakımından diğer hususlarda iptal davalarının sonuna ilişkin yaptığımız açıklamalar geçerlidir.

Anayasa Mahkemesi'nde görülen siyasi parti kapatma davaları 6216 sy. kanun m. 52/1'e göre; partinin kapatılmasına veya dava konusu fiillerin ağırlığına göre devlet yardımından kısmen ya da tamamen yoksun bırakılmasına karar verilmesiyle sona erer.

Yüce Divan kararları 6216 sy. kanun m. 58/2'deki on beş günlük süre içerisinde yeniden inceleme başvurusu yapılmadığı takdirde bu sürenin dolmasıyla kesinleşir. Bu süre içerisinde yeniden inceleme başvurusu yapıldığı takdirde, yeniden inceleme başvurusu üzerine verilen kararlar kesindir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kapsamında göreceği davalar ise 6216 sy. kanun m. 50/1'e göre hakkın ihlal edildiğine veya edilmediğine ilişkin karar verilmesi veya m. 50/5'e göre düşme kararı verilmesiyle sona erer.

5. Önşart Olarak “Yapılmakta Olan Soruşturma”nın Kapsamı

Ünver'e göre⁷²⁸, 288. maddenin önceki şeklinde soruşturma veya kovuşturmanın nedeni “*olay*” olarak belirtildiği için, kovuşturma açısından mümkün olmamakla birlikte, soruşturma açısından bu olayın suç teşkil etmeyen bir haksız fiil olması da mümkündür. Bize göre yalnızca soruşturma açısından değil, kovuşturma açısından da bir olayın, bir fiilin suç teşkil etmeyen bir haksız fiil olması mümkündür. Böyle bir durumda kovuşturma aşamasının sonunda CMK 223/2-a hükmüne göre fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması sebebiyle beraat kararı verilecektir. Ancak bu fiilin bir haksız fiil olmasına engel değildir. Nitekim yazar⁷²⁹; “*Haksız fiil veya disiplin suçu olduğu ve bu bağlamda fiilin, suç oluşturmadığı anlaşılıncaya kadar yapılan faaliyetler sırasında da bu hüküm uygulanabilir.*” ifadesiyle bu anlamda bizi doğrulayarak kendisiyle çelişkiye düşmüştür.

⁷²⁸ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 377

⁷²⁹ **A.g.e.**

Yine Ünver'e göre⁷³⁰, 288. maddenin önceki metninde “*soruşturma*” terimi kullanıldığı ve bunun ilişkin olduğu hususun “*olay*” olarak belirtilip “*suç*” olması gerektiği ayrıca vurgulanmadığı için, idari (disiplin) soruşturmalarının da madde kapsamında kabul edilmesi gerekiyordu. CMK'nın soruşturma evresini “*suç şüphesinin öğrenilmesiyle*” başlatması karşısında, TCK m. 288'in önceki metninde “*olay*”dan söz edilmesi Ünver'in bu görüşünü kısmen destekler nitelikteydi. Bununla birlikte yine TCK m. 288'in önceki metninde “*kesin hükümle*” ifadesinin ve maddenin gerekçesinde “*kesin bir yargı kararı verilmeden önce*” , “*adalet cihazı*” gibi ifadelerin kullanılmış olması, kanun koyucunun amacının ve maddenin “*ratio legis*”inin disiplin soruşturmalarını veya idari soruşturmaları madde kapsamına almak olmadığını ortaya koyuyordu. Aksi bir kabul maddenin kapsamını genişletici, TCK'nın 2. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine aykırı sonuçlar doğuracak bir yorum olurdu. Kaldı ki kanunun sistematığı ve bu suçun adliye karşı suçlar arasında düzenlenmiş olması da bu görüşümüzü desteklemektedir. Bize göre Ünver'in bu yorumuna maddenin özensiz kaleme alınış tarzı sebep olmuştur.

Bu bağlamda önceki düzenleme bakımından Ünver'in isabetli olarak tespit ettiği gibi⁷³¹ 288. maddenin metninde önceden gerçekleşen bir vakianın var olması gerektiğine işaret eden “*olay*” terimi ve ayrıca “*başlatılan*” soruşturma veya kovuşturma ifadeleri kullanıldığı için, tamamen istihbarat veya önleme amaçlı gerçekleştirilmesi halinde iletişim denetlenmesi gibi faaliyetleri etkilemeye çalışma niteliğindeki eylemlerin bu suç kapsamına girmeyeceği açıktı. Bu bakımdan yeni düzenleme ile getirilen “*yapılmakta olan bir soruşturma*” ifadesinin bu açıklığı sağlamaktan bile uzak olduğu söylenebilir.

Gerçekten kadük kalan tasarıda ve 6352 sy. kanunda da muhafaza edilen ve ayrıca aynı kalıp kullanılarak 277. maddeye de eklenen soruşturma kavramı bakımından, en azından 288. maddenin önceki şeklinde geçen “*bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma*” veya kadük kalan tasarıda ve 6352 sy. kanunda da kullanılan “*yapılmakta olan bir soruşturma*” ifadeleri yerine “*bir suç işlendiği şüphesi üzerine başlatılan soruşturma veya kovuşturma*” gibi bir ifadeye yer verilmesi idari soruşturmaların veya disiplin soruşturmalarının ve hatta istihbarat

⁷³⁰ A.g.e.

⁷³¹ A.g.e.

amaçlı soruşturmaların maddeler kapsamına girip girmediği tartışmalarına⁷³² son verecek, kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından sakıncalar yaratmayacak daha belirli bir suç tanımı olabilirdi.

Kanımızca kıyas ve genişletici yorum yasağı karşısında ve kanunun “*ratio legis*”i ve sistematüğının de bir gereğı olarak, TCK m. 277 ve m. 288 anlamında “*yapılmakta olan bir soruşturma*” kavramının ceza muhakemesiyle sınırlı olarak anlaşılması zorunludur. Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde de ifade ettiğimiz gibi 5271 sy. CMK’nın tanımlar kenar başlıklı 2. maddesinde soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre olarak tanımlanmıştır. Yaşar/Gökcan/Artuç’a göre; bu suçlar soruşturmanın sonuçlanması anına kadar işlenebilir, ancak bu sürecin hukuken kesinleşmesi gerekmektedir⁷³³. Bu yüzden ceza muhakemesi anlamında soruşturma evresinin başlama ve sona erme hallerini ve hukuki niteliklerini ayrı alt bölümler halinde ayrıntılı olarak değerlendirmek istiyoruz.

6. Önşart Olarak “*Yapılmakta Olan Soruşturma*”nın Başlama ve Sona Erme Zamanı

a. Soruşturmanın Başlama Zamanı

Soruşturma evresinin tanımının yapıldığı CMK m. 2/1-e hükmüne göre soruşturma evresi, “*kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesiyle*” başlar. Gerçekten CMK m. 160/1’e göre de Cumhuriyet Savcısının, “*ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiğı izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez*” kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlaması bir başka deyişle soruşturma işlemlerine başlaması gerekir. Cumhuriyet savcısı, suç haberini ihbar, şikayet gibi yollarla veya doğrudan

⁷³² Önceki düzenleme bakımından Yaşar/Gökcan/Artuç; TCK m. 288’de ceza muhakemesi hukukuna ilişkin soruşturma ve kovuşturma terimleri kullanıldığından, kabahatler veya idari yaptırım gerektiren fiillere ilişkin soruşturmalar ya da hukuk yargılamasına konu olan haksız fiillerin bu kapsamda görülmemesi gerektiğı görüşündeydi. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8114

⁷³³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8114, Yazarlarla aynı fikirde olmakla birlikte, bize göre TCK m. 288’in önceki halinin kaleme alınış tarzı bu yönden de sorunluydu. Zira maddede soruşturmanın veya kovuşturmanın kesin hükümle sonuçlanmasından söz edilmekteydi. Kesin hükümle sonuçlanma kovuşturma evresi bakımından söz konusu olmakla birlikte soruşturma evresi bakımından kanunun bu ifade biçimi yanlıştı. Yeni düzenlemede böyle bir ifadeye yer verilmemiş olmakla birlikte soruşturma evresinin CMK’ya göre sona erdiği hallerde “*yapılmakta olan soruşturma*” önşartının ortadan kalkacağı açıktır.

öğrenebilir. Ancak bunun yanında Cumhuriyet Savcısının araştırma işlemlerine başlaması için bu düzenlemelerde “*bir suç işlendiği izlenimini veren bir hal*” ve “*suç şüphesi*” olarak ifade edilen başlangıç şüphesinin bulunması da gereklidir⁷³⁴. Bu ise günlük tecrübeler ve tahminden öte bir anlam ifade eden “*basit şüphe*”dir⁷³⁵.

b. Soruşturmanın Sona Erme Zamanı

1) Genel Olarak

CMK'nın tanımlar kenar başlıklı 2. maddesinde verilen soruşturma tanımı kanunun bütününe bakılmadığı takdirde soruşturma evresinin mutlaka iddianamenin kabul edilmesiyle biteceği izlenimi yaratmaktadır. Aslında bu tanım bu yönden ceza muhakemesini hiç bilmeyen bir göz açısından yanlış anlaşılmaya müsait, hatalı bir tanımdır. Bununla birlikte CMK'nın 2. maddesindeki tanımlarda amaç soruşturma ve kovuşturma evrelerini birbirinden ayırmak olduğu için, tanım soruşturmanın sonunun kovuşturmanın başlangıcı olduğu tek durumu (iddianamenin kabul edilmesi) esas olarak verilmiştir. Bu yüzden varılacak sonucu etkilemeyecek, konumuz açısından çok da önemli olmayan bu hususu sadece tespit etmekle yetiniyoruz.

CMK'ya göre soruşturma evresi esas olarak iki şekilde sonuçlanabilir, soruşturma sonucunda ya iddianame düzenlenerek, iddianamenin kabul edilmesiyle kamu davası açılır ve kovuşturma evresine geçilir ya da kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir ve bu karara karşı süresi içerisinde itiraz edilmemişse itiraz süresinin geçmesiyle veya itiraz edilmişse itirazın reddedilmesiyle bu karar kesinleşir. Ayrıca soruşturma sonucunda ön ödeme uygulandığı, uzlaşma gerçekleştiği veya şartları varsa kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulandığı hallerde de soruşturma evresi sona ermektedir⁷³⁶. Soruşturmanın sona erebileceği bu durumların hiçbirini öncelikle hüküm olarak⁷³⁷ değerlendirebilmek

⁷³⁴ Özbeke, **CMK İzmir Şerhi**, s. 686

⁷³⁵ **A.g.e.**

⁷³⁶ Hakeri/ Ünver, **a.g.e.** , s. 247

⁷³⁷ TCK m. 288'in 6352 sy. kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde bu suçun önşartı “*bir olayla ilgili başlatılan soruşturma veya kovuşturma*” olarak düzenlenmiş ve bunun kesin hükümle sonuçlanmamış olması aranmıştı. Ancak soruşturma evresi sonunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği veya kamu davasının açılmasının ertelendiği hallerde hükümden, dolayısıyla kesin hükümden söz etmek mümkün değildi. Bu yüzden bu dönemde soruşturmanın kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar sonuçlanması halinde, bu karar uyumsuzluğu çözen yargısal bir karar olmadığı için bu kararın kesin hüküm etkisi doğurmayacağı ve böyle bir kararlar sonuçlanmış soruşturma bakımından adil

mümkün değildir zira CMK hüküm çeşitlerini 223. maddesinde sınırlı olarak saymıştır; bununla birlikte bu sona erme durumlarından bazıları kesinlik arz etmektedir. Ancak diğer bazı sona erme hallerinde böyle bir kesinlikten de söz etmek mümkün değildir. Soruşturma evresi sonunda düzenlenen iddianamenin kabul edilmesiyle kovuşturma evresine geçildiği hallerde artık ceza muhakemesi anlamında “*görülmekte olan bir dava*” bulunması şartı aranacaktır. İddianamenin kabul edilmesinden önce söz konusu olabilecek iddianamenin iadesi gibi süreçleri ise çalışmamızın sınırlarını ve amacını aşacağından burada ele almayacağız, ancak soruşturmanın sona ereceği iddianamenin kabul edilmesi dışındaki ihtimalleri aşağıda kısaca ele almak istiyoruz.

2) Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar Verilmesi

CMK hüküm çeşitlerini 223. maddesinde saydığından, CMK’nın 172. maddesinin ilk fıkrasına göre; soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde Cumhuriyet savcısının vereceği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı, CMK anlamında hüküm olarak nitelendirmek mümkün değildir.

Özbek’e göre de⁷³⁸ kovuşturmaya yer olmadığına dair karar adli-idari bir işlem olduğundan kesin hüküm teşkil etmez, ancak insan haklarını da ilgilendiren yönü sebebiyle sıradan bir idari işlem niteliği de taşımaz. Kovuşturmaya yer olmadığı

yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun oluşmayacağı yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Bkz. Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4371; ayrıca bkz. Meran, **a.g.e.** , s. 373, Tam olarak anlaşılammakla birlikte ifade tarzından Meran’ın da bu görüşte olduğu izlenimi uyanmaktadır; “*Bir suç eylemine ilişkin açılan soruşturma ile ilgili olarak ve soruşturma süresince bir kimse ile ilgili kamu davası açılması gerekmişse...*” Bize göre kanun koyucunun amacı kovuşturma evresine geçmeyen soruşturma evrelerini suçun kapsamı dışında bırakmak değildi. Zira adil yargılanma hakkına ve masumiyet karinesine karşı en ağır ihlal tehlikesinin şüphenin yoğunluğunun daha az buna karşılık kolluğun etkinliğinin daha fazla olduğu soruşturma evresinde söz konusu olabileceği ve soruşturmanın kovuşturmaya doğrudan etkisi ortadayken kanun koyucunun soruşturmadan söz ederken abesle iştigal etmeyeceğini kabul etmek gerekiyordu. Bununla birlikte maddenin kaleme alınış tarzı gerçekten tartışmaya açık ve sorunluymdu. Maddede “*Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma*” ifadesi yerine “*Bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma ve kovuşturma*” gibi bir ifade kullanılıysaydı, yazarların bu görüşü kuvvetlenirdi, yani kovuşturma evresine geçmeyen soruşturmalar suçun kapsamı dışında kalabilirdi. TCK m. 288’in önceki şeklinde ortada önşart olarak “*Bir olayla ilgili olarak başlatılan ve kesin hükümlerle sonuçlanmamış kovuşturma*” veya “*Bir olayla ilgili olarak başlatılan ve kesin hükümlerle sonuçlanmamış soruşturma*” vardı ki zaten sorunlu olan ifade de ikincisi olarak göze çarpmaktaydı. Bu yönden maddenin bu hatalı kaleme alınış tarzının 6352 sy. kanunla düzeltilmesi isabetli olmuştur.

⁷³⁸ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s. 734

kararı kesin hüküm oluşturmadığı için gerektiğinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sona erdirilen olay yeniden soruşturulabilir. Ancak soruşturma işlemlerine keyfi olarak tekrar girilmemelidir. Yazara göre bu yönden; CMK m. 172/2'deki *“Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.”* şeklindeki düzenlemede her ne kadar kamu davasının açılması yani kovuşturma aşamasına geçiş bakımından *“yeni delil meydana çıkması”* aransa da, bu hükümden hareketle soruşturma işlemlerine başlanması için de yeni delilin varlığı gerekli kabul edilmelidir. Bize göre de yazarın bu görüşü yerindedir. Ceza muhakemesi hukukunda kıyas mümkün olduğundan burada, temel hak ve özgürlükler lehine bir yorumla, CMK m. 172/2 hükmü kıyasen soruşturma evresi açısından da bir zorunluluk olarak kabul edilmelidir. Ancak bu durumda CMK m. 173/6'daki; *“İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlıdır.”* şeklindeki güvencenin aranamayacağı da ortadadır.

Özbek'e göre de⁷³⁹ kovuşturma davasının sonunda verilen kararlara karşı özel bir kanun yolu öngörülmemiş olması da bunların kesin olduğunu ortaya koymaktadır. Yazara göre; CMK m. 173/4'ün *“Başkan istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.”* ve CMK m. 173/6'nın *“İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının bu hususta karar vermesine bağlıdır.”* şeklindeki düzenlemeleri kararın kesin niteliğini ortaya koymaktadır.

Yine CMK'nın *“Kamu davasını açmada takdir yetkisi”* kenar başlıklı 171. maddesinin ilk fıkrasına göre; cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdiği durumlarda Cumhuriyet savcısı kamu davasını açmada takdir yetkisini

⁷³⁹ **A.g.e.**, s. 739, Ayrıca yazara göre bu kararlara karşı CMK'nın 309. maddesinde düzenlenen kanun yararına bozma olağanüstü kanun yoluna gidilebilir ki, bize göre kovuşturmaya yer olmadığına dair karar her ne kadar hüküm olmasa da, olağanüstü kanun yolları zaten kesin hükümler bakımından söz konusu olabileceğinden, böyle bir kanun yoluna gidilebilecek olması bu kararın kesinlik niteliğini değiştirmez, aksine pekiştirir.

kullandığından ve CMK m. 175/5 hükmü ile yasaklandığından bu karara karşı itiraz yoluna gitmek de olanaklı değildir. Öztürk/Erdem'e göre⁷⁴⁰; bu madde hükmü ile hukukumuzda ilk kez, Cumhuriyet savcısına yargısal denetime tabi olmayan bir kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilme yetkisi tanınmıştır, bu karara karşı belki idari denetim yani Cumhuriyet Başsavcısının denetimi söz konusu olabilir.

3) Önödeme Uygulanması

TCK'nın 75. maddesinde önödeme kurumu düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasına göre; yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanunda öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçlar bakımından önödeme uygulanması gerekir. Ancak uzlaşma kapsamındaki suçlar bakımından önödeme uygulanamaz. Bu madde hükmüne göre belirlenecek miktar soruşturma giderleri ile birlikte, Cumhuriyet savcılığınca yapılacak tebliğ üzerine on gün içinde ödendiği takdirde fail hakkında kamu davası açılmaz ve soruşturma evresi böylece sona erer.

4) Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

CMK'nın 171. maddesinin 2 vd. fıkralarında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu düzenlenmiştir. Madde hükmü bu kurumun uygulanabilmesi bakımından CMK m. 253 hükmünü saklı tutmuştur. Uzlaşma sonunda şüphelinin edimini yerine getirmesi halinde kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verileceğinden öncelikle uzlaşma yoluna başvurmak gereklidir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili olarak söz konusu olabilir. Cumhuriyet savcısı bu suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Şu kadar ki suçtan zarar gören, bu karara karşı 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere CMK m. 171/3'deki koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bizim açımızdan önemli olan CMK m. 171/4 hükmüdür. Buna göre erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, erteleme süresi sonunda kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi

⁷⁴⁰ Öztürk/Erdem, **a.g.e.** , s. 715-716

içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Bu bakımdan kanımızca erteleme süresi içerisinde soruşturma evresi son bulmakla birlikte aslında kesin kararlar son bulmamakta ve muhakeme adeta soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tam ortasında askıda beklemektedir. Bununla birlikte ceza kanunlarının geniş yorumlanması yasağı karşısında, erteleme süresi içerisinde soruşturmanın devam ettiği de söylenemeyeceği için, TCK m. 277 ve m. 288'deki suçların erteleme süresi içerisinde işlenebilmesi mümkün değildir.

5) Uzlaşma

CMK m. 253/19'a göre; uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksidde bağlanması veya süreklilik arzetmesi halindeyse, CMK m. 171'deki hemen yukarıda açıkladığımız şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, m. 171/4'deki erteleme sürecince kasıtlı bir suç işlenmemesi şartı aranmaksızın, kamu davası açılır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi kamu davasının açılmasının ertelendiği süre boyunca soruşturma evresi aslında kesin kararlar son bulmayıp, muhakeme adeta soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tam ortasında askıda beklemektedir. Ancak ceza kanunlarının geniş yorumlanması yasağı karşısında soruşturmanın devam etmediği erteleme süresi içerisinde TCK m. 277 ve m. 288'deki suçların işlenebilmesi mümkün değildir.

G. Suçların Tipe Uygun Eylem Unsurları

1. Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs Suçunun Tipe Uygun Eylem Unsuru

Suçun yapısal unsurlarından ilki tipe uygun eylemdir. Maddi unsur olarak da isimlendirilen eylem unsurunun belirgin özelliği kanunda önceden tanımlanan suç tipine uygunluk şeklinde ortaya çıktığından bu özelliği ile birlikte anılması gerekir⁷⁴¹. Bu yüzden çalışmamızda analiz ettiğimiz suçlar bakımından suçun kanuni unsuru da

⁷⁴¹ İçel/Evik, a.g.e. , s. 43

denilen tipiklik unsurunu, suçun maddi unsuru da denilen eylem unsuruyla birlikte ele almayı tercih edeceğiz.

Eylem (fiil) ceza hukukunda hareket, netice ve hareket ile netice arasındaki nedensellik bağımlı ifade eder, yani bu alt unsurlardan oluşur. Bu suçun tipe uygun eylem unsuru 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce “*yargı görevi yapanlara emir vermek veya baskı yapmak veya nüfuz icra etmek veya her ne surette olursa olsun adı geçenleri etkilemeye teşebbüs etmek*” olarak düzenlenmişti. TCK m. 277’nin 6352 sy. kanunla değişik şekline göreyse bu suçun tipe uygun eylem unsuru “*yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanıdığı etkilemeye teşebbüs etmek*”dir.

Centel’e göre⁷⁴²; bu suçun eylem (maddi) unsuru suç konusu kapsamındaki kişileri “*etkilemeye teşebbüs etme*”dir. Nitekim Yurtcan’a göre de; maddede cezalandırılan eylem teşebbüs eylemidir. Teşebbüsün tespit edildiği durumlarda suç tamamlanmış olup etkilemenin gerçekleşmesi aranmaz⁷⁴³.

Meran’a göre de; suç konusu kapsamındaki kişiler etkilenmeye teşebbüs edildiği anda suç tamamlanmış olur⁷⁴⁴. Yargı görevi yapan kimsenin, bilirkişinin veya tanığın bu eylemden etkilenip etkilenmemesinin ve hatta maddede öngörülenlerden biri aleyhine bir karar vermiş veya bir işlem tesis etmiş ya da beyanda bulunmuş olup olmamasının suçun oluşması bakımından önemi yoktur⁷⁴⁵. 6352 sy. kanunla failin amaçladığı zararlı sonuçlar “*davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için*” ifadesiyle madde metninde gösterilmiştir. Ancak bunların gösterilmesi, suçun oluşması için bu zararlı neticelerin gerçekleşmesinin arandığı anlamına gelmemelidir. Yine bu zararlı neticeler suç tipinin önlemeye çalıştığı zararlı neticeler olarak değerlendirilemez. Suç tipinin önlemeye çalıştığı zararlı neticeler maddenin başlığında bile açıkça belli olduğu üzere, suç konusu kapsamındaki kişilerin etkilenmesidir. Nitekim 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce suçun tehlike suçu olarak düzenlenmesinin nedeninin karine olarak yargı görevi yapanın

⁷⁴² Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 148

⁷⁴³ Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliye Karşı Suçlar**, s. 63

⁷⁴⁴ Meran, **a.g.e.**, s. 283

⁷⁴⁵ **A.g.e.**

etkilenmeyeceğinin kabul edilmesi olduğu söylenmiştir. Bu görüşe göre; aksi düşünüldüğünde yani zararın ortaya çıkarak yargı görevi yapanın etkilenmesi halinde bu suçu cezalandırabilecek bağımsız ve tarafsız bir mahkeme veya hakim olmayacak ve bu suç tipinin düzenlenmiş olmasının bir anlamı kalmayacaktır⁷⁴⁶. Kanımızca bu ibarelerin, özel kast veya hukuka özel aykırılık unsurları kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Doktrinde bu suçun soyut tehlike suçu olduğu görüşündeki bazı yazarlar, bu görüşlerine paralel olarak bu suçun neticesi harekete bitişik bir suç ve ani hareketle işlenebilen bir suç olduğu yönünde görüşler ileri sürmüşlerdir⁷⁴⁷. Kanımızca bu suç soyut tehlike suçu değil, somut tehlike suçu olduğu için; bu suçun neticesi hareketten ayrı bir suç olarak kabul edilmesi gerekir. Ayrıca bu suçun mütemadi hareketle de işlenmesi mümkündür. Yine eylemin hareket alt unsuru bakımından bu suç serbest hareketli bir suçtur⁷⁴⁸. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce de “*her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmek*” ifadesi sebebiyle bu suç serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmişti. Bununla birlikte, söz konusu değişikliklerden sonra maddede örnek olarak sayılan⁷⁴⁹ “*emir vermek*”⁷⁵⁰, “*baskı yapmak*”⁷⁵¹, “*nüfuz icra etmek*”⁷⁵² veya suçun daha az cezayı

⁷⁴⁶ Silahçioğlu, **a.g.m.**, s. 3049; Ancak bize göre yazarın bu görüşü, aynı makalede ortaya koyduğu kanun koyucunun suçun adında teşebbüs sözcüğünü kullanmamasını yargı görevi yapanların insan olma vasfı dolayısıyla etkilenebileceğini kabul etmesi olarak yorumlayan görüşüyle çelişmektedir. Bkz. **A.g.m.**, s. 3056

⁷⁴⁷ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 223; Meran, **a.g.e.**, s. 285

⁷⁴⁸ Aynı yönde bkz. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 21; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 148; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, **a.g.e.**, s. 7985

⁷⁴⁹ 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce de, ilk bakışta maddede “*veya*” bağlaçlarıyla tek tek sayılan hareketler sebebiyle bu suçun seçimlik hareketli bir suç olduğu izlenimi uyansa da, bu suç serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Gerçekten bu dönemde Centel’e göre de bu suç önce seçenekli-bağlı hareketli suç olarak görünse de, hükümde sayılan icra hareketleri mutlak olmayan, örnek nitelikteki hareketler olduğundan bu suç 765 sy. TCK’nın 232. maddesinden farklı olarak seçimlik hareketli değil, serbest hareketli bir suçtu. Diğer yandan yazar yalnızca suçun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali bakımından teşebbüsün “*iltimas*” derecesini geçmemesi arandığından bu suçun bağlı hareketli bir suç olduğu görüşündedir. Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 148-149; Nitekim aynı görüşteki Ünver’e göre de; gerek madde metnindeki “*veya*” bağlaçlarından dolayı, gerekse en son davranış modelinden sonra “*her ne suretle olursa olsun adı geçenleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs*” ifadesi kullanıldığı için, bu suçla cezalandırılan tipik eyleme vücut verecek hareket modelleri sınırlı sayıda olmayıp, örnek kabilinden sayılmıştır. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 218-219

⁷⁵⁰ Dilimizde emir, “*buyruk, komut, talimat, ferman*” olarak, “*emir vermek*” ise buyruk vermek buyurmak olarak tanımlanmıştır. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>; Bir başka tanıma göre emir, uyulması zorunlu irade beyanıdır. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 230; Parlar/Hatipoğlu’na göre emir vermek, yargı görevi yapanlardan davada bir yargılama işleminin yapılmasını veya yapılmamasını adeta astlık-üstlük ilişkisi içerisinde istemektir. Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4299; Ünver’e göre, emir verme muhataptan belirli bir işin yapılması veya yapılmaması veya belirli bir biçimde veya zamanda yapılması veya yapılmamasını istemektir. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 219

gerektiren nitelikli hali bakımından söz konusu olan “iltimas”⁷⁵³ hareketleri madde metninden çıkarılmıştır.

Bize göre bu suçun 765 sy. TCK'nın 232. maddesinden farklı olarak serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmesi hatalı olmuştur. Bu hükmün 6352 sy. kanundan önce TCK m. 288 ve BsK m. 19/2 hükümleriyle de benzerliği dolayısıyla kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından ciddi sakıncalar yarattığı ortadadır. 6352 sy. kanunla TCK m. 277 ve m. 288 genel norm-özel norm ilişkisine göre düzenlenmiş ve BsK m. 19/2 yürürlükten kaldırılmıştır. Bununla birlikte kadük kalan tasarıda öngörüldüğü gibi⁷⁵⁴ 6352 sy. kanunla da suç serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiş hatta maddede örnek olarak sayılan hareketler de madde metninden çıkarılmıştır. Bu durumun maddeyi 765 sy. TCK'nın 232. maddesindeki düzenlemeden daha da farklılaştırdığı ortadadır. Yine serbest hareketli olarak düzenlenmesi sebebiyle, aşağıda açıklayacağımız gibi bu suçun TCK'da düzenlenen pek çok suç tipiyle

⁷⁵¹ Baskı yapmak ise Parlar/Hatipoğlu'na göre yargı görevi yapanlar üzerinde ilişkileri bakımından tasarruf yetkisini haiz kimsenin manen zorlaması, hükmetmesi anlamına gelir. Yazarlara göre, burada failin tasarruf kudretini yargı görevi yapan aleyhine kullanacağı korkusunu doğuracak harekette bulunması yeterlidir. Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4299; Ünver'e göre, baskı yapmak kişiyi belirli bir biçimde davranmaya manevi olarak zorlamaktır. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 219; Dilimizde baskı yapmak, bir kimseyi bir işi yapmaya zorlamak, zor kullanmak olarak tanımlanmıştır. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

⁷⁵² Dilimizde nüfuz “söz geçirmek, güçlü olma” olarak, nüfuz etmekse “etkili olmak” olarak tanımlanmıştır. <http://tdkterim.gov.tr/bts/>; Bir başka tanıma göre nüfuz, “etki, tesir, sözü geçme”dir. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 626; Parlar/Hatipoğlu'na göre nüfuz icra etmek, failin bulunduğu memuriyetin unvanı, yasama ve yürütme veya siyasal gücün görev ve etkinliği veya yakınlık ve dostluk gibi sebeplerle yargı görevi yapanlar nezdinde sözü geçer olduğu kanaatiyle hareket etmeyi ifade eder. Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4299; Centel'e göre de, nüfuz sözünü geçirme etkili olma demektir, bir kimsenin başkası üzerinde nüfuz sahibi olması, bir görevden veya hizmet ya da akrabalık ilişkisinden veya başka bir ilişkiden kaynaklanabilir. Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 149; Ünver'e göre nüfuz kullanmak, failin bulunduğu görevin veya nüfuzun, sahip olduğu makamın etkinlik ve gücünü kullanarak muhatabı etki altında bırakması ve belirli bir biçimde davranmaya dolaylı olarak zorlamasıdır. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 219

⁷⁵³ 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce TCK m. 277'nin son cümlesinde; teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde faile suçun normal cezasına göre daha az ceza verilmesinin öngörüldüğü bir nitelikli hali düzenlenmiş ve maddenin gerekçesinde iltimas, “hatıra binaen ricada bulunmak” olarak ifade edilmişti. Dilimizde iltimas sözcüğü “Haksız yere, yasa ve kurallara uymaksızın kayırma, arka çıkma” veya “Birine herhangi bir konuda öncelik ve ayrıcalık tanıma” olarak tanımlanmaktadır.

<http://www.tdk.gov.tr/TR/Genel/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=iltimas> ; Yurtcan'a göre de; iltimas sözlük anlamında anlaşılmalıdır. Ancak yazar sözlük anlamını, kanunun gerekçesine daha yakın bir anlamda, “bir konuda istek ve ricada bulunmak” olarak anlamaktadır. Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliye Karşı Suçlar**, s. 63; Centel'e göreyse iltimas; sözünün geçeceği düşüncesiyle yargı görevi yapanın taraflardan birini kayırmasını tutmasını istemektir. Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 150; Benzer şekilde Parlar/Hatipoğlu da iltiması; yargı görevi yapanlar nezdinde söz sahibi olduğuna inanarak davada taraf veya süje konumundakilerden birini tutmasını istemek olarak tanımlamaktadır. Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4299

⁷⁵⁴ <http://www.basbakanlik.gov.tr/Handlers/FileHandler.ashx?FileId=7419> ET: 28.11.2011

özellikle de adliyeye karşı suçların pek çoğu ile içtima durumu söz konusu olabilecektir.

Dahası 765 sy. TCK'nın 232. maddesinde seçimlik hareketlerden, 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce de TCK m. 277'de örnek olarak sayılan hareket modellerinden biri olarak öngörülen “*emir vermek*” kalıbının madde metninden çıkarılması isabetli olmamıştır. Zira söz konusu hareket modelinin, Anayasamızın mahkemelerin bağımsızlığı başlıklı 138. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; “*Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*” hükmünün ihlaline karşılık öngörüldüğü açıktır. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre, ceza davasında bir sanığın müdafiliğini üstlenen avukatın, aynı davada görevli üye hakim ile arasında astlık üstlük ilişkisinin bulunmaması nedeniyle hakime emir vermesi mümkün değildir⁷⁵⁵. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir başka kararında da Cumhuriyet Savcısının, aynı adliyede görev yaptığı Asliye Hukuk Mahkemesi hakimine aralarında astlık-üstlük ilişkisi bulunmaması ve meslektaş olmaları sebebiyle emir vermesinin, baskı yapmasının veya nüfuz icra etmesinin mümkün olmadığı ancak savcının hakimden hatıra binaen ricada bulunarak iltimas isteyebileceği görüşünü benimsemiştir⁷⁵⁶. Kanımızca bundan böyle “*emir vermek*” ve diğer örnek hareket modelleri maddede sayılmasa da, uygulamada bu içtihatlarda ortaya konulan ölçütlerin “*etkileyebilecek konumda olma*” üst başlığı altında mutlaka dikkate alınması gerekir. Zira bize göre Yargıtay'ın aradığı astlık-üstlük ilişkisinin, hukuki bir astlık-üstlük ilişkisi olarak değil, diğer seçimlik hareketler bakımından da söz konusu olması gereken fiilen emir verecek, baskı yapacak, nüfuz icra edecek konumda olmak şeklinde anlaşılması gerekir. Yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili hakimlere emir ve talimat vermenin, zaten hukuken mümkün olmadığı açıktır.

Doktrinde bu suçun zarar suçu olmayıp, tehlike suçu olduğu yönünde görüş birliği vardır⁷⁵⁷. Zarar suçlarında tipik eylemle suç konusunun bir zarara uğraması gerekirken, tehlike suçlarında, hareket nedeniyle meydana gelen sonucun suç konusu

⁷⁵⁵ YCGK T. 27.11.2007 E. 2007/5-70 K. 2007/254 www.kazanci.com ET: 08.02.2012

⁷⁵⁶ YCGK T. 30.11.2010 E. 2010/4-207 K. 2010/238 www.kazanci.com ET: 08.02.2012

⁷⁵⁷ Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 63; Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yaparı Etkileme Suçu”, s. 151

bakımından bir zararı meydana getirme tehlikesi söz konusudur. Doktrinde genel olarak kabul edilen ayırım, somut ve soyut tehlike suçu ayırımıdır⁷⁵⁸. Somut tehlike suçlarında, hareketin suç konusu bakımından somut olayda gerçek bir zarar tehlikesine yol açtığına hakim tarafından araştırılıp tespit edilmesi gerekir. Soyut tehlike suçlarında ise, suç tipinde tanımlanan hareketin yapılmasıyla suç konusu bakımından bir tehlikenin ortaya çıkacağı varsayıldığından, suç konusu üzerinde gerçekten bir tehlike neticesinin meydana gelip gelmediği ayrıca araştırılmaz.

Birçok yazar 277. maddede öngörülen suçun bir zarar değil, soyut tehlike suçu olduğu görüşündedir. Meran'a göre bu suçun oluşması için, zarar tehlikesinin doğması, örneğin, hakimin sözü edilen kişiler aleyhine bir karar verme olasılığının meydana gelmiş olması da gerekmez⁷⁵⁹. Buna karşılık suçun soyut tehlike suçu olduğunu kabul eden Parlar/Hatipoğlu⁷⁶⁰, suçun oluşumu için suç konusu kapsamındaki kişilerin fiilden etkilenme tehlikesini (olasılığını) arayarak suçun somut tehlike suçu olduğu görüşüne yaklaşmış ve kendileriyle çelişkiye düşmüşlerdir. Ünver'e göre de bu suç soyut tehlike suçu olup suç konusu kapsamındaki kişilerin etkilenip etkilenmemesi önemli değildir, suç konusu kapsamındaki kişileri etkilemeye teşebbüs edilmesi, bu suçun tamamlanması açısından yeterlidir⁷⁶¹. Kanımızca bu suçun oluşması için hem etkilemeye teşebbüs edilmesini aramak, hem de soyut tehlike suçu olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Tıpe uygun eylem teşebbüs eylemi olduğuna göre bu suç bakımından TCK'nın 35. maddesindeki teşebbüs şartlarının dikkate alınması gerekir. Bu yönden elverişlilik değerlendirmesi yapılması zorunludur. Nitekim Soyaslan'a göre de teşebbüs cezalandırılabilen bir tehlikeli fiile dönüştüğü ve somutlaştığı zaman vardır⁷⁶². Dolayısıyla TCK m. 277'deki suç bir somut tehlike suçu olarak kabul edilmelidir. Birleşik Devletler hukukunda ise bazı yönlerden TCK m. 277'nin karşılığı olarak değerlendirilebilecek derdest federal davanın engellenmesi suçu bakımından failin çabalarının başarıya ulaşması ve hatta başarıya ulaşmaya elverişli olması (Elbette manevi unsur bakımından failin bu engelleme çabalarının

⁷⁵⁸ Daragenli, "Tehlike Suçları", s. 185, Yazar tehlike suçlarının somut tehlike suçları ve öngörülen tehlike suçları şeklinde ikiye ayrılarak incelenebileceğini, bununla birlikte henüz somut ve yakın bir tehlikenin varlığı aranmaksızın cezalandırılabilen öngörülen tehlike suçlarının ancak kabahat veya idari hukuka aykırılıklar olarak düzenlenebileceğini savunmuştur. Dolayısıyla yazara göre teknik anlamda tehlike suçları ancak somut tehlike suçu olarak düzenlenebilir.

⁷⁵⁹ Meran, **a.g.e.**, s. 283

⁷⁶⁰ Parlar/ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4299

⁷⁶¹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 224

⁷⁶² Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, s. 99

yetersizliğinin farkında olmaması gerekir.) şartı aranmamıştır⁷⁶³. Bu yönden Birleşik Devletler hukukunda bu suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlendiğini söylemek yanlış olmaz.

Bu bağlamda bir hususun üzerinde durmakta yarar vardır. Ünver'in “...*tipik eylemin gerçekleştirilmesi (suçun diğer unsurlarının varlığı koşuluyla) suçun oluşumu için yeterlidir, yargı organının bu eylemden etkilenip etkilenmemesinin veya ilgili kimselerin leh veya aleyhlerine bir karar verilip verilmemesinin suçun oluşumu açısından bir önemi bulunmamaktadır.*” şeklindeki ifade tarzından⁷⁶⁴ yargı görevi yapanın eylemden etkilenmesinin aranması halinde somut tehlikeden, yargı görevi yapan tarafından maddede sayılan kişilerin leh veya aleyhinde bir eyleme geçilmesi halinde ise örneğin savcının iddianamesini, avukatın savunmasını, hakimin ise kararını bu etki doğrultusunda şekillendirmesi halinde de zarardan söz edileceği, bu kanuni tipte bunların aranmadığı, bir başka deyişle bu suç tipinin soyut tehlike suçu olduğu sonucu çıkmaktadır. Burada altı çizilmesi gereken bir husus da yazarın “*yargı organı*” ve “*karar*” ifadelerini kullanmış olmasıdır. Oysaki TCK m. 277'de etkilenmeye çalışılan yargı organı veya hüküm değil, suçun konusu kapsamındaki kişilerdir. Gerçekten 5237 sy. TCK anlamında yargı görevi yapanların kapsamına savcı ve avukatların da girmesi bu suç tipini 765 sy. TCK'nın 232. maddesindeki suç tipinden farklılaştırmış, 6352 sy. kanunla suçun konusu kapsamına bilirkişi ve tanıkların da alınması bu farklılığı pekiştirmiştir. Ancak farklılıklar yalnızca suç tiplerinin konusuyla sınırlı değildir. Şöyle ki mülga TCK m. 232'deki suçun eylem unsuru da konunun hareketten etkileniş derecesine göre TCK m. 277'den oldukça farklıdır. Gerçekten bu suç tipinin eylem unsuru “*hakimlere emir ve tahakküm veya nüfuz veya iltimas etmek*” olarak düzenlenmiş, teşebbüsten ise söz edilmemiştir. Kanımızca yazar TCK m. 277'deki suç tipini mülga TCK m. 232'nin etkisi altında analiz etmektedir. Oysa ki TCK m. 277'nin somut tehlike suçu olması sebebiyle soyut/somut tehlike suçu ve zarar suçu bakımından yazarın ifade tarzını temel alarak yaptığımız analiz hakim veya mahkeme bakımından bir ölçüde tutarlılık gösterse de savcı, avukat, bilirkişi ve tanıklar bakımından aynı sonuca ulaşmak mümkün değildir. Çünkü bu suç tipinin önlemeye çalıştığı zararlı sonuç hükmün etkilenmesi olarak kabul edilirse, bunun ancak hakimin veya mahkeme heyetinin kararı ile ortaya çıkabileceği, bir başka deyişle tez ve antitezleri dinleyerek bir yargı kararına varacak

⁷⁶³ Doyle, a.g.e., s. 15

⁷⁶⁴ Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 220

ve uyuşmazlığı kesip atacak olanın onlar olduğu açıktır. Böyle bir skala kabul edildiği takdirde, hakimin etkilenmesi tehlikesi soyut tehlike olurken, suç konusu kapsamındaki kişilerin etkilenmesi daha da hazırlık hareketleri alanına doğru bu suç tipini çekecektir. Böyle bir kabulü ise suç tipinde teşebbüs şartlarının aranmasıyla yani elverişlilik ve nedensellik değerlendirmeleriyle bağdaştırmak mümkün değildir. Kanımızca TCK m. 277'nin önlemeye çalıştığı zararlı sonucun hükmün etkilenmesi olmadığı, mülga TCK 232/2'deki ağırlatıcı sebebe TCK m. 277'de yer verilmemesiyle de kanıtlanmaktadır.

Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs etmek için fail tarafından yapılacak hareketlerin, “*davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak*”⁷⁶⁵ şekilde gerçekleştirilmeleri gerekmektedir. Kanımızca suçun önşartı kapsamına “*görülmede olan bir dava*”nın yanında “*yapılmakta olan bir soruşturma*”nın da katılması, buna karşılık bu ibarede yalnızca “*davanın taraflarından*” söz edilmesi hatalı olmuştur. Bu hareketlerin leh veya aleyhinde yapılmasını kanun koyucunun şart koştuğu kişiler madde metninde sınırlı olarak sayılmıştır⁷⁶⁶. Maddede sayılanlar dışında üçüncü kişilerin leh veya aleyhinde olarak yargı görevi yapanın, bilirkişinin veya tanığın etkilenmeye çalışılması halinde bu suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir. Örneğin bir davada üçüncü kişilerin ismini ortaya atarak bunlar aleyhine bir durum yaratılması örneğin bunlara karşı bir başka dava açılmasının sağlanmasına yönelik etkileme eylemleri, maddede sayılan kişilerin doğrudan leh veya aleyhine olmadıkça bu suçu oluşturmayacaktır. Maddenin kaleme alınış tarzından ceza davasının taraflarının hatalı olarak sanıklar, katılanlar veya mağdurlar olarak tek tek sayılmaya çalışıldığı buna karşılık örneğin hukuk mahkemesinde görülen bir dava bakımından yalnızca “*davanın tarafları*” ifadesinin kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Ünver'e göre⁷⁶⁷, “*maddede yazılan ve failin leh veya aleyhinde olarak yargıyı etkilemeye çalıştığı kişilerin kanuni tip içinde sınırlı sayıda belirtilmesi hatalı ve amaca aykırı olmuş, kanunilik ilkesi nedeniyle, bazı boşlukların doğmasına ve diğerleri kadar veya onlardan daha ağır nitelikte olmalarına karşılık*

⁷⁶⁵ Kadük kalan tasarıda da öngörüldüğü gibi 6352 sy. kanunla bu suçun önşartı kapsamına “*soruşturma*” da dahil edildiği için, buna uyum sağlamak amacıyla bu kişilerin kapsamına “*şüpheli*” de katılmıştır.

⁷⁶⁶ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 219

⁷⁶⁷ **A.g.e.**, s. 220

cezalandırılmayan hareket modellerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu maddede sayılanlardan başkasının lehinde veya aleyhinde yargıyı maddede belirtilen biçimde ve aynı kastla etkilemeye girişmek eylemleri cezalandırılmayacağından, bazı kimselerin, örneğin suçtan zarar görenlerin leh veya aleyhinde olarak yargıyı etkilemeye teşebbüs etmek eylemleri bu suçta vücut vermeyecektir.”

Bize göre de Ünver’in bu eleştirisi yerindedir. Gerçekten yukarıda açıklamaya ve analiz etmeye çalıştığımız “*görülmekte olan bir dava*” ve “*yapılmakta olan bir soruşturma*” kavramları bakımından bu suçun kapsamına girebileceği soruşturma veya dava süreçlerine katılan ve fakat bunların tarafı da olmayan ve maddede sayılanlar dışındaki kişilerin leh veya aleyhinde olarak suç konusu kapsamındaki kişiler etkilenmeye çalışıldığı takdirde bu suç oluşmayacaktır. Örneğin sadece ceza muhakemesi bakımından bile, üstelik CMK’nın 6. maddesinin 1. fıkrasının i bendinde “*Yargılama konusu işin hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddi ve mali sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenecek veya bunlara katlanacak kişi*” olarak tanımlanmasına rağmen CMK’nın 237. maddesine göre davaya katılmadığı ve katılan sıfatı almadığı takdirde “*malen sorumlu*”nun leh veya aleyhinde olarak yargı görevi yapanları etkilemeye çalışma hareketi, bu suçu oluşturmayacağından cezasız kalacaktır. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Örneğin yine ceza muhakemesi bakımından; bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı tüzel kişilerin soruşturma ve kovuşturmada temsilini düzenleyen CMK’nın 249. maddesinde sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşımadığı durumlarda tüzel kişinin organ veya temsilcisinin “*katılan*” veya “*savunma makamı yanında yer alan*” sıfatıyla duruşmaya kabul edilmesi düzenlenmiştir. 277. maddede “*savunma makamı yanında yer alan*”, leh veya aleyhinde olarak yargının etkilenmeye çalışıldığı kişiler arasında sayılmadığından, CMK’nın sanığa tanıdığı haklardan yararlanması öngörülen “*savunma makamı yanında yer alan*” süjesinin ceza davasının tarafı olarak değerlendirilmemesi durumunda leh veya aleyhinde olarak yargının etkilenmeye çalışılması halinde bu suç oluşmayacaktır. Aynı yönde eleştiride bulunan Centel’e göre de⁷⁶⁸; bu ayrıntılı sayma yerine, 765 sy. TCK’nın 232. maddesinde olduğu gibi yalnızca davanın taraflarından söz edilseydi anlam değişmeyecek ancak tanım daha

⁷⁶⁸ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 154

sade olacaktı. Bu eleştirilere rağmen söz konusu yanlışlık 6352 sy. kanunla yapılan değişiklikler kapsamında da düzeltilmemiştir.

2. Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçunun Tipe Uygun Eylem Unsuru

Bu suçun tipe uygun eylem unsuru 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce 288. maddede sayılan kişileri ve mahkemeyi etkilemek amacıyla “*alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak*” olarak düzenlenmişti. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra da suçun tipe uygun eylem unsuru maddede belirtilen bir takım hukuka aykırı sonuçlara ulaşmak için ve suç konusu kapsamındaki yargı görevi yapan, tanık veya bilirkişiyi hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla “*alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunmak*” olarak kabul edilmelidir⁷⁶⁹.

Bu suçun neticesi hareket bitişik bir suç bir başka deyişle sırf davranış suçu olduğu söylenmiştir⁷⁷⁰. Oysaki gerek bu suçun tipe uygun eylem unsuru içerisinde “*aleniyyet*” unsuruna yer verilmesi, gerekse de maddenin başlığında “*teşebbüs*” sözcüğünün kullanılması sebebiyle suçun elverişlilik değerlendirmesinin yapılması, nedensellik bağlantısının araştırılması gereken neticeli bir suç olduğu sonucuna varılmalıdır. Gerçekten isabetli olarak 6352 sy. kanununun 288. maddeye ilişkin gerekçesinde de etkilemeye elverişlilik şartına atıf yapılmış bu bakımdan TCK’nın “*Suçta teşebbüs*” kenar başlıklı 35. maddesinin ve gerekçesinin dikkate alınması gerektiği söylenmiştir. Suçun oluşması için teşebbüs şartları arandığından bu hususların göz önünde tutulması zaten gerekli ve doğaldır⁷⁷¹.

Nitekim mülga BsK m. 19/2’deki yargıyı etkileme suçu bakımından da suçun neticesi harekete bitişik bir suç ve soyut tehlike suçu olduğu yönündeki görüşlere itibar etmeyen Kocasakal’a göre maddenin “*yargıyı etkileme*” başlığı metne dahil olduğundan madde başlığı ile birlikte yorumlanmalı ve sadece mütalaa yayının suç

⁷⁶⁹ 6352 sy. kanunla mülga BsK m. 19/2’deki yargıyı etkileme suçunun tipe uygun eylem unsuru “*suç konusu işlemler hakkında mütalaa yayınlanması*”ydı. Bu anlamda örneğin açık duruşma tutanaklarının herhangi bir mütalaa söz konusu olmaksızın yayınlanması bu suçu oluşturmuyordu. Örneğin İngiliz ve İskoç hukuklarında da aleni duruşma tutanaklarının doğru ve makul biçimde iyi niyetle yayınlanmasının, daha önce Common Law kapsamında olduğu gibi 1981 tarihli Contempt of Court Act kapsamında da suç oluşturmayacağı kabul edilmiştir. Godard, a.g.m. , s. 372

⁷⁷⁰ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, **a.g.e.** , s. 8116

⁷⁷¹ Daragenli, “Tehlike Suçları”, s. 168; Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, s. 194

oluşturmadığı kabul edilmelidir⁷⁷². Benzer şekilde Fransız Ceza Kanunu'nun 434-16. maddesindeki suçun “*baskı yapmaya yönelik eleştirel açıklama/yorum yayınlamak*” olarak tanımlanan tipe uygun eylem unsurunun kitle iletişim özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandırabilecek nitelikte olduğu, ancak Fransa’da mahkemelerin “*yönelik*” sözcüğünü yorumlarken hükmün kapsamını daraltan bir uygulamaya gittikleri söylenmiştir⁷⁷³.

Diğer yandan İngiliz ve İskoç hukuklarında, İHAS ile uyumun sağlanması bakımından 1981 tarihli Contempt of Court Act kapsamında kamusal olaylarla ilgili veya genel yararı ilgilendiren sorunlarla ilgili iyi niyetli her türlü kamusal tartışmanın yayınlanması bir davayı etkilemek bakımından yalnızca “*tali bir risk*” taşıyorsa suç oluşturmaz⁷⁷⁴. Böylece contempt of court suçunun oluşması için common law kapsamında aranan “*ciddi risk*” veya “*gerçek risk*” gibi ölçütlerin yerine adaletin doğru işleyişini engelleme veya buna ciddi bir zarar verme yüksek riski yani kısaca “*ciddi zarar yüksek riski*” aranmak suretiyle medyaya daha büyük bir özgürlük alanı bırakıldığı söylenmiştir⁷⁷⁵. Gerçekten bu durumda önemsiz bir zarar konusunda ciddi risk veya önemli bir zarar konusunda önemsenmeyebilecek bir risk bulunması hallerinde suç oluşmayacaktır⁷⁷⁶. 1981 tarihli Contempt of Court Act kapsamında yüksek risk ölçütünden “*uzak olmayan risk*” veya “*ihmal edilemez risk*” anlaşılmaktadır⁷⁷⁷. Böylece İngiliz ve İskoç hukuklarında da suçun somut tehlike suçu niteliğine kavuşturulmaya çalışıldığı söylenebilir. Kanımızca davadan önceki aşamadaki yayınlarla ilgili olarak da değerlendirmeler içeren bu ölçütler, çalışmamız

⁷⁷² Ümit Kocasakal'ın görüşü için bkz. “Atölye Tartışmaları”, **Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I**, s. 54; Alacakaptan'a göre de maddeyle ilgili olarak fiilin neticeyi doğurmaya elverişli olup olmadığının dikkate alınması gerekliydi. Alacakaptan, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı” , s. 43; Bu dönemde Evik de bu suçun oluşması için mütalaa yayımının yargıyı hukuka aykırı olarak etkileyebilecek şekilde ve etkilemek amacıyla yapılmasının aranması gerektiği görüşünü paylaşmış ve suçun açıkça soyut değil somut tehlike suçu olarak düzenlenmesini ve suçun işlenebilmesi için hukuka aykırı olarak etkileme amacı şeklinde bir özel kast aranmasını, aksi takdirde herhangi bir görüş açıklaması veya eleştirinin bu kapsamda görülerek cezalandırılması tehlikesinin doğacağına altını çizmiştir. Vesile Sonay Evik, “Basın Kanununa İlişkin Düşünceler”, **Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I**, s. 89; Ayrıca Evik'in başka bir çalışmasında da isabetli olarak belirttiği üzere suç soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş bile olsa, suç normunu amacına aykırı bir şekilde anlayıp uygulamak, kanun koyucunun cezalandırmayı amaçlamadığı bir fiilin cezalandırılması sonucunu doğuracak ve kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Bu yüzden soyut tehlike suçları bakımından da suç tipinde tehlike açıkça belirtilmiş olmasa da aranmalıdır. Çetin Özek, “Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet”, Edip Çelik'e Armağan, İstanbul, 1995'den akt. Daragenli, “Tehlike Suçları”, s. 185-186

⁷⁷³ Derieux, **a.g.e.**, s. 564

⁷⁷⁴ Godard, **a.g.m.**, s. 372-373

⁷⁷⁵ **A.g.m.**, s. 373

⁷⁷⁶ **A.g.m.**

⁷⁷⁷ **A.g.m.**

kapsamındaki gerek TCK m. 277 gerekse m. 288'deki suç tipleri bakımından da somut tehlikenin belirlenmesinde kullanılabilir.

Bu suç seçimlik hareketli bir suç olup, seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla tipe uygun eylem gerçekleşir. Dilimizde “*beyan*” , bildirme, açıklama, bildirim olarak tanımlanmaktadır⁷⁷⁸. “*Sözlü*” , sözle, konuşma biçiminde yapılan, şifahi olarak yapılan, “*yazılı*” ise yazılmış olan, muharrer anlamındadır⁷⁷⁹. Bu durumda sağır-dilsizlerin kullandığı işaret diliyle yapılan açıklamalar veya karikatür, resim gibi şekillerle yapılan bildirimler bu suçu oluşturmayacaktır. Gerçekten maddede suçu oluşturan hareketin bu şekilde sınırlanmış olması nedeniyle, başka bir hareketle suçun işlenmesi mümkün değildir⁷⁸⁰. Bu anlamda katılmadığımız bir görüşe göre bir beyan ancak sözlü ya da yazılı olabileceği için metinde ayrıca bu sözcüklere yer vermek fazlalık (redundance) olup, yasa yapma tekniğine aykırıdır⁷⁸¹. Bir başka yazar ise maddeye özellikle yazılı beyanlar bakımından eleştiri getirmekte, bilimsel inceleme veya makalelerin ne derece yazılı beyan sayılacağına belirsiz olduğunu ve kanun koyucunun bu yönden özensiz davrandığını ifade etmektedir⁷⁸². Kanımızca söz konusu eleştiride haklılık payı olduğu söylenebilirse de bu sakıncalar hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni ve manevi unsur kapsamında yapılacak değerlendirmelerle aşılmaya çalışılmalıdır.

Maddede sayılan yazılı veya sözlü beyanda bulunma hareketlerinin aynı zamanda alenen gerçekleşmesi gereklidir. Aleni olmayan yazılı veya sözlü beyanlar bu suçu değil, diğer şartları varsa TCK m. 277'deki suçu oluşturabilir. Bu suçta aleniyet unsuruna yer verilmiştir. Dilimizde “*alenen*”; açıktan açığa, herkesin gözü önünde, herkesin içinde, gizlemeden, açıkça; “*aleni*” açık, ortada, meydanda, herkesin içinde yapılan; “*aleniyyet*” ise açıklık anlamlarına gelmektedir⁷⁸³. Hukuk sözlüğünde de “*alenen*”; açıkça, açık olarak, herkesin gözü önünde; “*aleni*”; açık, ortada, herkese açık, belli, besbelli, gizli olmayan, kamuya açık, herkesçe

⁷⁷⁸ Yılmaz, **a.g.e.** , s. 118; <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

⁷⁷⁹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

⁷⁸⁰ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, **a.g.e.** , s. 8115

⁷⁸¹ Sami Selçuk, Adil Yargılamayı Etkileme Suçları II, Star Gazetesi, 19.08.2008 tarihli yazı <http://www.stargazete.com/mobil/guncel/yazar/sami-selcuk/-dil-yargilamayi-etkileme-suclari-ii-haber-121651.mob> ET: 26.12.2011

⁷⁸² M. Nihat Ömeroğlu, “Yargıyı Etkileme Suçuna Teşebbüs”, Radikal Gazetesi, 25.06.2010 tarihli yazı

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalHaberDetayV3&Date=&ArticleID=1004417&CategoryID=99> ET: 26.12.2011

⁷⁸³ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

bilinebilirlik olarak; “*aleniyet*” ise açıklık, kamuya ait olmaklık olarak tanımlanmıştır⁷⁸⁴.

Aleniyet için aranan ölçüt, gerçekleştiği koşullar veya ortam itibariyle fiilin belirli olmayan ve birden fazla kişiler tarafından algılanabilir, öğrenilebilir olmasıdır⁷⁸⁵. Herkesin rahatlıkla ve izin almadan girebileceği bir yerde, bir ya da iki kişiye yapılan bir açıklamanın dahi aleni olduğu, aleniyetin, birçok kişiye bildirimde bulunmayı değil, kim olursa olsun herkesin bildirimden haberdar olabilme olasılığını ifade ettiği söylenmiştir⁷⁸⁶. Bu yüzden yalnızca belli meslek mensuplarının, belli sığata sahip olan kimselerin girebileceği ya da izin almak koşulu ile girilebilen yerlerin herkese açık ve dolayısıyla aleni olduğu söylenemez⁷⁸⁷. Buna karşı bir görüşe göre aleniyet ihlalin gerçekleştiği yerin kamuya açık veya kapalı olmasıyla ve birçok kimse tarafından öğrenilebilme ihtimaliyle ilgili olmayıp, aleniyet bakımından önemli olan fiilin birçok kimse önünde gerçekleştirilmesi ve birçok kimsenin öğrenmesinin sağlanmış olmasıdır⁷⁸⁸.

Yargıtay’ın aleniyele ilişkin çeşitli kararlarında; belediye binası bitişiğindeki seyyar itfaiye nöbetçi kulübesi⁷⁸⁹, okul dersliğı⁷⁹⁰, makam odası⁷⁹¹ gibi yerler bakımından aleniyetin gerçekleşmediğini kabul ettiğini görüyoruz. Yargıtay diğere bazı kararlarında ise herkese açık olan mağazayı⁷⁹², mahiyeti itibarıyla büyük bir kalabalığın bulunduğu kongreyi⁷⁹³ ve otobüsü⁷⁹⁴ aleniyetin gerçekleştiği yerlerden saymıştır. Aleniyet şartıyla ilgili bir husus da duruşmanın aleniyetiyle (açıklığıyla) karıştırılmaması gereğidir. Bu bağlamda açık duruşmada yapılan açıklamalar bu kapsamda değerlendirilemez⁷⁹⁵. Yine elektronik posta iletilerinin kişiye özel ve yalnızca ilgili kişi tarafından açılacak iletiler olmasından bahisle, bunların birden

⁷⁸⁴ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 52-53

⁷⁸⁵ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4371; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8115

⁷⁸⁶ Meran, **a.g.e.**, s. 354

⁷⁸⁷ **A.g.e.**

⁷⁸⁸ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 265-267

⁷⁸⁹ Yargıtay 4. CD E. 2002/3195 K. 2002/4893 T. 27.03.2002

⁷⁹⁰ Yargıtay 4. CD E. 2003/11951 K. 2004/11356 T. 24.11.2004

⁷⁹¹ Yargıtay 4. CD E. 2003/7893 K. 2004/6117 T. 11.05.2004

⁷⁹² Yargıtay 4. CD E. 2006/4781 K. 2007/8616 T. 01.11.2007

⁷⁹³ YCGK E. 1983/2-344 K. 1984/70 T. 13.02.1984

⁷⁹⁴ YCGK E. 1983/482 K. 1983/18 T. 31.01.1983

⁷⁹⁵ Gürses, **a.g.m.**, s. 162

fazla kimselere gönderilmiş olsa bile alenen açıklama olarak değerlendirilemeyeceği söylenmiştir⁷⁹⁶.

Suçun tipe uygun eylem unsuru bakımından aleniyetin objektif cezalandırılabilme şartı olup olmadığı tartışılmalıdır. Gerçekten bazı yazarlarca bu suç bakımından aleniyetin objektif cezalandırılabilme şartı olduğu savunulmuştur⁷⁹⁷. Gerçekten suç işlemeye tahrik, suçu övme ve benzer suçlarda aleniyet unsurunun niteliği üzerinde görüş birliği olmadığı söylenmiştir⁷⁹⁸. Doktrinde objektif cezalandırılabilme şartlarını unsurlardan kesin olarak ayırmanın mümkün olmadığı ve bir hususun unsur mu yoksa cezalandırılabilme şartı mı olduğu noktasında tereddüde düşüldüğünde sanığın daha lehine olduğundan, unsurun varlığını kabul etmenin daha doğru olacağı söylenmiştir⁷⁹⁹. Kunter'e göreyse; bazı suçlarda kanun koyucu bazı neticelere yönelik bilmeme ve yanılmaları kabul etmemektedir ve; suçun niteliğine bakarak hangi neticede objektifliğin zaruri ve yeterli olduğunun araştırılması gereklidir⁸⁰⁰. Kanımızca ceza hukukunda tereddüt halinde daima sanık lehine yorum yapılmalı ve objektif sorumluluğa varacak sonuçlara ulaşılmamalıdır. Bu yüzden aleniyetin bu suç bakımından objektif cezalandırılabilme şartı değil, suçun bir unsuru olduğu kabul edilmelidir.

H. Suçların Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Suçun oluşması eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Hukuka aykırılık suçun bir unsuru olduğundan eylem hukuka aykırı olmadıkça suç oluşmaz.

Centel'in 277. maddeyle ilgili görüşlerine göre⁸⁰¹; *“Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller TCK m. 24 ve devamında gösterilmiştir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde fiil suç olmaktan çıkar ve fiili işleyen*

⁷⁹⁶ Meran, **a.g.e.**, s. 354

⁷⁹⁷ Selçuk, a.g.m.

⁷⁹⁸ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin, Ankara, 2005, s. 207

⁷⁹⁹ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta, İstanbul, 1997, c. 1, s. 319-320

⁸⁰⁰ Nurullah Kunter, **Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949, s. 226

⁸⁰¹ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 150

cezalandırılmaz. Ancak, yargı görevi yaparı etkileme suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin varlığı düşünülemez. Yargı faaliyeti haksız bir saldırı sayılamayacağına göre, örneğin, yargı görevi yapana etki eden failin kendisini veya bir yakını cezadan kurtarmak maksadıyla hareket etmiş olması yasal savunma oluşturmaz.” Yazarın bu görüşlerine birkaç yönden katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Öncelikle TCK’nın 24 ila 34. maddelerinde düzenlenen ve TCK’da “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*” bölüm başlığıyla yer alan nedenlerin hepsi hukuka uygunluk nedeni olmayıp, hatalı olan bölüm başlığından ve kanun sistematığından de⁸⁰² anlaşılacağı üzere bazıları yalnızca kusur yeteneğini kaldıran veya azaltan hallerdir. İkinci ve daha önemli olarak yazar “*yargı görevi yaparı etkileme suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin varlığının düşünülemeyeceğini*” ifade etmiştir. Bize göre TCK m. 277 ve m. 288’deki suçlar bakımından da diğer bütün suçlar için olabileceği gibi hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olabilecektir. Yazarın verdiği örnek meşru savunma hukuka uygunluk nedeni bakımından tartışılabilir olmakla birlikte diğer bazı hukuka uygunluk nedenlerinin bu suçlar bakımından söz konusu olacağı muhakkaktır. Kaldı ki hukuk yaşamın dışında kalamaz ve gerçek yaşamda adil yargılanma hakkının açıkça ihlal edildiği, hukuka aykırılıkların tartışılmayacak kadar göze battığı davalar olabilir. Bu tür durumlarda savuma hakkından, direnme hakkına kadar geniş bir yelpazede hukuka uygunluk nedenlerinden yararlanılabilir.

Yazılı veya yazılı olmayan bir hukuk normuna dayanan her türlü etkilemeye teşebbüs hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hukuka uygunluk sebebi olarak anlaşılmalıdır⁸⁰³. Bu bağlamda eğer bir hareket sonuç itibarıyla etkilemeye teşebbüs niteliğinde olmakla birlikte, yapılan bu hareket herhangi bir hukuka uygunluk nedeni içinde gerçekleştirilmişse, eylem suç teşkil etmeyecektir⁸⁰⁴. Gerçekten hukuka uygunluk nedenlerinin yazılı olması zorunluluğu bulunmamaktadır, 765 sy. TCK döneminde olduğu gibi kanunda yazılı olmayan hukuka uygunluk nedenleri de söz konusu olabilir.

⁸⁰² İçel/Evik, **a.g.e.**, s. 215

⁸⁰³ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 221

⁸⁰⁴ **A.g.e.**

TCK m. 277'deki suç bakımından Ünver'in de ifade ettiği gibi, doktrinde “*hukuka özel aykırılık*” diye ifade edilen ilave unsurlara yer verilmiştir⁸⁰⁵. Kanuni tipe göre, 277. maddedeki etkileme girişiminin ilgilileri “*hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmek*”⁸⁰⁶ niteliğinde bulunması gerekir. Eğer suçun konusu kapsamındaki kişiler hukuka uygun olarak etkilenmeye girilirse bu hüküm nedeniyle suçun (özel) hukuka aykırılık ögesi bulunmayacağı için suçun oluştuğundan söz edilemez⁸⁰⁷. Birleşik Devletler hukukunda da derdest federal davanın engellenmesi suçunun oluşması için suçun hukuka aykırı olarak “*corruptly*” işlenmesi madde metninde açıkça aranmak suretiyle hukuka özel aykırılık unsuruna yer verilmiştir⁸⁰⁸.

Ünver'in de⁸⁰⁹ haklı olarak ifade ettiği gibi aslında hukuka özel aykırılık unsurunun manevi unsur içinde incelenmesi gerekmektedir. Gerçekten diğer hukuka aykırılık hallerinde failin kastının suçun hukuka aykırılık unsurunu da kapsamı ve suça ilişkin somut yargılamada bunun kanıtlanması gerekmemektedir. Buna karşılık hukuka aykırılık unsurunun kanunda özel olarak düzenlendiği durumlarda, failin kastının özel olarak belirtilen hukuka aykırılık hallerini içermesi aranmakta ve somut yargılamada faile herhangi bir ceza yaptırımının uygulanabilmesi için bu hususun da kanıtlanması gerekmektedir⁸¹⁰. Nitekim 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerle gerek TCK m. 277 gerekse TCK m. 288 bakımından özel kast kapsamında değerlendirilebilecek ibarelerin sayısı arttığı gibi 288. maddeye bu ibare “*hukuka özel aykırılık*” olarak değil de doğrudan özel kast kapsamında değerlendirilmesi daha anlaşılır biçimde “*hukuka aykırı olarak etkilemek amacı*”⁸¹¹ şeklinde yerleştirilmiştir. Bu sebeplerle biz bütün bu ibareleri suçların manevi unsurları başlığı altında değerlendirmeyi daha uygun buluyoruz.

⁸⁰⁵ **A.g.e.**

⁸⁰⁶ Gerek kadük kalan tasarıda, gerekse de 6352 sy. kanunda bu ifade aynen muhafaza edilmiştir.

⁸⁰⁷ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 221

⁸⁰⁸ Doyle, **a.g.e.**, s. 15

⁸⁰⁹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 221; Ayrıca aynı yönde görüş için bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 216'den akt. Tuğrul Katoğlu, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 123 “*Bir başka görüşe göre ise, bu ayrımın, aslında hukuka aykırılık konusu ile bir ilgisi olmayıp, manevi unsur içinde ele alınması tercih edilmelidir. Buna göre, hukuka özel aykırılık kavramından ziyade, failin belli bir amaçla hareket ettiği, ya da özel bir kasıtlı hareket ettiği durumlardan bahsedilmesi yerinde olacaktır.*”

⁸¹⁰ Sulhi Dönmezer/ Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, Beta, İstanbul, 1999, c. 2, s. 20

⁸¹¹ 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce 288. maddede “*etkilemek amacı*” açıkça düzenlenmiş ve fakat “*hukuka aykırı olarak*” ibaresine yer verilmemişti.

Bu aşamada özellik gösteren ve TCK m. 277 ve m. 288'deki suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olacak bazı durumları aşağıda tek tek ele almak istiyoruz.

2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

a. İddia ve Savunma Hakkı

İddia ve savunma hakkı⁸¹² Anayasamızın “*Hak arama hürriyeti*” başlıklı 36. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre; “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” Maddenin kapsamına 03.10.2001 tarihli ve 4709 sy. değişiklikle önceki ana bölümde ayrıntılı olarak açıkladığımız “*adil yargılanma hakkı*” da eklenmiştir. İddia ve savunma hakkı, böylece kapsamına girdiği adil yargılanma hakkı ile birlikte Anayasal güvence anlamında bir defa daha pekiştirilmiştir.

İddia ve savunmanın gereği gibi yapılabilmesi için davanın tarafı olan kişinin veya avukatının bu hakkını özgürce kullanabilmesi gerekir. Adil yargılanma hakkını koruyan, bu hakkın ihlalini ceza yaptırımına bağlayan bir suç tipinin, iddia ve savunma hakkının icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı düşünülemez. Bu suçun oluşması bakımından belirleyici olan hukuka uygunluk nedeninde sınırı kasten aşarak, adil yargılanma hakkıyla korunan davanın diğer tarafının bu hakkını ihlal edecek biçimde ilgilileri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmektir. Bu sınırın kast olmaksızın aşılması halindeyse bu eylemler taksirle işlendiğinde de cezalandırılan eylemlerden olmadıkları için TCK m. 27/1'e göre cezalandırılabilirler mümkün değildir.

⁸¹² Ayrıca iddia ve savunma hakkı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 765 sayılı eski TCK'nın 486. maddesinde düzenlenen, savunma dokunulmazlığının karşılığı olan 128. maddesinde, “*İddia ve savunma dokunulmazlığı*” başlığı altında yalnızca genel hakaret suçları için öngörülen özel bir hukuka uygunluk nedeniyle de güvence altına alınmıştır. Söz konusu hükme göre; “*Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde ceza verilmez. Ancak bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakialara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması gerekir.*” Eski kanunda yalnızca bir davadaki yargı mercileri bu dokunulmazlığın kapsamındayken, yeni yasayla idari makamlar da söz konusu savunma dokunulmazlığının kapsamına alınmıştır. Söz konusu özel hukuka uygunluk nedeninin niteliği hakkında bilgi için bkz. Dilek Ekmekçi, “İnsan Hakları Bakımından Avukatlık Mesleği-I”, **Legal Hukuk Dergisi**, Ocak 2012, c. 10, S. 109, s. 99-103; ayrıca ceza hukukunda izin verilen risk kavramıyla bağlantısı hakkında detaylı bilgi için bkz. Yener Ünver, **Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**, Beta, İstanbul, 1998, s. 19 ve 208-220

Ünver'in de ifade ettiği gibi iddia ve savunma hakkı, TCK m. 26/1'deki hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninin özel bir hali olarak düşünülmelidir⁸¹³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 765 sy. TCK'nın 232. maddesine dayanarak verdiği kararına göre; müdafinin görülmekte olan davanın sanığı hakkında yazılı ve görsel yerel basında çıkan haberlerin kamuoyunda yarattığı olumsuz havanın yargıyı da etkileyebileceği kaygısını mahkemenin bir üyesine iletmesi emir, baskı, nüfuz, iltimas hareketleri kapsamında olmayıp, “*yarar saiki*” de tespit edilemediğinden bu suç oluşturamaz⁸¹⁴. Bize göre 5237 sy. TCK'nın 277. maddesi serbest hareketli bir suç olarak düzenlendiği, 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerle de mülga 765 sy. TCK'nın 232. maddesinden neredeyse bütünüyle farklı bir suç tipi haline geldiği için; aynı eylemin 5237 sy. TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra işlenmiş olması halinde suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği noktasında gerekçedeki hareket alt unsuruna ilişkin veriler yetersizdir. Bununla birlikte, maddenin şu anki şekli bakımından da “*hukuka özel aykırılık*” veya “*özel kast*” kapsamında değerlendirilebilecek “*yarar saiki*” yokluğu sebebiyle eylemin suç olmadığı noktasında varılacak sonuç değişmemelidir. Diğer yandan Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında⁸¹⁵; avukat olan sanığın takip ettiği davayı gören hakime yazıp gönderdiği ihtarname başlıklı yazıda, tedbir talebi yönünde karar verilmediğinden ve bu nedenle müvekkillerinin mağdur edildiğinden söz ettikten sonra; “*haksız, adaletsiz kararlarını adalete uygun hale getirmeniz, getirmediğiniz takdirde tazminat davası açacağım gibi şikayet yoluna da gideceğimi ihtaren bildiririm*” şeklinde kaleme aldığı sözleri, vekalet görevi gereğince iddia ve savunma hakkı kapsamında mütalaa etmeyerek beraat hükmünü bozmuştur. Karara göre bu sözler, tazminat alacağına ilişkin bildirimden ibaret olmayıp, görülmekte olan bir davada hukuka aykırı olarak taraflardan biri lehine karar verilmesi amacıyla ve isteme konu kararın elde edilmesine yönelik baskı niteliğinde olup TCK'nın 277. maddesindeki yargı görevi yapanı etkileme suçunu oluşturur. Kanımızca bu karar eleştiriye açıktır.

Gerçekten 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 2. maddesinde avukatlığın amacı; “*...hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk*

⁸¹³ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 221

⁸¹⁴ Bkz. YCGK T. 27.11.2007 E. 2007/5-70 K. 2007/254 sayılı kararı www.kazanci.com ET: 08.02.2012

⁸¹⁵ Yargıtay 4. CD E. 2008/22167 K. 2011/383 T. 26.01.2011

kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak” olarak açıklanmış ve avukatın bu amaçla *“hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis edeceği”* ifade edilmiştir. Aynı zamanda maddede *“resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde”* de avukatlığın amacının yerine getirileceğinin ve avukatın bilgilerini genel olarak *“kişilerin yararlanmasına tahsis edeceği”* nin öngörülmüş olması karşısında; avukatların görev aldıkları veya almadıkları bir davayla ilgili olarak medyaya yaptıkları beyanların ve bu yolla kamuoyunun bilgisine sundukları hususların, ilke olarak avukatlığın amacı bağlamında kanun hükmünü yerine getirme; iddia ve savunma hakkı bağlamında hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilmesi ve TCK m. 288’deki suçu da oluşturmaması gerekir. Bize göre hukuk eğitimi almış, emeğini adaletin hizmetine sunmuş ve TCK’da yargı görevi yapan olarak tanımlanan avukatların *“bu suçlar bakımından sıradan kişilerden de fazla masumiyeti karine olmalı”*, yaptıkları beyan ve açıklamalar TCK m. 24/1’e göre kamusal görevleri bağlamında kanun hükmünü yerine getirme ve TCK m. 26/1’e göre de hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenleri kapsamında hukuka uygun sayılmalıdır.

Bu bağlamda Türkiye Barolar Birliği Reklam Yasağı Yönetmeliği’nin *“Medya İlişkileri”* kenar başlıklı 8. maddesi de değerlendirilmelidir. Şöyle ki m. 8/b’ye göre avukatlar *“halen ya da eskiden takip ettiği, devam eden veya sonuçlanmış bir dava hakkında; dava ile özdeşleşip tarafların sözcüsü gibi hareket edemez, davanın hukuki boyutları içinde kalmak kaydıyla ve zorunlu haller dışında yazılı, işitsel ve görsel iletişim araçlarına ve internet’e görüntü, bilgi, demeç veremez, açıklama yapamazlar”* Bize göre bu düzenlemede avukatın davayla özdeşleşmesinin yasaklanması ve genel olarak maddenin bütününde reklam yasağına ilişkin yapılan düzenlemeler yerindedir. Gerçekten avukatın savunma boyutundan ziyade bazen narsist amaçlarla medyayı kullanabildiğine çalışmamızın birinci ana bölümünde temas etmiştik. Ancak avukatın medyaya davayla ilgili bilgi, demeç vermesi veya açıklama yapması günümüzde son derece sık rastlanan bir durumdur. Bütün bu durumlarda avukatların çalışmamız kapsamındaki suçlar bakımından hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağını söylemek ve yine mesleki kuralları da ihlal ettiği sonucuna varmak gerçekçi olmayacaktır. Zira günümüzde medyanın ilgi gösterdiği davalar adeta medya önünde görülmekte, şüpheli veya

sanığın masumiyet karinesi ayaklar altına alınmakta, ne yazık ki hukuk bilmeyen herkes hukuk konuşmaktadır. Böyle bir durumda duruşma salonu medya önüne taşınmışken, avukatın medya önünde savunma görevini yerine getirmesinden doğal birşey olamaz. Bir başka deyişle medyanın etkisiyle veya başka şekillerde adillik niteliği zedelenen bir yargılamada avukatın medyaya beyanda bulunarak bu suç işleyebileceği kabul edilemez. Zira avukatın medya ilişkilerinde hukuka uygunluk nedeninin sınırı sosyolojik ve güncel gerçeklerden ayrı düşünülemez. Ayrıca siyasi boyutu olan bir davada şüpheli veya sanığın savunmasını medya önünde yapmaya “zorunlu” kalan bir avukat mahkemede öne süreceği siyasi boyutu olan argümanları medya önünde ileri süremediğinden savunma zaafa uğramış olacaktır. Bu yüzden maddede geçen “hukuki boyut” ifadesini “zorunlu haller” ifadesiyle bağdaştırmak güçtür.

Nitekim TCK m. 288’in 6352 sy. kanunla TCK m. 277’yle son derece benzer olarak düzenlenen yeni şekli de TBB tarafından “*Bu madde ile avukatların müvekkilleri ile ilgili maddi gerçeği açıklama zorunluluğu suç olarak düzenlenmektedir. Buna karşın masumiyet ilkesinin ihlali bir yaptırıma bağlanmamaktadır.*” gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır⁸¹⁶. Gerçekten bu suç tiplerinin savunmayı ve savunma hakkını sınırlaması değil adil yargılanma hakkını ve masumiyet karinesini koruması gerekli olduğundan maddenin, müdafinin zaman zaman medya önüne de taşınan muhakemede savunma görevini yapmasını engeller şekilde uygulanabileceği düşünülemez. Özetle avukat savunma için zorunlu olduğu ölçüde davayla ilgili bütün boyutlarıyla medyayı kullanabilmelidir. Bununla birlikte avukatın savunma görevini yaparken mahkemeye hakaret etmesi elbetteki düşünülemez. Nitekim Fransa’da avukatın ağır ceza mahkemesi bünyesindeki jüriyi ırkçı davranmakla suçlamasının FCK’nın 434-16. maddesindeki suçu oluşturduğuna karar verilmiştir⁸¹⁷.

Yine bu kapsamda kanımızca yalnızca belirli bir davada görev yapan müdafilerin değil, gerektiği durumlarda o davayla ilgili olarak AvK’nın 76, 95 ve 97. maddelerinde düzenlenen görevlerini yaparak, yetki ve haklarını kullanan baroların başkan, yönetim kurulu ve temsilcilerinin de savunma hakkı kapsamında bu eylemlerinin TCK m. 277 ve m. 288’deki suçları oluşturması mümkün değildir.

⁸¹⁶ http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/yarginin_hizlandirilmesi.doc ET: 12.03.2012

⁸¹⁷ Gattegno, a.g.e. , s. 366

Gerçekten AvK m. 76/1’de “*hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak*” baroların; AvK m. 95/4’de “*mesleğe ve meslek mensuplarına yönelik hak ihlallerine karşı avukatlık mesleğini ve meslektaşlarını savunmak, bu konularda her türlü yasal ve idarî girişimde bulunmak*” baro yönetim kurullarının, AvK m. 97/6’da “*Meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurallarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda doğrudan doğruya veya dolayısıyla kendisini göreve zorlayan hususları yapmak*” ise baro başkanının görevleri arasında sayılmıştır.

Türkiye Barolar Birliği’nin 6352 sy. kanun tasarı halindeyken ortaya konulan görüşünde, uygulamada savunma görevi yapan avukatların dahi yüz yüze kaldığı keyfi soruşturma ve kovuşturmaların varlığı sebebiyle TCK m. 277’de, savcılar ve avukatlar için bu suçun işlenemez suç olduğunu vurgulayacak bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiği söylenmiştir⁸¹⁸. Gerçekten iddia ve savunma hakkı Anayasal bir hak ve bu hakkın kullanılması da bir hukuka uygunluk nedeni olmakla birlikte TCK m. 128’deki gibi özel bir hukuka uygunluk nedeninin çalışmamız kapsamındaki TCK m. 277 ve m. 288 gibi suç tipleriyle ilgili olarak da öngörülmesi avukatlara daha açık bir güvence sağlamak bakımından yararlı olabilir.

b. Kitle İletişim Özgürlüğü

Bu başlık altında öncelikle adli haberlerin verilmesi, incelenmesi ve eleştirilmesinin hukuka uygunluğu bakımından doktrinde Özek’in ortaya koyduğu ve Yargıtay kararlarıyla da benimsenen gerçeğe uygunluk, güncellik, toplumsal yarar ve ilgi ölçütlerine temas etmekte yarar vardır⁸¹⁹. Bu ölçütlere konu ile ifade arasında düşünsel bağlılık ve ölçülülük ölçütleri de eklenebilir⁸²⁰.

Adli haberin gerçeğe uygunluğu ile kastedilen olayın kamuoyuna aksettirildiği andaki gerçeğe uygunluk olduğundan, bu gerçeklik nisbi bir gerçekliktir⁸²¹. Buradaki gerçeklik ceza muhakemesi sonunda ulaşılmaması amaçlanan maddi gerçekle karıştırılmamalı ve olayın haber verildiği andaki belirli biçimine uygunluk olarak

⁸¹⁸ http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/yarginin_hizlandirilmesi.doc ET: 12.03.2012

⁸¹⁹ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 172-179

⁸²⁰ İçel/Ünver, *a.g.e.*, s. 309

⁸²¹ Özek, *Türk Basın Hukuku*, s. 175

anlaşılmalıdır⁸²². Gerçekten muhakeme sürecinin sonunda adli haberde şüpheli olarak yansıtılan kişinin suçsuzluğu ortaya çıkabilir. Ancak bu haberin hukuka uygunluğunu etkilemez. Diğer yandan olayın gerçekliği konusunda gazetecinin hataya düşmesi hukuka uygunluk sebebinde hataya düşmesi ve esaslı hata anlamına geleceğinden fiilin yine hukuka uygun sayılması gerekir⁸²³. Gerçekten gazetecinin böyle bir hatasının TCK m. 30/3'de öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinde hata⁸²⁴ kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Böyle bir durumda ilgili suç tipleri bakımından hukuka özel aykırılık halinin ve özel kastın da gerçekleşmeyeceği söylenmelidir⁸²⁵. Bu ölçüt bakımından aslında gerçekliğe uygun olan bir habere gerçeğe aykırı eklemeler yapılması halinde de haberin gerçeğe aykırı sayılması gereğine işaret edilmiştir⁸²⁶. Bir başka deyişle gerçeklik haberin bütünü açısından söz konusu olmalıdır.

Adli haberin hukuka uygunluğunun belirlenmesinde ortaya konulan bir diğer ölçüt güncelliktir. Aslında bu ölçütün kamu yararı ve toplumsal ilgi ölçütüyle de yakın ilişki içerisinde olduğu söylenmelidir. Zira bu ölçüt adli habere konu olan olayın, toplumsal ilginin ve kamu yararının bulunduğu süreç içerisinde kamuya sunulmasını ifade eder⁸²⁷. Her olayın somut koşulları bakımından nisbi bir nitelik gösteren bu ölçütün yerine getirilmemesi failin subjektif hareket ettiğini ortaya koymakla birlikte, gazeteci tiraj kaygısı gibi farklı saiklerle hareket etmiş olabileceğinden, bu durumun failin özel kastına ilişkin bir karine ortaya koyamayacağı açıktır⁸²⁸. TCK m. 288 bakımından ele aldığımızda, failin hukuka aykırı olarak etkileme amacı niteliğindeki özel kastı bulunmadığı takdirde haberin verilisinde bu koşul yerine getirilmeyip hakkın sınırı aşılrsa bile failin ceza sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁸²⁹.

Bu kapsamda üzerinde durulması gereken üçüncü ölçüt bireysel ve kamusal yararlar dengesinde kamusal yararın ağır basmasını ifade eden, toplumsal yarar veya

⁸²² İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 310

⁸²³ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 175

⁸²⁴ Donay, **TCK Şerhi**, s. 48

⁸²⁵ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 173

⁸²⁶ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 310

⁸²⁷ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 177

⁸²⁸ **A.g.e**

⁸²⁹ **A.g.e.**

kamu yararı ile toplumsal ilgi ölçütüdür⁸³⁰. Kişilerin özel hayatının bu kapsamda da sır niteliğini muhafaza ettiğinin ve özel hayatın örneğin bir boşanma davasıyla ilgili olarak değil de ancak ceza muhakemesiyle ilgili olarak haber konusu yapılabileceğine dikkat çekmek gereklidir⁸³¹. Şu kadar ki siyaset adamları veya sanatçılar gibi kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına ilişkin haberler toplumsal yarar ve ilgi dengesi bakımından oldukça ağır bastığından bu ilkenin istisnasını oluşturur⁸³².

Açıklamaya çalıştığımız bu üç temel ölçütün yanında hukuka uygunluk sebebinden yararlanmak için, haberin veriliş biçiminin haberin önemi ve kamusal yarar bakımından ölçülü olmasına ve konu ile ifade arasında düşünsel bağıllık bulunmasına dikkat edilmesi gerekir⁸³³. Yine bu kapsamda İtalyan hukukunda olaya konu olan kişi hakkında olayın güncel durumuna uygun olmayan nitelendirmeler yapılmasının örneğin soruşturma evresinde kişiden şüpheli yerine sanık veya suçlu olarak söz edilmesinin fiilin hukuka aykırı kabul edilmesine neden olabildiği söylenmiştir⁸³⁴.

Türk hukukunda ortaya konulan bu ölçütlere benzer bir takım ölçütler mahkemeye saygısızlık suçunun oluşması bakımından İngiliz ve İskoç hukuklarında mahkemelerce ortaya konulmuştur⁸³⁵. Bu ölçütler hukukumuzdan farklı olarak yalnızca basın hukuku kaynaklı ölçütler olmayıp bütün kitle iletişim hukuku alanını

⁸³⁰ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 315; Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 178

⁸³¹ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 178

⁸³² İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 316

⁸³³ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 318-319; Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 178-179

⁸³⁴ Özek, **Türk Basın Hukuku**, s. 179; Nitekim yukarıda açıkladığımız İHAM kararlarında ortaya konulan ölçütler de bu yöndedir.

⁸³⁵ İngiliz ve İskoç hukuklarında bu ölçütler; davanın türü, yayın tarihi ile davanın başlangıç tarihi arasında geçen süre, kitle iletişim aracının türü, yayın ile dava konusu olay arasındaki bağlantı, fotoğraf yayınlanması ve haberin içeriği olarak sayılmıştır. Somutlaştırmak gerekirse örneğin toplumsal belleğin zayıflığı dikkate alınarak gazete yazıları ve radyo yayınları için yayın tarihi ile davanın başlangıç tarihi arasında geçen dört aylık süre yayının hukuka uygun sayılması için yeterli bulunurken, televizyon yayınları bakımından altı aylık süre yetersiz bulunmuştur. Yine süre ölçütüyle birlikte kitle iletişim aracının türünü de dikkate alan bir yargıç dava konusu olayda televizyonların etkisinin geçici olduğu gerekçesiyle yayının üzerinden geçen dokuz aylık süreyi suçun oluşmaması açısından yeterli bulurken, bir başka yargıç bir başka olayda televizyonun medyanın en etkili silahı olduğu, genele sızdığı ve izleyiciler üzerinde derin bir etki yarattığını savunmuştur. Yine kitle iletişim aracının türü bakımından; bulvar gazeteleri ile diğer gazeteler arasında bir ayırım yapılamayacağı, bununla birlikte bulvar gazetesi okurlarının daha fazla etkiye açık olduklarının da savunulabileceği söylenmiştir. Yayın ile dava konusu olay arasındaki bağlantı ve yine bu ölçütü bağlantılı olarak fotoğraf yayınlanması, ayrıca haberin içeriği bakımından sanığın önceki suçlarından söz edilmesi veya suçlu olduğu izlenimi uyandıracak belirlilikte ifadeler kullanılması (örneğin sanığın suçunu itiraf ettiği veya suçu işlediği gibi) mahkemeye saygısızlık suçundan sorumluluğa ilişkin değerlendirmede dikkate alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Godard, **a.g.m.**, s. 373-378

kapsamaktadır. Bu yönden hukukumuzda da, kitle iletişim özgürlüğü bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeninin sınırının belirlenmesinde yardımcı olabilir.

Bu hukuka uygunluk nedenini TCK m. 277'nin 6352 sy. kanunla değiştirilmeden önceki şekli bakımından değerlendiren Donay'a göre de; "*Yargı kararlarını veya yargılama evresindeki oluşumları eleştirmek, her zaman yargıyı etkilemeye teşebbüs olarak kabul edilmemelidir. Hiçbir kişi veya organ eleştiriden masun olamaz. Yargı da karar verdikten sonra veya karar vermeden önce eleştirilebilir.Eleştiri, çok ağır da olsa eğer hukuka aykırı bir özellik taşııyorsa ve sadece adaleti etkilemek için yapılmamışsa hukuka uygundur ve adaleti etkilemeye teşebbüs değildir. Özellikle basın özgürlüğü ve de basının haber verme ve kamuyu aydınlatma işlevi içinde bu kavramı amaca uygun yorumlamak gerekir. Bir haberde duruşmada yargıçların şu veya bu şekilde yanlış davrandıkları ve bu nedenle varacakları sonucun hatalı olabileceğini söylemek, eğer bu haber eleştiri bir haber verme amacı içinde yapılmış ve objektif nitelikte ise bu maddeyi ihlal etmez*⁸³⁶". Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre de bir yargı kararını eleştiri amacıyla söylenen sözler bu suçları oluşturmaz⁸³⁷. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi yüksek yargıda görev yapan bir savcının sanık olması sebebiyle ilk derece mahkemesi olarak görev yaptığı bir davada vermiş olduğu ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından da onanan kararında⁸³⁸; anılan savcının siyasi içerikli bir soruşturma kapsamında bazı şüphelilere ilişkin gözaltına alma ve ifade alma gibi işlemlerin biçim ve yöntemleriyle ilgili çeşitli ulusal televizyon kanallarında sarf ettiği sözleri eleştiri niteliğinde kabul etmiştir.

Kitle iletişim özgürlüğünün, 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra artık genel norm niteliğindeki TCK m. 277 bakımından değil, medyaya ilişkin özel norm niteliğindeki TCK m. 288 bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olabileceği söylenmelidir.

⁸³⁶ Donay, **TCK Şerhi**, s. 396

⁸³⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 7989

⁸³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. YCGK'nın 12.04.2011 T. 2010/4. MD-178 E. 2011/41 K. sayılı kararıyla onanan Yargıtay 4. CD'nin 03.06.2010 T. 11-18 K. sayılı beraat hükmü Yargıtay 4. Ceza Dairesi aynı kararda, anılan savcının söz konusu siyasi içerikli davayla ilgili yurtdışında düzenlenen bir panelde sarf ettiği "Türkiye'de ilan edilmemiş bir sıkıyönetim uygulaması yaşandığı, yargının üzerindeki baskılar ve insan hakları ihlalleri ile kamuoyunun yönlendirilmeye çalışıldığı" yönündeki sözlerinin de doğrudan veya dolaylı bir etkilemenin söz konusu olmaması sebebiyle gerek TCK m. 277 gerekse de TCK m. 288'deki suçları oluşturmadığına hükmetmiştir.

c. Bilim Özgürlüğü

Taraflardan birinin başvurusu üzerine hazırlanarak dosyaya sunulan bilimsel görüş ve raporlar hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni dolayısıyla bu suçları oluşturmaz⁸³⁹. Gerçekten örneğin CMK m. 67/6'da Cumhuriyet savcısı, katılan, katılan vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanuni temsilcinin, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere veya bilirkişi raporu hakkında uzmanından bilimsel mütalaa almasına olanak tanınmıştır. Yine HMK m. 239/1'in ilk cümlesine göre taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Bu hakkın kullanılması halinde, mütalaa hazırlayan veya hazırlatanlar bakımından bu suçun oluşmayacağı ortadadır. Donay'a göre de bilimsel eleştiri ve görüşler örneğin devam etmekte olan bir dava hakkında taraflardan birine bilimsel mütalaa vermek ve bu mütalaa mahkemenin kararını veya tutumunu eleştirmek bilimsel kurallara uygun olmak ve özel olarak ilgilileri hukuka aykırı olarak etkileme amacı taşımamak şartıyla hukuka uygundur⁸⁴⁰.

Benzer şekilde Birleşik Devletler hukukunda da iyi niyetle verilmiş hukuki tavsiyelerin derdest federal davanın engellenmesi suçunu veya aynı bölümde düzenlenen diğer bir adaletin engellenmesi suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir⁸⁴¹. Fransız hukukunda mesleki süreli yayınlardaki örneğin hukuk dergilerindeki teknik yorumların FCK'nın 434-16. maddesindeki suçu oluşturmayacağı söylenmiştir⁸⁴². Gerçekten açıklanması hukuka uygun olan bilimsel görüş, tavsiye ve yönlendirmelerin TCK m. 277 veya m. 288'deki suçları oluşturması mümkün değildir.

Son olarak şunu söylemeliyiz ki, bilimsel görüş ve tavsiyelerin hukuka uygun kabul edilmesi için mutlaka usulünce dosyaya sunulmuş olması, bir bilimsel dergide yayınlanmış olması veya bilimsel görüş bildiren kişinin mutlaka bir akademik ünvana sahip olması aranmamalıdır. Konu hakkında yetkin bir meslektaşın bir başka meslektaşına her türlü ortamda tavsiye ve yönlendirmede bulunması hukuka uygun

⁸³⁹ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 7989

⁸⁴⁰ Donay, **TCK Şerhi**, s. 396

⁸⁴¹ Doyle, **a.g.e.**, s. 16

⁸⁴² Gattegno, **a.g.e.**, s. 366

kabul edilmelidir. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin kararına göre de⁸⁴³; yüksek yargıda görev yapan bir savcının, siyasi içerikli bir soruşturma ve davayla ilgili bazı şüphelilerin müdafilerine telefonda söz konusu davayla doğrudan veya dolaylı bağlantılı çeşitli hukuki yönlendirme ve tavsiyelerde bulunması ve söz konusu soruşturmanın savcısının terfi ettirilmemesi yönünde bir gazeteciye yine telefonda görüş beyan etmesi eylemleri “*muhataplarının yargı görevi yapan yargıç ya da C. Savcılarında olmaması, doğrudan doğruya yargı görevi yapanlara yönelik emir verme, baskı, nüfuz icrası, iltimas ya da herhangi bir surette hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs niteliğinde bulunmaması*” sebebiyle TCK m. 277'deki suç oluşturmaz.

d. Yasama Sorumsuzluğu

Hukuka aykırılık unsuru kapsamında ayrıca yasama sorumsuzluğu da tartışılmalıdır. Bir örnekten yola çıkarsak yargı görevi yapanlar, bilirkişiler veya tanıklar üzerinde baskı yapabilecek, nüfuz kullanabilecek konumda olan başbakan, bakan veya ana muhalefet partisi lideri gibi kişiler görülmekte olan bir davayla veya yapılmakta olan bir soruşturmaya ilgili, bu kişileri hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla beyanda bulunmaları durumunda bu suçlardan veya şartları varsa çalışmamız kapsamındaki diğer suçlardan sorumlu olacaklar mıdır? Gerçekten özellikle 6352 sy. kanunla değiştirilmeden önceki şekli bakımından TCK m. 277'deki suç tipi bağımsız yargıyı ve bireylerin adil yargılanma hakkını en başta siyasi baskıya ve nüfuzla karşı koruması gereken bir suç tipiymiş⁸⁴⁴. Ancak 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra TCK m. 277 bu niteliğini kaybettiğinden ve TCK m. 288 ile genel norm özel norm ilişkisi içerisinde düzenlendiğinden, bu kişilerin “*yazılı veya sözlü beyan*” niteliğindeki eylemlerinden dolayı, aleniyet unsuru da gerçekleşmişse⁸⁴⁵, ancak TCK m. 288'e göre sorumlulukları söz konusu olabilir.

⁸⁴³ Ayrıntılı bilgi için bkz. YCGK'nın 2010/4. MD-178 E. 2011/41 K. 12.04.2011 T. sayılı kararıyla onanan Yargıtay 4. CD T. 03.06.2010 11-18 K. sayılı beraat hükmü

⁸⁴⁴ Bu noktada bir yazar çalışmamız kapsamındaki suç tipleriyle ilgili olarak milletvekili, bakan ve kamu görevlisi statüsüne sahip kişilerle, medya ve diğer kişi ve kuruluşlar bakımından farklı uygulamaların olmasından yakınmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ergin Cinmen, “Yargıyı Etkilemek: Adil Yargıyı Etkilemek, Gizliliğin İhlali Suçlarıyla Ortaya Çıkan Karmaşayı Çözmek İçin Yapılan Kısa Bir Değerlendirme”, **Parçalanmış Adalet Türkiye'de Özel Ceza Yargısı**, Derleyen: Haluk İnanıcı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, s. 234

⁸⁴⁵ Yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi aleni nitelikte olmayan yazılı veya sözlü beyanlar, halen serbest hareketli olarak düzenlenmiş TCK m. 277'deki suç kapsamında kalmaktadır. Yasama

Yasama sorumsuzluğunu düzenleyen Anayasa'nın 83. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.”* Bu hüküm belirli bazı fiilleri bunların belirli yerlerde işlenmesi halinde mutlak dokunulmazlık olarak da adlandırılan yasama sorumsuzluğu kapsamında kabul etmektedir⁸⁴⁶. Gerek hükmün kapsamındaki fiiller gerekse de yerler bakımından ölçütün parlementer fonksiyon olduğu söylenmiştir⁸⁴⁷. Bu bakımdan meclis genel kurulu, meclis kürsüsü, parti meclis grupları ve meclis dışındaki çalışmaları da dahil olmak üzere meclis komisyonları mutlak dokunulmazlık kapsamındaki yerler olarak kabul edilmektedir⁸⁴⁸. Oy, söz ve düşünce açıklamaları bakımından ise bunların yasama göreviyle ilgili olup olmadığının saptanmasının güç hatta imkânsız olduğu ve bu girişimin mutlak dokunulmazlık kurumunun amacıyla da bağdaşmayacağı söylenmiştir⁸⁴⁹. Bu kapsamdaki en temel tartışma hakaret ve sövme suçları bakımındandır. Doktrinde baskın olan görüş bunların da yasama sorumsuzluğu kapsamına girdiği yönündedir. Ancak parti meclis grupları bakımından parlementer fonksiyon ölçütü dışına taşan sözlerin kötü niyete karine oluşturdukları takdirde sorumsuzluk dışında kabul edilmesi gerektiği de söylenmiştir⁸⁵⁰. Ayrıca milletvekilinin meclis dışındaki üçüncü kişilere yönelik hakaretlerinin mutlak dokunulmazlık kapsamına girmemesi gerektiği üçüncü kişilerin bu hakaretlere orantılı karşılık vermesi imkanı olmaması ve meclisin disiplin yetkisinin onları korumaya yetmeyeceği gerekçeleriyle ileri sürülmüştür⁸⁵¹. Hakaret ve sövme suçları üzerinde yoğunlaşan bu tartışmalar günümüzde özellikle çalışmamız kapsamındaki suç tipleri bakımından da önem arz etmektedir. Gerçekten azınlık görüşlerine benzer

sorumsuzluğu bakımından düşünülürse, örneğin meclisin gizli oturumunda gerçekleştirilen bu nitelikteki hareketlerin diğer şartları varsa teorik olarak TCK m. 277'deki suçu oluşturabileceği düşünülebilir. Ancak gizli oturumdaki bir beyanın etkilemeye elverişliliğinden söz etmek kolay değildir. Diğer yandan çalışmaları aleni olarak nitelendirilemeyecek bir meclis araştırma komisyonunda bilgilerine başvurulmuş ve muhakeme hukuku anlamında da tanık olan kişilerin komisyon üyeleri tarafından etkilenmeye çalışılması halinde TCK m. 277'deki suçun oluşabileceği ve fakat komisyon üyelerinin yasama sorumsuzluğundan yararlanabileceği düşünülebilir.

⁸⁴⁶ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, c. 1, s. 266

⁸⁴⁷ Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta, İstanbul, 1998, s. 371-372

⁸⁴⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, c. 1, s. 270-271; Teziç, **a.g.e.**, s. 371-372

⁸⁴⁹ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, c. 1, s. 268-269; Teziç, **a.g.e.**, s. 372; s. Tanör/Yüzbaşıoğlu, **a.g.e.**, s. 239

⁸⁵⁰ Teziç, **a.g.e.**, s. 372

⁸⁵¹ Faruk Erem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No:165, c. 1, Ankara, 1962, s. 96'dan akt. Teziç, **a.g.e.**, s. 374

gerekçelerle TCK m. 288'deki suçun ve genel olarak adil yargılanma hakkına karşı suçların da yasama sorumsuzluğu kapsamına girmemesi gerektiği savunulabilir. Ancak bu gerekçelerden de önemlisi çalışmamızın ilk bölümünde sözünü ettiğimiz hakimlerin yasama organına karşı bağımsızlığını güvence altına alan Anayasal düzenlemelerden olan Anayasa m. 138/3 hükmüdür. Bu hükme göre; “*Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz*”. Gerçekten doktrinde söz konusu hükmün yasama sorumsuzluğunun mutlak niteliğiyle çeliştiği⁸⁵² söylenmiştir. Keskin'e göre bu yüzden bu hüküm amaca uygun yorumlanmalı ve kapsamı, hakimleri etki altında bırakacak beyanların yapılması ve hükme etkili soruların sorulması ile sınırlı olarak anlaşılmalıdır⁸⁵³. Bize göre de söz konusu hüküm karşısında yasama sorumsuzluğunun adil yargılanma hakkına karşı suçlar bakımından söz konusu olamayacağı ve dokunulmazlığın bu bakımdan mutlak olmadığı sonucuna varılabilir. Genel anlamda adil yargılanma hakkına karşı suçların, demokrasilerde bağımsız yargıyı yasama, yürütme ve dördüncü kuvvet olan medyanın etkisine karşı koruma işlevi vardır. İşte bu gibi suçların cezasız kalmaması bakımından yasama sorumsuzluğunun mutlak niteliğinin sınırlandırılması gereklidir. Bununla birlikte bu sınırlama yapılırken, ifade özgürlüğüne, özellikle de milleti temsil eden kişilerin yasama faaliyetleri sırasındaki ifade özgürlüğüne zarar vermeyecek belirlilikte, amaca uygun ve orantılı bir Anayasal düzenleme yapmak gereklidir. Türkiye'de yasama bağımsızlıklarının Anayasal düzeyde gözden geçirileceği bir fırsat yakalanır ve bir irade ortaya çıkarsa, bu doğrultuda TCK m. 277 ve m. 288 gibi belirli suç tiplerinin yasama sorumsuzluğu kapsamına girmeyeceğine ilişkin Anayasal bir düzenlemenin getirilmesi yararlı olabilir.

Diğer yandan Anayasa m. 138/3'de “*görülmekte olan bir dava*”dan söz edilmesi karşısında, TCK m. 277 veya m. 288'deki tipe uygun eylemlerin yasama sorumsuzluğuna sahip bir kişi tarafından soruşturma evresinde işlenmesi halinde, bu kişinin sorumsuzluktan yararlanabileceğini, buna karşılık kovuşturma evresinde aynı eylemin işlenmesi halinde Anayasa m. 138/3'deki istisna kapsamında kalarak cezalandırılabilirliğini düşünüyoruz. Yasama sorumsuzluğu, bir hukuka uygunluk sebebi olmayıp, şahsi cezasızlık nedeni olduğundan, milletvekilinin sorumsuzluktan

⁸⁵² Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, c. 1, İstanbul, 1989, s. 430-431'den akt. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, s. 34

⁸⁵³ Serap Keskin, “Yargıç Bağımsızlığı”, **Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul, 1998, s. 137

yararlandığı durumlarda, şartları varsa azmettirenin veya yardım edenin cezalandırılması mümkündür.

İ. Suçların Manevi Unsuru

Bu suçların manevi unsuru genel kast olmayıp özel kasttır. TCK m. 22/1'e göre herhangi bir suçun taksirle işlenebileceğinin kanunda açıkça belirtilmesi gerektiği için bu suçlar taksirle veya bilinçli taksirle işlenemez. Failin tipe uygun eylemi kasten (bilerek ve isteyerek) gerçekleştirmesinin yanı sıra, failin bu eylemi gerçekleştirirken belli bir amaç doğrultusunda veya belli bir saikle hareket etmesinin arandığı haller Türk hukukunda özel kast olarak ifade edilmektedir. Bazen suçun basit şekli, bazen daha az veya daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekilleri açısından bir unsur olarak kabul edilen amacı ifade eden özel kast teriminde Fransız Hukuku'nun etkisi olduğu⁸⁵⁴ söylenmiştir. Özel kastın arandığı hallerde failin amacı suçun tipe uygun eylem unsuruyla değil, suçun manevi unsuruyla ilgili olduğundan somut olayda failin amacının gerçekleşmesi şart değildir.

TCK'nın 277. maddesindeki suç bakımından özel kast 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra *“gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacı”* şeklinde maddeye eklenmiştir. Kanımızca aynı değişiklikle maddenin devamına eklenen maddede sayılan kişilerin *“lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için”* ibaresini de özel kast kapsamında değerlendirmek gereklidir. Bir başka deyişle failin amacının bu hususları da kapsamaması gereklidir. Nitekim 6352 sy. kanununun 277. maddeye ilişkin gerekçesinde; *“Failin, söz konusu suçu oluşturan fiili, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, yani görülmekte olan bir davanın taraflarından birinin ya da yapılmakta olan bir soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanığın ya da davaya katılanın veya mağdurun leh veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar verilmesini veya işlem tesis edilmesini ya da gerçeğe aykırı mütalâa veya beyanda bulunulmasını sağlamak amacıyla işlemesi”* gerektiği söylenerek bu husus

⁸⁵⁴ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Genel Hükümler Suç Genel Teorisi Suçun Özel Belirliş Şekilleri**, c. II, İstanbul, 1989, s. 312'den akt. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin, Ankara, 2009, s. 272

vurgulanmıştır. Dahası 277. maddenin önceki şeklinde de yer alan etkilemeye teşebbüsün “*hukuka aykırı olarak*” yapılmasının aranması da⁸⁵⁵ yukarıda ifade ettiğimiz gibi “*hukuka özel aykırılık*” değil, özel kast kapsamında mütalaa edilmelidir. Yazarların büyük çoğunluğu da bu görüştedir. Nitekim Ünver’e göre⁸⁵⁶; “*Bu suçun manevi unsuruna ilişkin olarak madde metninde özel kastın arandığı çok açık bir biçimde vurgulanmamakta, failin bir güdüsünden, suç işleme nedeninden veya amacından söz edilmemekle birlikte, suçun yargıyı etkilemeye teşebbüs suçu olup, ancak yargıyı etkilemeye teşebbüs eden kimselerin bu suçla cezalandırılmak istendiği göz önünde tutulduğunda, bu suçun manevi unsurunun genel kast olmayıp ‘yargıyı etkileme amacıyla hareket etmek’ biçiminde belirtilebilecek bir özel kast olduğu kabul edilmelidir.*”

Maddenin lâfzî yorumundan bu suç için genel kastın arandığı izlenimi edinilmektedir. Oysa gerek suçun düzenleniş nedeni, gerek hareketlerin nitelik ve yapılma nedeni dikkate alındığında, failin, kanuni tipte belirtilmese dahi, özel bir amaçla hareket ettiği, etmesi gerektiği anlamı çıkmaktadır. O nedenle, bu suçun manevi unsurunun belirli bir amaca dayalı bir özel kast olduğu kabul edilmelidir. Bu amacın genel kast içinde esasen var olduğu varsayılmaz ve bu amacı bir yandan kabul edip diğer yandan da bunun bir genel kast olduğu söylenemez.

Şüphesiz burada bir yorum yapılmaktadır ve bu yaklaşım kıyas yasağı ve genişletici yorum ilkesinin ihlali itirazıyla karşılaşılabilecektir. Ancak bu yorum maddenin düzenleniş biçiminden, suçun unsurlarından, amacından kopuk ve hiçbir arka planı olmadan yapılan bir yorum değildir. Madde metnindeki düzenlemenin kendisi bu yorum biçimi açısından bir zemin hazırlamakta ve adeta tipik eylemin yapılışı nedeni açısından değil ve fakat amacı açısından bu yorumu gerektirmektedir.”

Ünver’e göre bu tür bir yorumun kabulü TCK’nın 61. maddesinin son fıkrası lehe yorumu da maddi ceza hukukumuz açısından yasakladığı için itirazla

⁸⁵⁵ 6352 sy. kanunla mülga BsK m. 19/2’de ise “*hukuka aykırı olarak*” veya “*hukuka aykırı olarak etkilemek amacı*” gibi bir ibareye yer verilmemiş olduğundan bu suçun manevi unsuru genel kast olup, failin yargıyı etkileme amacı gibi özel bir kastla hareket edip etmemesi suçun oluşumu açısından önem taşımıyordu. Kocasakal’a göre bu madde bakımından hukuka aykırı olarak etkileme amacı yani özel kast aranmalıydı. Ümit Kocasakal’ın görüşü için bkz. “Atölye Tartışmaları”, **Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I**, s. 54

⁸⁵⁶ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 221-222

karşılaşabilir⁸⁵⁷. Ancak kanuni tipin cezalandırma nedeninin bu yorumu yapmaya bizi zorladığı kanısında olan yazara göre bu yorum amaca uygun, suç tipinin içinde saklı olan bir yorumdur⁸⁵⁸. Benzer görüşte olan Meran'a göre de, failin suçun konusu kapsamındaki kimseleri hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eylemini hangi nedenle gerçekleştirdiğine bakılmalı ve özel kast aranmalıdır⁸⁵⁹. Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre de maddede açıkça failde belli bir saik veya amacın bulunmasından söz edilmemişse de, suçun maddede sayılan kişileri etkilemeye yönelik olarak işlenmesi gerektiği belirtildiğinden, failde bu amaç yani özel kast aranmalıdır⁸⁶⁰.

Karşıt görüşteki Centel ise⁸⁶¹ “*hukuka aykırı olarak*” ibaresini saik ve özel kast kapsamında anlamamıştır. Diğer yandan yazarın; somut olayda failin maksadının araştırılması gereğine işaret ederek bu anlamda bir çelişkiye düştüğü söylenebilir⁸⁶².

TCK m. 288'in önceki şekli bakımından; TCK m. 277'nin önceki şeklinden farklı olarak “*etkilemek amacı*” kanunda açıkça düzenlendiğinden bu suçun manevi unsurunun özel kast olduğu yönünde görüş birliği vardı⁸⁶³. TCK m. 288'in 6352 sy. kanunla değişik şeklinde de özel kasta ilişkin bu ibare “*hukuka aykırı olarak etkilemek amacı*” şeklinde düzenlenmiştir. Diğer yandan 6352 sy. kanunla TCK m. 288'e yine TCK m. 277'dekilere benzer ve fakat bire bir aynı olmayan “*hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için*”⁸⁶⁴ ibaresi eklenmiştir. Bu ibarenin de özel kast kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Nitekim 6352 sy. kanunun 288. maddeye ilişkin

⁸⁵⁷ **A.g.e.** , s. 222

⁸⁵⁸ **A.g.e.**

⁸⁵⁹ Meran, **a.g.e.** , s. 285

⁸⁶⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 7988-7989; aynı yönde görüş için bkz. Cinmen, **a.g.m.** , s. 236

⁸⁶¹ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu” , s. 151, aynı yönde görüş için bkz. Parlar/ Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4300

⁸⁶² Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu” , s. 151

⁸⁶³ Bu yönde görüşler için bkz. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 377; Meran, **a.g.e.** , s. 377; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8116; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4372; Salihpaşaoğlu, **a.g.e.** , s. 181; buna karşı bir görüş için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 272, yazara göre: “*Yeni TCK'nın sisteminde, amaç veya saik, kastla özdeş veya kastın bir türü değildir. Bu bakımdan artık genel kast-özel kast ayrımı terk edilmiştir.*”

⁸⁶⁴ TCK m. 277'de çok benzer şekilde yer verilen bu ifade tarzı bakımından, karar verecek kişi hakim, işlem tesis edecek kişiler hakim veya savcı, beyanda bulunacak kişiler ise avukat veya 6352 sy. kanunla suçun kapsamına alınan tanık veya bilirkişi olarak anlaşılmaktadır. Ancak bu kullanım doğru değildir. Gerçekten beyanın mahkeme huzurunda olması açıklıkla ve yeterli belirlilikle aranmadığından, örneğin bir avukat tarafından medyaya yapılan açıklamaları etkilemeye çalışmanın da suç konusu kapsamına girdiği iddia edilebilir ki, bunu avukatın savunma dokunulmazlığı ve kitle iletişim özgürlüğüyle bağdaştırmak mümkün değildir.

gerekçesinde; “*Yapılan açıklamanın, yargı görevi yapanın hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi; bilirkişinin veya tanığın gerçeğe aykırı mütalaada veya beyanda bulunması amacına yönelik olması*”nın gerektiğinden söz edilmiştir. Kanımızca 6352 sy. kanunla genel norm özel norm ilişkisine göre düzenlenmesi öngörülerek çok benzer şekilde kaleme alınan TCK m. 277 ve m. 288’de bu ibarelerin bire bir aynı olmayacak şekilde ve fakat adeta aynı kelimeler kanun metninin çeşitli yerlerine karıştırılarak kaleme alınması öncelikle büyük bir özensizliktir. Somutlaştırmak gerekirse TCK m. 277’de “*beyanda bulunması için*” denilirken, TCK m. 288’de “*gerçeğe aykırı beyanda bulunması için*” gibi bir ibare kullanılmıştır. TCK m. 288’de bu şekilde yer bulan “*gerçek*” kavramı, TCK m. 277’in metninde “*gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek*” ibaresiyle yer bulmuştur. “*Hukuka aykırılık*” ve “*haksızlık*” kavramları ise her iki madde metnine çeşitli şekillerde serpiştirilmiştir. TCK m. 277’deki “*bir haksızlık oluşturmak*” ve “*hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs*” ibareleriyle; TCK m. 288’deki “*hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi*” ve “*hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla*” ibareleri bu özensizliği çarpıcı biçimde ortaya koymaktadır. TCK m. 288’de “*hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi*” ya da “*gerçeğe aykırı beyan*”dan söz edilirken, TCK m. 277’de maddede sayılanlardan birinin “*lehine veya aleyhine sonuç doğuracak*” bir karar, işlem veya beyandan söz edilmesi de bu özensizliklere bir başka örnektir. Maddeler bu kaleme alınış tarzlarıyla katmerli bir biçimde özel kastın arandığı, uygulanamaz ve karmakarışık birer “*niyet okuma*”⁸⁶⁵ maddesine dönüştürülmektedir.

Aslında TCK m. 277 ve m. 288 benzeri suçlar için “*özel kast*” yabancı hukuklarda da aranmaktadır. Birleşik Devletler hukukunda da derdest federal davanın engellenmesi suçunun oluşması için failin hukuka aykırı hareketini adli yargılamayı veya büyük jüri yargılamasını etkileme amacıyla gerçekleştirmesi gereklidir⁸⁶⁶. Bazı mahkemeler bu şartı hareketle adli yargılama arasında zaman, nedensellik ve mantık olarak bir bağlantı bulunması olarak ele almaktadır, bir başka deyişle failin çabasının doğal ve muhtemel bir etkisi yargıyı etkilemek yönünde

⁸⁶⁵ Gerçekten TCK’nın 6352 sy. kanunla değişik 132/3, 255 gibi maddelerinde de karşımıza çıkan “*hukuka aykırı olarak*”, “*haksız bir işin gördürülmesi amacıyla*” gibi hukuka özel aykırılık veya özel kast olarak nitelendirilebilecek bu tür düzenlemeler, niyet okuma niteliğinde oldukları ve maddeleri uygulanamaz hale getirdikleri gerekçesiyle eleştirilmektedir.

⁸⁶⁶ Doyle, a.g.e. , s. 15

olmalıdır⁸⁶⁷. Fransız Ceza Kanunu'nun 434-16. maddesinde düzenlenen suç tipinde de “*tanık beyanlarını ya da soruşturma veya yargılama makamlarının kararlarını etkilemek amacıyla*” ifadesi kullanılmak suretiyle özel kast aranmaktadır⁸⁶⁸. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra TCK m. 277'ye eklenen “*gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla*” ve “*lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için*” ve yine TCK m. 288'e eklenen “*hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için*” ibarelerini Birleşik Amerika hukukunda aranan failin çabasının doğal ve muhtemel bir etkisinin yargıyı etkilemek yönünde olması ve Fransız hukukundaki etkileme amacının muhakemeye ilgili olması hususlarına yapılan vurgu olarak anlamak ilk bakışta mümkün görünebilir. Bununla birlikte özensizce kaleme alınan bu ibarelerin eklenmesi suretiyle bu suçların katmerli bir şekilde özel kastın arandığı birer suç tipi haline getirilerek, hatalı bir düzenleme biçiminin tercih edildiği açıktır.

Bu bağlamda şunu söylemeliyiz ki bu suçların oluşması için özel kast aranması doktrinde eleştiriye uğramıştır⁸⁶⁹. Ünver'e göre⁸⁷⁰; amacın ispatı her olayda çok güç olup, maddelerin hukuka uygun bir uygulanmasında bu suçların işlendiğine karar vermek çok nadiren gerçekleşebilecek bir husustur. Bununla birlikte yazarın bu uygulama imkansızlığı eleştirilerinin temelinde bu suçların soyut tehlike suçu olduğu görüşü yatmakta ve yazar düzenlemenin özel kastla işlenen soyut tehlike suçu yerine genel kastla işlenebilecek bir somut tehlike suçu olarak yapılması gerektiğini savunmaktadır. Biz bu suçların somut tehlike suçu olduğunu düşündüğümüz için eleştirilerimiz yazara benzer olmakla birlikte, gerekçelerimiz bu yönden ayrılmaktadır.

Karşit bir görüşe göreyse, amacın her somut olayda var olup olmadığı belirlenirken 5237 sy. TCK'da izleri bulunan ve kusuru toplum nezdinde kınanıp kınanmama olarak kabul eden anlayışın da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu anlayış bağlamında örneğin bir şehit annesinin terör örgütü liderinin yargılanması sırasında basına demeç vererek, sanığın en ağır şekilde cezalandırılması için hakime

⁸⁶⁷ **A.g.e.**

⁸⁶⁸ Véron, **a.g.e.**, s. 402; Derieux, **a.g.e.**, s. 564-565

⁸⁶⁹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 376

⁸⁷⁰ **A.g.e.**

hitaben konuşması veya topluma mal olmuş medyatik bir cinayet olayında maktulenin ailesi üyelerinin sanığın en ağır şekilde cezalandırılması gerektiğine yönelik beyanlarının hakimleri etkileme amacı taşımakla birlikte toplum gözünde kınanmaması sebebiyle suçun oluşmayacağı savunulmaktadır⁸⁷¹. Bize göre bu yaklaşım son derece popülist ve çalışmamızın birinci ana bölümünde incelemeye çalıştığımız sosyolojik gerçeklerin bütün sakıncalarını meşrulaştıracak nitelikte tehlikeli bir yaklaşımdır.

Gerçekten Ünver'in TCK m. 288'in önceki şekli zamanında yaptığı değerlendirmelere göre⁸⁷²; yapılan sözlü veya yazılı açıklamaların hangi amaçla yapıldığı suç haline getirilerek, adeta fail ceza hukukuna eğilimli bu düzenleme ile genel anlamda basın ve ifade özgürlüğü kapsamındaki hak ve özgürlüklerle bu suçun kapsamındaki eylemler arasındaki sınır çok ince ve belirsiz bir çizgiye indirgenerek, olası uygulama hatalarına veya keyfiliklerine kapı aralanmıştır. Bizim de katıldığımız yazarın bu eleştirileri isabetli olup, gerek TCK m. 277 gerekse TCK m. 288 bugünkü düzenleme biçimleriyle daha da fail ceza hukukuna eğilimli bir boyut kazanmış bulunmaktadır.

Bu suçların ancak doğrudan kast ile işlenebileceği, olası kastla işlenemeyeceği öne sürülmüştür⁸⁷³. Gerçekten doktrinde “*failin failini belirli bir amaçla gerçekleştirmesinin*” aranması dolayısıyla özel kastla işlenebilen bir suçun, ancak doğrudan kastla işlenebileceği olası kastla işlenemeyeceği konusunda görüş birliği vardır⁸⁷⁴.

⁸⁷¹ Silahçioğlu, **a.g.m.**, s. 3056

⁸⁷² Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 376 Ünver'e göre; “...suç tipine ilişkin normun konuluş neden ve amacı da maddenin kenar başlığı da, sadece adil yargılamayı etkilemeye elverişlilikteki eylemlerin madde kapsamına alınmasını ve bu suçun bir somut suç olarak düzenlenmesini gerektirmektedir. Madde metninin değiştirilerek suçun bir somut tehlike suçu olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Diğer taraftan, düzenlenmesi hatalı olmuş olan bu suça ilişkin özel kastın getirilişindeki kaygılar, yukarıda belirtilen ilkeler ve hukuka uygunluk nedenlerinin doğru biçimde uygulanmasıyla giderilebilecek ve önlenemez hususlardır. Bu suç genel kastla ve fakat korunması amaçlanan adil yargılanmayı etkilemeye elverişli hareketlerle işlenebilseydi, gerek korunması amaçlanan hukuksal değere gerek normun koruma alanına ve korunan menfaate, amaca uygun bir hukukilik zemini de sağlanmış olurdu. Madde bu haliyle, günlük politik tartışmalara, ülke gündemine, kamuoyunu meşgul eden olaylara ya da münferit olayın nitelik, konu veya taraflarına göre zaman zaman kullanılabilir, siyasal erkin daha etkin olacağı bir zemin yaratmıştır. Suça ilişkin maddede belirttiğimiz hususlarda değişiklik yapılması gerekir.” Yazar bu gerekçelerinde bizim katılmadığımız TCK m. 288'deki suçun soyut tehlike suçu olduğu görüşünü temel almaktadır.

⁸⁷³ Bu yönde görüş için bkz. Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 151; Meran, **a.g.e.**, s. 284-285; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4300

⁸⁷⁴ Meran, **a.g.e.**, s. 377; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8116; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4372; Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 378; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökcan/Ahmet Caner Yenidünya,

Bu suçların oluşumu için failin tipe uygun eylemi maddelerde sayılan amaçlarla bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesi gerekir. Suçların önşartını yani “*görülmekte olan bir dava veya yapılmakta olan bir soruşturma*” bulunduğunu ise failin bilmesi yeterlidir, ayrıca istemesi gerekmez⁸⁷⁵. Çünkü manevi unsur eyleme ilişkin olup önşartlar ise eylemden önce var olduğundan, ayrıca bunlarla ilgili bir iradilik araştırmasına gerek yoktur⁸⁷⁶. Kanımızca TCK m. 277 ve m. 288 bakımından suçların önşartı olan görülmekte olan bir dava veya yapılmakta olan bir soruşturma ile doğrudan ilgili olmayan hususlarda etkileme amacı bu suçun manevi unsuru kapsamında değerlendirilemez. Örneğin soruşturma veya dava aşamasında tutukluğun infazı şartlarıyla ilgili olarak cezaevi savcısını etkilemek amacıyla yapılan hareketler bu suçları oluşturmaz.

Ünver’e göre⁸⁷⁷ de başka bir amaç veya neden suçların manevi unsurunun oluşumu için yeterli değildir. Bize göre de bu suçların oluşumu için maddelerde sayılan amaçlar dışındaki herhangi bir amaç veya saikin önemi yoktur. Elbette fail tipe uygun eylemi gerçekleştirirken bu amaçlar dışında başka amaçlarla da hareket etmiş olabilir, failde başka amaçların bulunması suçun oluşumuna engel olmayacağı gibi, maddelerde sayılan amaçlar bulunmadığı takdirde de fail başka hangi amaçla hareket etmiş olursa olsun suç oluşmayacaktır⁸⁷⁸. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi’ne göre⁸⁷⁹, siyasi içerikli bir dava kapsamında üniversite rektörü olan kişilerin tutuklanmasının protesto edildiği bir gösteride yüksek yargıda görev yapan savcının gazetecilere söylediği, “*olay bilime saldırı boyutuna geldi, yargıya ve bilime hiza bombası atılmaya başlandı, hiç kimsenin bu bombaları atmasına izin*

Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 52; TCK m. 277’nin önceki hali bakımından özel kastın değil “*hukuka özel aykırılık*”ın söz konusu olduğu kabul edilseydi bile, bu şekilde düzenlenmiş bir suç da ancak doğrudan kastla işlenebilecek, olası kastla işlenemeyecektir. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara, 2006, s. 242

⁸⁷⁵ Karşıt görüş için bkz. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 377-378 Buna karşılık TCK m. 288’in önceki şekli bakımından Ünver’e göre; “*Suçun oluşumu için failin, tipe uygun eylemini, ‘bir olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma veya kovuşturma kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar savcı, hakim, mahkeme, bilirkişi veya tanıkları etkilemek amacıyla’ gerçekleştirmesi gerekmektedir.*” Yazarın ifade tarzından failin kastının suçun önşartını da kapsamı gerektiği sonucu çıkmaktadır.

⁸⁷⁶ İçel/Evik, **a.g.e.**, s. 24

⁸⁷⁷ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 378

⁸⁷⁸ Benzer görüşteki Meran’a göre de; “*Kastın altında yatan saikin (dürtünün) önemi yoktur, suç şüphesi altında bulunan kişiye duyulan kin ya da düşmanlık nedeniyle veya kendisini bir suç yükleme eyleminden kurtarmak düşüncesiyle açıklamada bulunabileceği gibi, bir yarar karşılığı da eylemin işlenmiş olması olanaklıdır*” Ancak bize göre yazar özel kast ile saiki isabetsiz olarak farklı anlamlarda kullanmaktadır. Meran, **a.g.e.**, s. 376-377

⁸⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. YCGK 2010/4. MD-178 E. 2011/41 K. sayılı ve 12.04.2011 tarihli kararıyla onanan Yargıtay 4. CD 03.06.2010 T. 11-18 sayılı beraat hükmü

vermeyeceğiz” şeklindeki sözleri özel kastın bulunmaması sebebiyle TCK m. 288’deki suçu oluşturmaz. Karara göre sanık savcının bu sözlerinden; *“bir yandan siyasi otoriteyi eleştirirken, öbür yandan yargının hizaya getirilmeye çalışıldığını, tutuklamaların yasaya aykırı olduğunu ifade etmek istediği gibi bir anlam çıkarılması mümkün ise de, tutuklama kararını veren yargıçlardan ve tutukluların tahliye edilmeleri gerektiğinden söz edilmemesi karşısında, tahliyeyi sağlamak için hakim ve Cumhuriyet savcılarını doğrudan etkilemeyi sağlamak amacı taşımaması, yukarıda belirtildiği gibi sözlerin siyasi otoriteyi hedef alması nedeniyle”* dava konusu olayda TCK’nın 288. maddesinde öngörülen özel kast gerçekleşmemiştir.

K. Suçların Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Bu alt başlık altında öncelikle, pek çok yazarın bu suçların teşebbüse elverişli olup olmadığı değerlendirmesini, bu suçların birer *“soyut tehlike”* suçu olduğu görüşünden hareketle yapmaya ve bir sonuca varmaya çalıştığı söylenmelidir. Biz ise yukarıda açıkladığımız gibi bu suçların birer *“somut tehlike”* suçu olduğunu savunduğumuzdan, bu görüşümüzden hareketle değerlendirmelerde bulunmaya çalışacağız.

TCK m. 277’deki suçun soyut tehlike suçu olduğu görüşündeki yazarlardan Ünver’e göre; esasen bu suçla ön hareketler cezalandırıldığı, yani teşebbüs niteliğindeki hareketler cezalandırıldığı için, bu suçun teşebbüse elverişli bulunmadığı söylenebilir⁸⁸⁰. Bu görüşteki yazarlara göre TCK m. 277’deki suçla zarar veya tehlike neticesinden ziyade, bir somut zarar tehlikesine kalkışma cezalandırıldığı için; bir başka deyişle bu suç bir soyut tehlike suçu ve teşebbüs suçu olduğu için, bu suça teşebbüsün kabul edilebilmesi fiilen mümkün değildir⁸⁸¹. Bazı yazarlar ise aynı gerekçelerle TCK m. 277 ve m. 288’deki her iki suçun da teşebbüse

⁸⁸⁰ Yazara göre; kanun koyucu burada esasen asıl suçun teşebbüs hareketlerini biraz da hazırlık hareketleri alanına doğru çekmekte, suçun oluşması için somut bir zarar tehlikesinin veya bir zararın doğmasını, yargı görevi yapanın etkilenmesini beklememekte ve bu tehlikeyi ortadan kaldırmak için daha önceki hareketleri cezalandırmaktadır.” Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 223-224

⁸⁸¹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 224; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4300

elverişli olmadığı görüşündedir⁸⁸². Doktrinde Centel'e göre de; TCK m. 277'deki suç teşebbüse elverişli değildir⁸⁸³.

Meran'a göre⁸⁸⁴ TCK m. 277'deki suç ani hareketli ve şekli bir suçtur, bu nedenle hareketlerinin bölünebilmesi mümkün olmadığından teşebbüse elverişli değildir. Bu görüşe karşı çıkan Ünver'e göre⁸⁸⁵, bir suçun ani hareketle işlenebilmesi veya neticesi harekete bitişik suç olması, o suçun teşebbüse elverişli olamayacağı anlamına gelmez, neticesi harekete bitişik veya ani hareketle işlenebilen çok sayıda suç teşebbüse (765 sayılı TCK anlamında eksik teşebbüse) elverişlidir. Yazarın bu görüşü doğrudur, doktrinde hakaret suçu gibi icra hareketleri kısımlara bölünebilen sırf hareket suçlarının teşebbüse elverişli olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Gerçekten Meran'ın bu suçun ani hareketli ve neticesi harekete bitişik suç olduğu ve bu yüzden tipik hareketlerinin bölünemeyeceği görüşü de isabetli değildir. Doktrinde Ünver'in de ifade ettiği gibi maddenin önceki metninde sayılan bütün hareketler belirli bir zamana ve hatta mekana yayılabilir ve gerçekleştiriliş biçim ve araçlarına göre bölünebilir davranışlardır⁸⁸⁶. Meran'a göre ise⁸⁸⁷ maddede sayılan hareketlerin tekrarlanması hareketin bölümlere ayrılması değil, birden fazla gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu anlamda Meran'ın bu suçun teşebbüse elverişli olmadığı görüşünün gerekçesine katılmamaktayız.

Diğer yandan TCK m. 288'deki suçun basın yoluyla işlenmesi hali dışında teşebbüse elverişli olmadığı söylenmiştir⁸⁸⁸. Gerçekten bazı yazarlara göre de her iki seçimlik hareketten yazılı beyanda bulunmak belirli bir zamana yayılabilir ve bölünebilir hareketler olup, hareketlerin icrasına başlanılmakla birlikte failin iradesi dışındaki bir nedenden dolayı bunların yarıda kesilmesi mümkündür ve bu takdirde fail hakkında suça teşebbüs hükümleri uygulanacaktır⁸⁸⁹. Bu duruma örnek olarak, suç oluşturacak yazının bulunduğu gazetenin failin elinde olmayan bir sebepten dağıtımının yapılamaması sonucu eylemin teşebbüs aşamasında kalması

⁸⁸² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 7989 ve 8116

⁸⁸³ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapma Etkileme Suçu", s. 152; TCK m. 277'deki suçun teşebbüse elverişli olmadığı görüşünü savunan bir yazar ise, bu görüşüyle çelişkili biçimde, bu suç bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. Taşkın, **a.g.m.**, s. 183-184

⁸⁸⁴ Meran, **a.g.e.**, s. 285

⁸⁸⁵ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 223

⁸⁸⁶ **A.g.e.**

⁸⁸⁷ Meran, **a.g.e.**, s. 285

⁸⁸⁸ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4372

⁸⁸⁹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 379

verilmektedir⁸⁹⁰. Bu görüştekilere göre aynı nedenle, bu suç hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin de uygulanması olanaklıdır⁸⁹¹. Ancak bu suçun örneğin bir televizyon yayınında bir sözlü beyan yoluyla işlenmesi halinde teşebbüse elverişli olmayacağı konusunda doktrinde görüş birliği vardır. Selçuk'un bizim katılmadığımız gerekçesine göreyse; TCK m. 288'deki suç bakımından aranan “*aleniyet*” objektif cezalandırılabilme şartı olduğundan ve aleniyet gerçekleştiğinde bu suç esasen tamamlanmış olacağı için teşebbüse elverişli değildir⁸⁹².

Kanımızca bu tartışmalar bağlamında özellikle üzerinde durulması gereken husus, bu suçların 765 sy. TCK anlamında eksik teşebbüse elverişli olabileceği tartışılabilir, 5237 sy. TCK'da eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımı kaldırıldığı için, bu suçlar bakımından nasıl bir sonuca varmak gerektiğidir.

Tehlike suçlarına teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin tartışma bakımından Soyaslan'a göre⁸⁹³; “*Bazı suçlarda kanun fiili, yaratılan tehlike dolayısıyla cezalandırmaktadır. Teşebbüsün cezalandırılış nedeni zarar tehlikesi doğurması olunca tehlike suçlarında tehlike tehlikesinin cezalandırılması anlamsız gibi gözükmektedir.*” Ancak yazara göre bu anlamsızlık normatif açıdandır çünkü kanunun tamamlanmış suç olarak cezalandırdığı tehlikeye sadece kademeli bir şekilde ulaşılabilir, bu yüzden tehlike suçuna yönelik harekette teşebbüsün şartlarının bulunması mümkündür⁸⁹⁴. Görüldüğü gibi Soyaslan'ın bu görüşünde de hareketlerin bölünebilmesi, tehlikeye kademeli bir şekilde ulaşılması gibi eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımında da kullanılan gerekçelere yer verilmiştir. Oysa 5237 sy. TCK m. 35/2'de teşebbüs halinde faile meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre ceza verilmesi öngörülmektedir. Kanımızca bu anlamda teşebbüs hükümlerine göre bir değerlendirme yapılması gereken bu suçlar bakımından tehlike tehlikesinin herhangi bir ağırlığı olmayacağı pekâlâ savunulabilir. Bize göre bu suçların teşebbüse elverişli olmadığını savunan görüşlerin temelinde de bu gerekçe yatmaktadır. Gerçekten 5237 sy. TCK'da teşebbüs hükümleri bakımından subjektif bir anlayışa doğru gidildiği, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı, ceza tayininde adalete uygunluk gibi ölçütler getirildiği eleştirileri dikkate değer olmakla

⁸⁹⁰ Meran, **a.g.e.**, s. 377-378

⁸⁹¹ Ünver, **Adliyyeye Karşı Suçlar**, s. 379; Meran, **a.g.e.**, s. 377-378

⁸⁹² Selçuk, **a.g.m.**

⁸⁹³ Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, s. 205

⁸⁹⁴ **A.g.e.**

birlikte⁸⁹⁵, kanımızca eksik-tam teşebbüs ayırımının kaldırılması bu tür suçların teşebbüse elverişli olmayacağı şeklinde bir sonuca ulaşmamıza da imkan verebilir. Zira 5237 sy. TCK hazırlık hareketleriyle icra hareketlerini ayırmak konusunda ortaya konulan sübjektif ve objektif teorilerden maddi objektif teoriyi benimsemiştir⁸⁹⁶. Bu bağlamda, hazırlık hareketleri aşamasında da bir tehlikenin ortaya çıkabileceğini ve fakat tehlikenin bir derecelendirmeye tabi tutulması gerektiğini savunan, icraya başlanması için suç konusu yönünden doğrudan ve somut bir tehlikenin varlığını arayan ve maddi objektif teori kapsamında kalan görüşleri dikkate almak mümkündür⁸⁹⁷. Bu görüşler temel alındığında da bu suçların teşebbüse elverişli olmadığı sonucuna varılacaktır. Nitekim doktrinde bu nitelikteki suç tiplerinin teşebbüse elverişli olmadığı görüşü savunulmuştur⁸⁹⁸. Sonuç olarak bize göre TCK m. 277 ve m. 288'deki suçlar teşebbüse elverişli değildir.

Ünver'in TCK m. 277 bakımından savunduğu görüşüne göre⁸⁹⁹ yapılan tipik eylemler neticesinde yargı görevi yapan etkilenir yani hüküm etkilenirse, suç tipinin düzenleniş biçimi dolayısıyla, bu teşebbüs suçu ile bunun önlemeye çalıştığı netice aynı ceza yaptırımını ile karşılanmış olacak, etkileme neticesi nedeniyle suçun cezası ayrıca artırılmayacaktır. Gerçekten aşağıda açıklayacağımız gibi 765 sy. TCK'nın 232. maddesinde bu durumda suçun cezasının artırılması öngörülmüşken TCK m.

⁸⁹⁵ Köksal Bayraktar, "Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi", Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, TCHD Yayınları: 10, Ufuk Reklamcılık Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti. , İstanbul, Nisan 2008, s. 137-139

⁸⁹⁶ Hakeri, **a.g.e.** , s. 404; Nitekim TCK m. 35'in gerekçesine göre de; "Suça teşebbüs düzenlemesinde getirilen diğer bir yenilik, icra hareketlerinin başlangıcına ilişkindir. Bilindiği üzere icra hareketlerinin ne zaman başladığının belirlenmesi kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla yakından ilgilidir. Eğer failin kastının şüpheye yer bırakmayacak biçimde ortaya çıkmasıyla icranın başlayacağı yolundaki sübjektif ölçüt kabul edilirse, kişinin düşüncesi ve yaşam tarzı dolayısıyla cezalandırılmasına varabilecek bir uygulamaya yol açılacaktır. Çünkü hazırlık hareketleri aşamasında da kastın varlığının şüpheye yer vermeyecek biçimde tespit edilebilmesi mümkün olup, böyle bir ölçüt hazırlık – icra hareketleri ayırımı konusunu bir kanıtlama sorunu hâline getirmektedir. Diğer bir deyişle, suçun icrasıyla ilgisiz davranışlar dahi, suç kastını ortaya koyduğu gerekçesiyle cezalandırılabilir." *Açıklanan bu nedenlerle, Tasarıdaki "kastı şüpheye yer bırakmayacak" ölçütü madde metninden çıkartılmış ve bunun yerine "doğrudan doğruya icraya başlama" ölçütü kabul edilmiştir. Böylece işlenmek istenen suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır.*

*Ayrıca belirtilmelidir ki, anayasal düzeni zorla değiştirmeye teşebbüs gibi, teşebbüs hareketlerinin bağımsız suç tipi olarak düzenlendiği suçlara teşebbüs mümkün değildir." Gerçekten TCK kanunlaştırırken Dönmezer Tasarısı'nda yer alan "şüpheye yer bırakmama" ölçütünün aslında Carrara tarafından ileri sürüldüğünde objektif bir nitelik taşıırken daha sonra sübjektif bir niteliğe büründüğü söylenmiştir. Bu görüş ve teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer/Erman, **a.g.e.** , c. 1, s. 424-437*

⁸⁹⁷ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 410; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, Beta, İstanbul, 2008, s. 453

⁸⁹⁸ Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 425; Soyaslan, **Teşebbüs Suçu**, s.195

⁸⁹⁹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 224-225

277’de böyle bir ağırlatıcı sebebe yer verilmemiştir. Ancak biz yazarın bu görüşlerine bir yönden katılmadığımız ifade etmeliyiz. Kanımızca yazar bu suç tipleri bakımından yargı görevi yapanın etkilenmesini hükmün etkilenmesi neticesi ile karıştırmaktadır ki, yargı görevi yapanın etkilenmesi mutlak ve zorunlu olarak hükmün etkilenmesi anlamına gelmez. Gerçekten yargı görevi yapanın insan olmak vasfından dolayı etkilenebileceğini kabul etsek bile, hükmün etkilenebileceğini kabul ettiğimizde adalet sisteminin kendisiyle ilgili ciddi bir sıkıntının varlığını peşinen kabul etmiş oluruz. Bunun yanında heyet olarak görev yapan mahkemelerde yargıçlardan birinin etkilenmesinin hükmü etkileyemeyeceği zaten matematiksel olarak da ortadadır. Diğer yandan yargı görevi yapan kavramına savcılar ve avukatlar da girmekte ve bunların iddia ve savunmaları da hükmü etkilemektedir. Hüküm bunların bir sentezi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda iddia ve savunmalar ile bunların sentezi olan hüküm yargı görevi yapanlardan bağımsız olarak ortaya çıkan neticelerdir. Suç tipi ise adından da anlaşılacağı üzere hükmün değil, yargı görevi yapanların, bilirkişilerin veya tanıkların etkilenmesi neticesini önlemeye çalışmakta ve bu neticeye yönelik somut tehlikeyi cezalandırmaktadır. Nitekim 765 sy. TCK m. 232/2’de yer verilen ağırlatıcı sebebe, 5237 sy. TCK m. 277’de yer verilmemesi ve 6352 sy. kanunla suçun konusu kapsamındaki kişilere bilirkişi ve tanıkların da dahil edilmesi, suç tipinin iddia, savunma ve hüküm odaklı değil, suç konusundaki kişilere odaklı olarak kaleme alındığının birer kanıtıdır.

2. İştirak

Bu suçların, özgü birer suç olarak düzenlenmediği, iştirak bakımından bir özellik göstermediği, iştirake ilişkin genel hükümlerin bu suçlar bakımından da uygulanabileceği konusunda görüş birliği vardır⁹⁰⁰. Birden fazla kişinin tipe uygun eylemi birlikte gerçekleştirmesi durumunda, bu kişilerden her biri TCK m. 37/1’e göre fail olarak sorumlu olur⁹⁰¹. Bunun dışında bu suçlara TCK m. 39’a göre yardım eden veya TCK m. 38’e göre azmettiren olarak iştirak mümkündür⁹⁰².

⁹⁰⁰ Centel, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 152; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8117; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4373; Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 225 ve s. 379

⁹⁰¹ Meran, **a.g.e.**, s. 285

⁹⁰² Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4300

Fransız hukukunda TCK m. 288'deki suçun benzeri olan ve Fransız Ceza Kanunu'nun 434-16. maddesinde düzenlenen suçun basın veya radyo-televizyon gibi çeşitli kitle iletişim araçları yoluyla işlenmesi halinde ilgili kanunlarda öngörülen özel sorumluluk sistemlerinin uygulanacağı söylenmiştir⁹⁰³. Bizim hukukumuz bakımından da çalışmamızın ilk ana bölümünde BsK'da ve 6112 sy. kanunda düzenlenen özel sorumluluk sistemlerini anlatmış bulunuyoruz. Yine yukarıda açıkladığımız gibi TCK'nın 5. maddesinin temenni niteliği karşısında bu hükümler aleniyetin basın veya radyo-televizyon gibi araçlarla gerçekleştiği durumlarda uygulanabilecektir. Aleniyet basılmış eserler yoluyla gerçekleştiği takdirde TCK m. 288'deki suç bakımından BsK'nın 11. maddesinde öngörülen özel sorumluluk rejimi uygulanacaktır. Aleniyetin radyo-televizyon gibi kitle iletişim araçları yoluyla gerçekleştiği hal bakımından ise 6112 sy. kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde düzenlenen kanuni sorumluluk sistemi devreye girecek ve yayından doğan sorumluluk yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre ait olacaktır. Bu durumda yalnızca suçun aleniyet unsurunun gerçekleşmesine aracı olan ve suç kastı olmayabilecek bu kişileri TCK m. 288'deki suçun asli failiymiş gibi cezalandırmak kanımızca mümkün olmasa gerekir. Gerçekten örneğin canlı yayınlanan bir açık tartışma programında program konuğunun adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturan beyanları sebebiyle, yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre TCK m. 288'den ceza verilmesi kitle iletişim özgürlüğünü orantısızca sınırlandıracaktır. Kanımızca bu hüküm, beyanda bulunan asli failin apaçık belli olduğu durumlarda bile ayrıca bu kişilerin de asli fail olarak sorumlu tutulacağı şeklinde anlaşılmalıdır ve bu sorumluluk rejimi ancak kolektif bir çalışmanın ürünü olarak önceden hazırlanan ve tespit yoluyla yapılan bir programındaki beyanlar bakımından uygulanmalıdır. Burada söz konusu kanuni sorumluluk rejimine yukarıdaki bölümde yönelttiğimiz eleştirileri aynen tekrar ettiğimizi belirtmekle yetiniyoruz.

Yine yukarıda açıklamaya çalıştığımız gibi özel sorumluluk sistemleri yalnızca asli maddi failin belirlenmesi amacına yönelik olup, şartları varsa somut olayda iştirak hükümlerinin de ayrıca uygulanmasına engel yoktur.

⁹⁰³ Véron, **a.g.e.** , s. 403

3. İçtima

a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından

Birçok yazar tarafından bu suçlarla ilgili olarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanabileceği söylenmiştir⁹⁰⁴. Bazı yazarlar suçun tekliği veya çokluğunun tayininde, TCK m. 277'deki suç esasen adliye karşı suçlardan olduğu için mağdur sayısının değil eylemin sayısının esas alınması gerektiği görüşündedirler⁹⁰⁵. Bu yazarlara göre her fiil en az bir yargı görevi yapan ile davanın taraflarından en az birine karşı işlenebilir ve hatta davanın çoğu kez birden fazla davalısı ve davacısı olabildiğinden, mağdur sayısı suçun tekliğini etkilemeyecektir. Aksi takdirde bu suç daima TCK m. 43/2 anlamında zincirleme suç olarak kabul etmek gerekecektir, bu yüzden yazarlara göre burada “*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi*” TCK m. 43/2 hükmünün uygulanması da mümkün değildir. Ancak koşulları oluştuğunda TCK m. 43/1'e göre “*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda...*” zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Bize göre yazarların bu kadar karmaşık çıkarımlar yapmasına gerek yoktur. Suçun mağduruyla ilgili açıklamaları yukarıda yaptığımızdan burada tekrar etme gereği duymuyoruz. Bu bağlamda suçun mağdurunun toplumu oluşturan bütün bireyler olduğunu düşünüyoruz. Adil yargılanma hakkı ihlal edilen davanın tarafı olan gerçek veya tüzel kişilerin ise; somut olayda bunlar bakımından bir zarar meydana gelmişse suçtan zarar gören olabileceklerini düşünüyoruz. Yine yargı görevi yapanlar, bilirkişiler veya tanıklar da suçun mağduru değil ancak bazı hallerde suçtan zarar gören olabilirler. Bu sebeplerle yazarların bu suçun her durumda birden fazla mağduru olacağı fikrine katılmamız mümkün değildir. Bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan bütün bireyler olması sebebiyle TCK m. 43/1'in son cümlesi anlamında uygulamada “*Mağduru belli bir kişi olmayan suçlar*”dan kabul edilmesi ve şartları varsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yoluna gidilebilecektir⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 152; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4300 ve 4373; Meran, **a.g.e.**, s. 285 ve s. 378

⁹⁰⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 7990

⁹⁰⁶ Gereçlendirmemekle birlikte yazarın açıklamalarından bu görüşü benimsediğini düşünüyoruz. Meran, **a.g.e.**, s. 285

Ünver'e göre; TCK m. 288 bakımından suç tipindeki seçimlik hareketlerden ilki veya ikincisinin yapılmasıyla tipe uygun eylem gerçekleştiği için bunlardan ilki yapıldıktan sonra yapılan ikinci seçimlik hareket cezalandırılmayan sonraki hareket olup yeni bir suç oluşturmayacaktır⁹⁰⁷. Bize göre ikinci hareketin cezalandırılmayan sonraki hareket olarak kabul edilebilmesi için ilk hareketle aynı zamanda veya ondan hemen sonra gerçekleştirilmesi gerekir. Hareketler arasındaki zaman aralığı fazlaysa yeni bir suçun olduğundan ve şartları varsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğinden söz edilebilir.

b. Fikri İçtima Hükümleri veya Özel Norm-Genel Norm İlişkisi Bakımından

Bu başlık altında öncelikle değerlendirilmesi gereken konu TCK m. 277 ile TCK m. 288 arasındaki ilişkidir⁹⁰⁸. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerle bu iki suç tipi, aralarında genel norm-özel norm ilişkisi kurulması doğrultusunda yeniden düzenlenmiş, yine bu suç tipleriyle fikri içtima ilişkisi içine girerek içtima sorunları yaratan BsK m. 19/2'deki yargıyı etkileme suçu⁹⁰⁹ da yürürlükten kaldırılmıştır.

⁹⁰⁷ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 379

⁹⁰⁸ Gerçekten TCK m. 277'nin önceki şeklinde yargı görevi yapanları her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmek şeklinde serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmesi karşısında TCK m. 288 kapsamındaki bir tipik eylemin yani alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunma eyleminin diğer şartları varsa TCK m. 277'deki suçu oluşturması da olanaklıydı. Kanun koyucu her iki maddenin bu düzenleniş şeklinin kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından yarattığı sakıncaları, bu iki suç tipini özel norm-genel norm ilişkisi içerisinde düzenlemek suretiyle çözmeye çalışmıştır. Bize göre bir eylem hem TCK m. 277 hem de TCK m. 288'deki suçu oluşturduğu takdirde fikri içtima hükmü uygulanmalı ve TCK m. 44'e göre en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilmeliydi. Bir örnek vermek gerekirse yargı görevi yapanlar üzerinde baskı yapabilecek, nüfuz kullanabilecek konumda bir kişinin devam eden bir soruşturma ile ilgili televizyonda hukuka aykırı beyanda bulunması halinde hem TCK m. 288'deki suç hem de TCK m. 277'deki suç oluşacak ancak daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 277'den ceza verilmesi gerekecekti. Buna karşılık yargı görevi yapanlar üzerinde baskı yapabilecek, nüfuz kullanabilecek konumda olmayan bir kişi tarafından TCK m. 288'deki suçu oluşturacak bir beyanda bulunması halinde TCK m. 288'e göre ceza verilmesi düşünülebilecekti. Ancak kanımızca TCK m. 277'deki suçun hem serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmesi, hem de bu yüzden özgü bir suç olmaması karşısında bu sonuca varmak da kolay değildi. Gerçekten her iki maddenin önceki düzenleniş biçimleri, TCK m. 288'in ancak "*bilirkişi veya tanıkların*" etkilenmesinin amaçlandığı veya beyanda bulunma tipik eyleminin soruşturma evresinde gerçekleştirildiği durumlarda uygulanmasının mümkün olabileceğini ortaya koymaktaydı. Bunlar dışındaki bütün olasılıklar TCK m. 277'deki suçu da oluşturacağından fikri içtima hükümlerine göre TCK m. 277'den ceza verilmesi gerekecekti.

⁹⁰⁹ Bazı yazarlarca, TCK m. 277 ve m. 288'de düzenlenen suç tipleriyle, mülga BsK m. 19/2 hükmü arasında fikri içtima ilişkisinin değil özel norm-genel norm ilişkisinin söz konusu olduğu ve buna göre bir uygulama yapılması gerektiği söylenmiştir. Selçuk, **a.g.m.**; Yaşar/Gökcan/Artaç, **a.g.e.**, s. 8118; Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi özel norm-genel norm ilişkisinin şartları her iki suçun aynı hukuksal değeri koruması ve özel normun genel normun unsurları yanında ihtisas unsurları da denilen bazı ilave unsurlara sahip olmasıdır. Kanımızca bu dönemde söz konusu normların aynı hukuksal değeri koruduğu ortada olmakla birlikte, unsurları anlamında birbirleriyle kesişen ve kesişmeyen alanları olan kümelere benzetebileceğimiz bu suç tiplerinin arasında özel norm-genel

Özel-genel norm ilişkisinden söz edebilmek için her iki normun aynı hukuksal değeri koruması ve ayrıca özel normun genel normun unsurları yanında “*ihtisas unsurları*” veya “*özellikle unsurları*” da denen diğer bir takım unsurlara da sahip olması gereklidir. Bir başka deyişle genel norm uygulanma kapsamı bakımından daha genişken, özel norm kendi uygulama alanını genel norma göre daraltan ilave unsurları bakımından daha geniştir. Gerçekten özel norm-genel norm ilişkisinde, özel normun genel normun tüm unsurlarını kapsamaması yanında bazı ilave unsurlar ve özellikler de barındırması söz konusu olduğundan, genel norm çekilmezse özel norm hiçbir zaman uygulanamayacaktır. Bu yüzden mantık ve yorum kuralları gereği genel normun çekilmesi, özel normun uygulanması gerekir. TCK’da açıkça düzenlenmeyen özel norm-genel norm ilişkisine özellikle bir suçun basit şekli ile nitelikli şekilleri arasında ve genel suçlarla özgü suçlar arasında rastlanmaktadır. 6352 sy. kanunla her iki suç tipinin hareket alt unsuru hariç, önşart ve konu gibi bütün unsurları bakımından neredeyse birebir aynı şekilde düzenlenmesi, bu iki suç tipi arasındaki belirsizliğe özel norm-genel norm ilişkisi kapsamında çare bulmak amacını taşımaktadır. Bundan böyle “*alenen yazılı veya sözlü beyanda bulunma*” tipik eylemi bakımından özel norm olan TCK m. 288 uygulanacak, aleni olmayan veya gizli nitelikteki sözlü ve yazılı beyanlar dahil diğer bütün hareketler bakımından genel norm olan TCK m. 277 uygulanacaktır. Bu değişikliklerin ilgili yerlerde açıklamaya çalıştığımız eleştirilerimiz bir yana yalnızca bu belirsizliği çözmek bakımından isabetli olduğu düşünülebilirse de bu değişiklikler sonrasında TCK 277’nin 765 sy. TCK’nın 232. maddesinden neredeyse tamamen ayrı bir suç tipi olarak karşımıza çıktığı gerçeği de göz önünde bulundurulmalıdır.

TCK m. 277 ve m. 288’deki suçların, başka bazı suç tipleriyle fikri içtima ilişkisine girme olasılıkları ayrıca değerlendirilmelidir. Kanun koyucu bu doğrultuda 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerle TCK m. 277/2’de özel bir fikri içtima düzenlemesine yer vermiş ve fakat TCK m. 288 bakımından böyle bir düzenlemeye gerek duymamıştır. Bunun sebebi serbest hareketli olarak düzenlenen TCK m. 277’deki suçun, seçimlik hareketli ve özel norm olarak düzenlenen TCK m. 288’e göre daha fazla suç tipiyle fikri içtima ilişkisi içine girmeye müsait olması olarak düşünülebilir.

norm ilişkisi olduğunu söylemek gücü. Zira böyle bir ilişkiden söz edebilmek için bir küme (genel norm) tümüyle diğer kümenin (özel norm) içinde yer almalıdır.

Bir görüşe göre TCK m. 277'deki suçun işlenmesi sırasında eylemin tehdit (TCK m. 106), şantaj (TCK m. 107) gibi başka suçları da oluşturması durumunda TCK m. 44'e göre fikri içtima kuralı uygulanacak ve fail en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır⁹¹⁰. Buna karşılık TCK m. 277'deki suçun işlenmesi sırasında tehdit ve şantaj suçlarının da işlenmesiyle ilgili olarak diğer bir görüş, TCK m. 277 ile bu suçlar arasında⁹¹¹ ve bunların yanında yargı görevi yapturmamak için direnme (TCK m. 265/2) suçu arasında⁹¹², doktrinde çoğunlukla görünüşte içtima türlerinden biri olarak analiz edilen özel norm-genel norm ilişkisi olduğunu savunmaktadır. Bu görüştekilere göre bu gibi durumlarda faile özel norm olan TCK m. 277'den ceza verilmesi gerekir.

Bize göre bu suçlar arasında yukarıda açıkladığımız özel-norm genel norm ilişkisinin şartları bulunmadığından fikri içtima kurallarına göre bir sonuca varılmalıdır. Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu ile örnek verilen suçlar aynı hukuksal değeri korumadıkları gibi, TCK m. 277'deki suç ile bu suçlar arasında suçun basit şekli-nitelikli şekli veya genel suç-özü suç gibi bir ilişki de söz konusu değildir. Nasıl ki fail menfaat sağlamak suretiyle yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs eylemini gerçekleştirdiğinde rüşvet suçu oluşacak ve fikri içtima kuralının uygulanması gerekecektir⁹¹³, tehdit ve şantaj gibi suçlar bakımından da bu anlamda farklı bir sonuca varmaya imkan yoktur.

Diğer yandan Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında⁹¹⁴, sanığın yargılamada ara kararı verilmesi sırasında elini havaya kaldırarak mahkeme hakimi yakınana "*dışarıda da görüşürüz*" biçiminde söz söylemekten ibaret eyleminin, 5237 sy. TCK'nın 106/1. maddesinin 2. cümlesine uygun tehdit suçunu oluşturduğu sonucuna varmış ve yerel mahkemenin yargı görevi yapanı etkileme suçundan verdiği mahkumiyet kararını bozmuştur. Meran'a göre de suç ancak özel kast ile işlenebileceğinden suç konusu kapsamındaki kişileri özel kast olmaksızın tehdit eden

⁹¹⁰ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu", s. 152; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4300; Meran, **a.g.e.**, s. 285

⁹¹¹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 220

⁹¹² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 7990

⁹¹³ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu", s. 152

⁹¹⁴ Yargıtay 4. CD E. 2011/2489 K. 2011/11999 T. 04.07.2011

kimsenin eylemi yalnızca TCK'nın 106. maddesinde öngörülen tehdit suçunu oluşturur⁹¹⁵.

Gerçekten TCK m. 277'deki suç serbest hareketli bir suç olarak düzenlendiği için yalnızca yazarların örnek verdikleriyle değil TCK'da yer alan pek çok suçla ve çalışmamız kapsamındaki TCK m. 288 hariç diğer adil yargılanma hakkına karşı suçlarla bu suçun fikri içtima durumuna girmesi söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte her ne kadar TCK m. 277'deki suç halen serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmiş olsa da, TCK m. 277 ve m. 288 bundan böyle genel norm özel norm ilişkisine göre düzenlendiğinden ve TCK m. 277'deki suçun oluşması bakımından gerekçeye göre yargı görevi yapanlarla doğrudan ilişki kurulması arandığından, bu suçla TMK'nın 7. maddesinde düzenlenen terör örgütünün propagandasını yapmak suçu veya TCK'nın 301. maddesinde düzenlenen "*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama*" suçu gibi suç tiplerinin fikri içtima ilişkisi içerisine girmesi mümkün değildir. Bu suç tipleriyle TCK m. 288'deki suçun fikri içtima ilişkisi içerisine girmesiye mümkündür.

Bunların yanında kanunun sistematığı bakımından genel anlamda aynı hukuksal değeri korudukları açık olmakla birlikte, unsurları arasında belirgin farklılıklar olan TCK m. 277'deki suçla adliyeye karşı suçlardan bazıları arasında da görünüşte içtima türlerinden hiçbiri gerçekleşmeyeceği için fikri içtima ilişkisi söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda örneğin "*Yalan tanıklık*" suçu bakımından TCK m. 272/2'de öngörülen "*Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapmak*" eylemi; TCK'nın 275. maddesinde düzenlenen "*Yalan yere yemin*" suçu bakımından "*hukuk davalarında yalan yere yemin etmek*" eylemi, TCK'nın 276. maddesinde düzenlenen "*Gerçeğe aykırı bilirkişilik ve tercümanlık*" suçu bakımından "*Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaada bulunması*" eylemi şeklinde sayılan seçimlik hareketler aynı zamanda yargı görevi yapanları hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs etmek niteliğindedir. Dolayısıyla bu suçların olduğu bazı durumlarda,

⁹¹⁵ Meran, **a.g.e.** , s. 285

TCK m. 277'deki suçun da oluşabileceği ortadadır. Bu gibi durumlarda faile TCK m. 44'e göre en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilecektir.

Bazı yazarlarca Alman hukukunda yer alan ve “*failin bilinçli olarak gerçeğe aykırı iddialarla, bilgilerle veya delillerle bir mahkemenin, yargıcın davanın karşı tarafının, davalının veya üçüncü şahsın servetine zarar verecek bir kararına yol açması niteliğindeki dolandırıcılık türü olarak*” tanımlanabilecek yargılama dolandırıcılığı suçunun 6100 sy. HMK'nın 29. maddesinde düzenlenen “*Dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü*” karşısında, Türk hukukunda da kanuni dayanağa kavuştuğu bir başka deyişle TCK m. 157'de düzenlenen dolandırıcılık suçunun bu yükümlülüğün ihlali suretiyle de işlenebileceği söylenmiştir⁹¹⁶. Söz konusu HMK m. 29/1'e göre; “*Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar.*”, m. 29/2'ye göre de “*Taraflar, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler.*” Böyle bir kabul durumunda dolandırıcılık suçuyla TCK m. 277'deki suç arasında da bir fikri içtima ilişkisinin söz konusu olacağı söylenmelidir. Böyle bir durumda faile daha ağır cezayı gerektiren dolandırıcılık suçundan ceza verilmesi gerekir. Yine bu durumda TCK m. 159'da yer alan dolandırıcılık suçunun “*bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı*” tahsil etmek amacıyla işlenmesi halinde faile daha az ceza verilmesini gerektiren halin hukuken kesinleşmiş bir alacağın tahsilinden söz ettiği için yargılama dolandırıcılığını kapsamadığı söylenmiştir⁹¹⁷.

Kanımızca TCK m. 277'deki suçun serbest hareketli olarak düzenlenmesiyle yargılama dolandırıcılığı veya örneğin Fransız hukukunda suç olarak düzenlenen suçluluğa veya cezaya ilişkin anket⁹¹⁸ yapılması gibi fiillerin cezasız kalmaması amaçlanıyorsa, bu doğrultuda maddeyi torba bir hüküm olarak düzenlemek yerine kanunilik ve belirlilik ilkelerine uygun özel düzenlemeler yapılması doğru olurdu. Yine örneğin FCK'da serbest hareketli bir yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suç tipi düzenlenmemiş olup, bu kapsamdaki farklı hareketler farklı maddelerde suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin FCK'nın 434-8. maddesi

⁹¹⁶ Altan Heper, “Yargılama Dolandırıcılığı”, **Güncel Hukuk**, Temmuz 2009, y. 7, S. 67, s. 36-40

⁹¹⁷ **A.g.e.**, s. 40

⁹¹⁸ Anketler ve ceza adaleti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Luca Luparia, “Sondages d'opinion et justice pénale dans l'ère télématique Une analyse comparative”, **Rev. Sc. Crim.**, 2002, S. 4, s. 781-789

hakime, jüri üyesine veya meslekten hakim olmaksızın yargısal görev yapan diğer bir kimseye, hakeme, tercümana, bilirkişiye veya taraflardan birinin avukatına karşı, görevlerini yaptıkları sıradaki davranışlarını etkilemek amacıyla işlenen kişilere veya mala zarar vereceğinden bahisle tehdit veya diğer her türlü korkutma eylemlerini cezalandırmaktadır⁹¹⁹. Hakimlerin, jüri üyelerinin, veya yargısal görev yapan diğer kimselerin, re'sen veya taraflarca görevlendirilen hakem veya bilirkişilerin veya adli makamlar tarafından arabuluculuk veya uzlaştırmayla görevlendiren kişilerin aktif veya pasif rüşvet suçları ise FCK'nın 434-9. maddesinde düzenlenmiştir⁹²⁰.

Sonuç olarak bize göre suçun serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmesi hatalı olmuştur, madde 765 sy. TCK'nın 232. maddesine benzer şekilde düzeltilmeli ve bu suçla cezalandırılmak istenen diğer eylemler Fransız hukukundaki gibi farklı suç tipleriyle düzenlenmelidir. Aksi takdirde, suç tipinin seçimlik hareketli olarak düzenlenmemesinin ortaya çıkardığı bu durum, kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından sakıncalar yaratabileceği gibi, keyfi veya farklı uygulamalara açık kapı bırakabilecektir.

Ayrıca yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçu gibi adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun da tehdit gibi suç tipleriyle içtima durumuna girmesi veya somut olayda hangisinin unsurlarının olduğu noktasında bu suçların birbirleriyle karıştırılması mümkündür. Örneğin Yargıtay 4. Ceza Dairesi bir kararında⁹²¹, sanığın iftira suçundan açılan davanın duruşmasına katılmak üzere cezaevinden birlikte getirildiği tanığı, aleyhinde tanıklık yapmaması için aleni yer olmayan bekleme odasında tehdit etmesi eyleminin adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs niteliğinde olmayıp tehdit suçunu oluşturacağı gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra aleni olmayan tanıkları etkilemeye teşebbüs de TCK m. 277'nin kapsamına alındığından buna benzer bir olayın şartları varsa TCK m. 277'deki suçu oluşturması da mümkündür.

⁹¹⁹ Véron, **a.g.e.**, s. 402

⁹²⁰ **A.g.e.**, s. 403-404

⁹²¹ Yargıtay 4. CD E. 2009/20150 K. 2010/6318 T. 07.04.2010

c. Gerçek İçtima Durumu

Ünver'e göre TCK m. 277'de yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs cezalandırılmakta olduğundan, ayrıca bu kişilerin etkilenmesi cezalandırılmayacaktır, etkilemeye teşebbüs edilmesiyle cezalandırılır eylem doğmuştur ve sonraki etkileme cezalandırılmayan bir hukuki sonuçtur⁹²². Bununla birlikte yazar etkileme neticesinin, yargı görevi yapan, bilirkişi veya tanıklar bakımından bir suç oluşturabileceği ve burada bu kişilerin suçuna azmettirme ve bazı içtima sorunlarının ortaya çıkabileceği görüşünü de savunmuştur⁹²³. Kanımızca burada etkilenme neticesinin değil, bu etki doğrultusunda bir karar vermenin, işlem yapmanın veya beyanda bulunmanın bir suç oluşturabileceğini kabul etmek gerekir. Bize göre böyle bir durumda yalnızca azmettirmeden değil; örneğin görevin gereklerine aykırı olarak davayı sonuçlandırmaya karar vermiş hakimnin bu kararını kuvvetlendirme veya yalan tanıklıkta bulunmaya karar vermiş tanığın nasıl beyanda bulunacağı konusunda yönlendirme gibi durumlar bakımından, TCK m. 39/2-a veya 39/2-b kapsamında yardım etmeden de söz edilebilir. Parlar/Hatipoğlu da, TCK m. 277'deki suçun işlenmesi suretiyle failin istediği zararlı sonuç gerçekleştiği takdirde, bu sonucun ayrıca bir suç teşkil ettiğini kabul etmek suretiyle failin TCK m. 277'nin yanında bu suçta iştiraktan de cezalandırılması gerektiği görüşündedir⁹²⁴. Bir başka deyişle bu gibi durumlarda faile her iki suçtan ayrı ayrı ceza verilir. Bununla birlikte yazarların "*failin istediği zararlı sonuç*" ile kastettiğinin yargı görevi yapan, bilirkişi veya tanığın etkilenmesi sonucu olduğu görüşüne katılmadığımızı söylemeliyiz. Zira burada ayrı bir suç oluşturan ve fail tarafından istenen başlı başına suç konusu kapsamındaki kişilerin etkilenmesi değil, bu kişilerin etkilenerek bir karar vermesi, işlem tesis etmesi veya beyanda bulunmasıdır. Böyle bir karar, işlem veya beyan, yargı görevi yapanlar bakımından 765 sy. TCK'nın 233. maddesinin⁹²⁵ 5237 sy. TCK'da karşılığı bulunmadığından⁹²⁶ "*Görevi kötüye kullanma*" suçunu, bilirkişiler bakımından "*Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık*" suçunu, tanıklar bakımından "*Yalan tanıklık*" suçunu oluşturabilecektir.

⁹²² Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 224-225

⁹²³ **A.g.e.**

⁹²⁴ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4301

⁹²⁵ Söz konusu hüküm şu şekildedir: "*Yukarıki maddede yazılan emir ve iltimasa müsteniden hüküm ve karar veren hakimler hakkında dahi hüküm ve kararının suret ve mahiyetine ve mahkumun hukuku üzerine yaptığı tesirin derecesine göre iki seneden beş seneye kadar hapis ve hakimlik hizmetinden müebbed mahrumiyet cezası tatbik olunur.*"

⁹²⁶ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu", s. 152

TCK m. 277'deki suçun işlenmesi bakımından suç konusu kapsamındaki kişilerle, 6352 sy. kanunun maddeye ilişkin gerekçesinde de belirtildiği gibi “doğrudan bir ilişki kurulması” gerekli olduğundan, failin istediği zararlı sonucun bu kişiler bakımından bir suç oluşturabilmesi mümkündür. Ancak kanımızca TCK m. 288'deki suç bakımından böyle bir sonuca varmak mümkün değildir.

Yine bu bağlamda yargı görevi yapanların etki altında kalarak işlem yaptığı her durumda mutlaka sorumlu olup olmayacakları hususunun da üzerinde durmak gerekir. Etkilemek öyle hareketlerle söz konusu olabilir ki, yargı görevi yapan karşı koyamayacağı kadar güçlü ve iradesini saptıran bir etki altında istenilen yönde davranabilir. Örneğin tehdit, şantaj gibi suçlar bakımından durum bu merkezdedir. Bu suçlarla hem TCK m. 277'deki suç, hem de TCK m. 288'deki suç fikri içtima ilişkisi içerisine girebilir çünkü tehdit veya şantaj alenen yazılı veya sözlü beyanda bulunmak suretiyle de işlenebilir. Yargı görevi yapan, bilirkişi veya tanığın tehdit veya şantaj suçunun işlenmesi suretiyle etkilenmesi ve “Görevi kötüye kullanma”, “Gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık” ya da “Yalan tanıklık” suçlarından birini işlemesi halinde artık zorlama söz konusu olduğu ve suçun işlenmesinde bu kişiler araç olarak kullanıldığı için dolaylı faillığe ilişkin hükümlerin uygulanması, araç olarak kullanan kişinin fail olarak cezalandırılması ve TCK m. 28 gereği araç olarak kullanılan kişilerin sorumlu tutulmaması düşünülmelidir.

L. Suçların Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler

1. Genel Olarak

Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunun cezası iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıdır. Hâkim/mahkeme somut olayın koşullarına göre TCK m. 61'e göre hapis cezasının miktarını bu alt ve üst sınırlar arasında tayin edecektir.

6352 sy. kanunla değiştirilmeden önce TCK m. 277'nin son cümlesinde cezayı hafifleten bir neden yer almaktaydı. Söz konusu hükümde “Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadar” hapis olarak

öngörülmüştü. Söz konusu cezayı hafifleten neden 6352 sy. kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Genel olarak suçun cezasının 765 sy. TCK'nın 232. maddesine göre azaltıldığı söylenmelidir. Zira eski düzenlemede suçun cezasının yalnızca alt sınırları belirtilmişti. Böylece mülga 765 sy. TCK m. 15'e göre kanunda açıklanmayan yerlerde hapis cezasının üst sınırı beş sene olduğundan, suçun temel şeklinin cezası iki seneden beş seneye kadar, daha az cezayı gerektiren iltimas hareketinin cezası ise altı aydan beş seneye kadar hapis olarak öngörülmüştü.

Suçun cezasının alt sınırı iki yıl hapis cezası olarak belirlendiği ve kovuşturulması şikâyete bağlı olmadığı için, CMK'nın 171. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun bu suç bakımından uygulanma olanağı yoktur.

Bununla birlikte hakim/mahkeme cezayı iki yıl veya daha az süreli hapis olarak takdir etmişse ve CMK'nın 231. maddesinin 5. fıkrasına göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun diğer şartları da varsa, bu suç bakımından hükmün açıklanması geri bırakılabilir⁹²⁷. Bu bağlamda 231. maddenin 6. fıkrasında sayılan hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartlarından mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesi şartı 277. maddedeki suç esasında bir somut tehlike suçu olarak düzenlendiği ve ortada bir zarar olmadığı için aranmayacak, ancak suçun işlenmesi sebebiyle ayrıca bir zarar doğduğu takdirde etkileme sonucu aleyhine karar verilen, işlem yapılan veya beyanda bulunulan tarafın zararının giderilmesi gerekebilecektir.

Yine bu suç neticesinde iki yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde, bu ceza TCK m. 51'deki diğer şartlar da mevcutsa ertelenebilir.

TCK m. 277'nin önceki şeklinde bu suç bakımından, 765 sy. TCK'nın 232. maddesinin 2. fıkrasında yer alan *"bu müdahale üzerine davanın haksız şekilde"*

⁹²⁷ Nitekim Yargıtay 4. CD TCK m. 277 bakımından olmasa bile, TCK m. 285, 286 ve 288'deki suçlarda ilgili birçok kararında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının tartışılmaması gerekçesiyle yerel mahkeme mahkumiyet kararlarını bozmuştur. Bkz. Yargıtay 4. CD 2009/2414 E. 2009/4042 K. 2009/9439 E. 2009/9064 K. 2009/12004 E. 2009/10325 K. 2009/24141 E. 2009/18087 K., 2009/29502 E. 2010/2438 K., 2010/5267 E. 2010/5075 K., 2008/12028 E. 2010/9334 K., 2010/627 E. 2010/3994 K., 2010/9914 E. 2010/8644 K.

sonuçlanması” halinde cezanın üçte biri kadar artırılmasına ilişkin ağırlatıcı sebebe veya başka herhangi bir ağırlatıcı sebebe yer verilmemişti⁹²⁸.

Ancak 6352 sy. kanunla maddeye eklenen 2. fıkrayla yargı görevi yapanı bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturan fiilin aynı zamanda başka bir suç da oluşturması halinde fikri içtima hükümlerine göre verilecek cezanın yarısına kadar artırılması şeklinde suçun bir nitelikli hali öngörülmüştür. Yurtcan’a göre bu fıkrayla bir eksiklik tamamlanmıştır⁹²⁹. 6352 sy. kanun tasarısıyla ilgili TBB’nin görüşü ise bu hükmün suç siyaseti açısından hatalı ve içtima kuralları yönünden sorunlu olduğu yönündedir. TBB’ye göre; fikri içtimada zaten en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilirken, bu fiile ilişkin cezayı yarı oranında artırmak, bir de üstüne bu artırımın suçun teşebbüs suçu olması sebebiyle zararlı sonucun gerçekleşmediği eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı hallerde de öngörmek doğru değildir⁹³⁰. Bize göre de TBB’nin görüşü dikkate değerdir.

Ayrıca bu fıkra bakımından 6352 sy. kanunla kadük kalan tasarı arasındaki tek fark 6352 sy. kanunda cezanın “*yarı oranında*” değil “*yarısına kadar*” artırılmasının öngörülmüş olmasıdır. Kanımızca “*yarısına kadar*” ibaresinin ceza artırımına ilişkin belli oran aralıklarını ifade ederken veya artırımın takdirini hakime bırakırken kullanılması gerekir. Bu yüzden maddede “*yarısına kadar*” yerine kadük kalan tasarıdaki gibi “*yarı oranında*” ibaresinin kullanılması daha uygun olurdu.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun yaptırımı ise maddenin önceki şeklinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştü. Maddenin 6352 sy. kanunla değişik şeklinde ise daha önce kadük kalan tasarıda da gündeme getirildiği gibi suçun yaptırımı hapis cezası olmaktan çıkarılmış ve “*elli gündenden az olmamak üzere adli para cezası*” olarak belirlenmiştir. Bu suç bakımından adli para cezasının üst sınırı ise, maddede açıkça belirtilmediğinden, TCK m. 52/1 hükmüne göre yediyüzotuz gündür. Değişikliğin gerekçesinde bu değişikliğin TCK m. 3/1’de de yer alan suç işleyen kişiye fiilin ağırlığıyla orantılı ceza verilmesi (orantılılık) ilkesi doğrultusunda yapılmak istendiği ifade edilmiştir. Fransız Ceza Kanunu’nun

⁹²⁸ Aynı yönde bkz. Centel, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, s. 151; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4297-4298

⁹²⁹ Yurtcan, “TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi”

⁹³⁰ http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/yarginin_hizlandirilmesi.doc ET: 12.03.2012

434-16. maddesinde TCK'nın 288. maddesindeki ve mülga BsK m. 19/2'deki suç tiplerine benzer olan yukarıda açıkladığımız suçun cezası 6 ay hapis ve 7500 avro para cezası olarak öngörülmüştür⁹³¹. Türk hukukunda da suçun cezasının bu doğrultuda düzenlenmesi yerinde olabilirdi. 5237 sy. TCK ile hukukumuzda giren yeni bir suç tipinin cezasının önce üst sınırı üç yıl hapis cezası olarak belirlenmesi, daha sonra ise hapis cezasının tamamen kaldırılması kanun koyucunun bu konudaki hazırlıksız, kararsız ve bilimsel verilerden uzak yaklaşımını ortaya koymaktadır.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu bakımından 288. maddede cezaya etki eden herhangi bir neden düzenlenmemiştir. Bununla birlikte maddenin 29.06.2005 tarih ve 5377 sy. kanunla değiştirilmeden önceki ilk şeklinde 2. fıkra mevcut olup bu fıkraya göre suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesi bir cezayı ağırlatıcı neden olarak düzenlenmişti. Söz konusu değişiklikten sonra bu suçun kitle iletişim araçları yoluyla işlenmesi ve gerekçede bu doğrultuda yapılan açıklamalar özel bir önem arz etmeyip, suçun kitle iletişim araçları yoluyla işlenmesi yalnızca aleniyet ögesine vücut verecektir. Doktrinde bu değişikliğin gerekçesindeki yanlışlığa dikkat çekilmiş ve değişiklik gerekçesinin, konunun zaten TCK'dan önce yürürlüğe girmiş olan BsK m. 19/2'de düzenlenmesi değil, medyadan ve hukukçulardan gelen yoğun eleştiriler olduğu söylenmiştir⁹³². Nitekim 6352 sy. kanunla BsK m. 19 yürürlükten kaldırıldığı halde, böyle bir ağırlatıcı nedene kanunda tekrar yer vermek şöyle dursun, bu ağırlatıcı nedenin aşağıda açıklayacağımız soruşturmanın gizliliğini ihlal ve kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suç tipleri bakımından da yürürlükten kaldırılması bu görüşün haklılığını ortaya koymaktadır. Donay'a göre⁹³³ bu dönemde; 5377 sy. kanunla yapılan değişikliğin arkasındaki gerçek neden basınla ilgili olarak TCK m. 288'in değil BsK m. 19/2'nin uygulanması sağlanarak basının sorumluluğunun azaltılması arzusudur. Yazara göre bu durumda aynı eylem etkileme gücü çok daha fazla olan basın tarafından gerçekleştirildiğinde cezası sıradan kişiler tarafından gerçekleştirilmesinden daha hafif olacaktır ki bu durumun eşitlik ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacağı açıktır. Yazarların eleştirilerine katılıyoruz. Gerçekten yukarıda söz ettiğimiz gibi 6352 sy.

⁹³¹ Véron, **a.g.e.**, s. 403

⁹³² Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 378; Donay, **TCK Şerhi**, s. 412; Bu yönde bir eleştiri için bkz. Fikret İlkiz, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Basın Yayın Fiilleriyle İlgili Düzenlemeler", **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Nisan 2005, y. 2, S. 5, s. 338

⁹³³ Donay, **TCK Şerhi**, s. 412

kanunla suçun cezasının paraya çevrilmesi de aynı baskıların ve etkilerin bir sonucudur.

6352 sy. kanunla BsK m. 19'un yürürlükten kaldırılması ve TCK m. 277 ve 288'in genel norm özel norm ilişkisi içerisinde düzenlenmesiyle, kitle iletişim araçları yoluyla veya herhangi bir surette gerçekleştirilen aleniyet bakımından bir eşitsizlik kalmamıştır. Bununla birlikte, TCK m. 277'deki suçun serbest hareketli olarak düzenlenmesi, halen ve yaptırım yönünden de adaletsiz sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Bir örnek vermek gerekirse hakimleri etkilemek amacıyla yazılı veya sözlü beyanda bulunma eyleminin alenen veya kitle iletişim araçları yoluyla işlenmesi halinde failin, yaptırımı yalnızca adli para cezası olarak öngörülen TCK m. 288'den cezalandırılması söz konusu olacak ve fakat aynı eylemin alenen işlenmemesi halinde faile, yaptırımı daha ağır nitelikte hapis cezası olan TCK m. 277'den ceza verilmesi gündeme gelebilecektir. Her ne kadar bu durumda suçun konusu kapsamındaki kişilerle doğrudan ilişki kurularak hatta bazen gizli beyanda bulunulmasının, alenen veya kitle iletişim araçları yoluyla beyanda bulunulmasına göre daha etkili ve tehlikeli olabileceği hatta faildeki ahlaki redaeti gösterebileceği karşı argüman olarak ileri sürülebilirse de, bu argümanı alenen gerçekleştirilmeyen bütün yazılı veya sözlü beyanlar bakımından kabul etmek mümkün değildir.

2. 6352 Sayılı Kanunla Dava ve Cezaların Ertelenmesi

Bu düzenlemelerin yanında 6352 sy. kanunun geçici 1. maddesiyle çalışmamız kapsamındaki suç tipleriyle oldukça ilgili olan özel bir düzenlemenin yapıldığı söylenmelidir. Dava ve cezaların ertelenmesi kenar başlıklı bu maddeyle adeta medyaya bir "af" getirildiği söylenmiştir⁹³⁴. Şüphesiz ki bunun teknik anlamda af olmadığı açıktır. 6352 sy. kanun tasarı halindeyken Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan değerlendirme raporunda medya için bir af getirilmek isteniyorsa, bunun eşitlik ilkesi ve suç siyaseti açısından herkes için uygulanabilir nitelikte olması gereğine işaret edilmiştir⁹³⁵. Getirilen düzenlemenin 1. fıkrasına

⁹³⁴ <http://www.stargazete.com/politika/yargi-reformu-basin-adina-af-niteliginde-haber-417361.htm>

ET: 11.03.2012

⁹³⁵ http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/yarginin_hizlandirilmasi.doc ET: 12.03.2012; Söz konusu Geçici 1. maddenin 1. fıkrasının iptali istemiyle İzmir 21. Sulh Ceza Mahkemesi'nin yaptığı itiraz başvurusu Anayasa Mahkemesi'nin 12.09.2012 T. 2012/79 E. ve 2012/112 K. sayılı kararıyla, iptali istenen kuralın itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma

göre; “31.12.2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren” suçlarla ilgili olarak; soruşturma evresinde, CMK’nın 171. maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine, kovuşturma evresinde kovuşturmanın ertelenmesine, kesinleşmiş mahkumiyet hükümlerininse infazının ertelenmesine karar verilmesi öngörülmüştür. Yine geçici m. 1/5’e göre, birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bakımından da bu madde hükümleri uygulanacaktır. Kanımızca bu ifade tarzında kanun koyucu hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı hallerde denetim süresi sonunda verilebilecek “düşme kararı”ndan değil hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından söz ettiği için, burada denetim süresi bakımından bu madde hükümlerine atıf yapıldığı anlaşılmalı, doğrudan düşme kararı verilmemelidir.

Bu düzenlemede “kovuşturmanın ertelenmesi”⁹³⁶ adı altında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına benzer ve fakat hükmün açıklanması aşamasından önce kovuşturma evresinin herhangi bir aşamasında karar verilebilecek özel ve geçici bir “erteleme” kurumu öngörülmüştür. Gerek kamu davasının açılmasının ertelenmesi gerekse de kovuşturmanın ertelenmesi kurumları bakımından önemli bir fark CMK m. 171 ve m. 231 hükümlerinde “erteleme süresi” ve “denetim süresi” adı altında getirilen beş yıllık sürenin bu özel erteleme halleri bakımından üç yıl olarak uygulanacak olmasıdır. Geçici m. 1/2’ye göre hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir.

Yine bu kapsamdaki suçlar bakımından cezaların infazının ertelenmesi de TCK m. 51’deki hapis cezasının ertelenmesi veya 5275 sy. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 16 vd. hükümlerine tabi olmaksızın uygulanacak özel bir

olanağı bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Bu karar için bkz. http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=10000284&content=ET:21.02.2013 Anayasa Mahkemesi 123 milletvekili tarafından yapılan iptal başvurusunu ise 08.11.2012 tarihli toplantı sonuçlarına göre, geçici m. 1, m. 2’nin 4. ve 6. fıkraları ile m. 3 bakımından esasen incelemeye konu edecektir. Bkz. Ersan Şen, “6352 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesi: Uygulama ve Eşitlik Sorunu”, <http://www.haber7.com/prof-dr-ersan-sen/haber/962260-6352-sayili-kanunun-gecici-1-maddesi-uygulama-ve-esitlik-sorunu> ET: 21.02.2013

⁹³⁶ Burada “davanın durması” denmesi daha isabetli olabilirdi.

erteleme hali olup, bu hükümlerle karıştırılmamalıdır. Gerçekten bu özel düzenleme bakımından geçici m. 1/3'e göre cezasının infazı ertelenen kişinin erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde mahkûmiyet bütün sonuçlarıyla ortadan kalkacağından bu da adeta kamu davasının açılmasının ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına benzer nitelikte bir ertelemedir. Bu düzenlemenin TCK 51/8'deki erteleme halinde ceza infaz edilmiş sayılır genel kuralından ayrılması sebebiyle eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenmelidir.

Geçici m. 1'in son fıkrasına göre bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar TCK'nın erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmayacaktır. Buradaki ifadede yalnızca erteleme kararının verilmesinden söz edildiği için, erteleme süresi içerisinde madde kapsamındaki bir suçtan kesinleşmiş bir mahkumiyet kararı alınması sebebiyle soruşturma, kovuşturma veya cezanın infazına devam olunduğu hallerde ne yapılacağı belirsizdir. Bize göre bu takdirde de bu suçların TCK'nın erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaması gerekir.

Maddede düzenlenen her üç erteleme hali bakımından soruşturmaya, kovuşturmaya veya infaza devam olunması, erteleme süresi içerisinde “*birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümlerle cezaya mahkûm olunması*” şartına bağlanmıştır. Bu şartın CMK'nın tereddüt uyandırabilecek⁹³⁷ m. 171/4'deki “*kasıtlı bir suç işlenmediği*” ve m. 231/10'daki “*kasten yeni bir suç işlenmediği*” ibarelerine göre suçla ilgili kesinleşmiş ceza mahkumiyeti aranmak suretiyle yeterli açıklıkta düzenlenmesi olumludur. Diğer yandan bu özel düzenlemede herhangi bir suçun değil “*birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç*”un işlenmesinden söz edilmesi kanımızca erteleme sürelerinin medya üzerinde baskıya neden olduğu ve sansür etkisi yarattığı eleştirilerini pekiştirecek niteliktedir⁹³⁸.

⁹³⁷ Donay, **CMK Şerhi**, s. 291

⁹³⁸ <http://www.haberturk.com/polemik/haber/708319-yargi-reformu-basin-ozgurlugu-getirir-mi> ET: 11.03.2012

Yine geçici m. 1/6 hükmüne göre birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanmış olması hâlinde bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış hakların Adli Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilecektir. Burada karar verilmesinden söz edilmekle birlikte kararı verecek merci belirsizdir. Bize göre bu kararın Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinin 3. fıkrası hükmüne göre verilmesi gerekir. Zira istisna tutulan 13/A maddesindeki şartlar olup, usul değildir. Bu yönden yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgahının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı

5235 sy. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 10, 11 ve 12. maddeleri hükümlerine göre TCK m. 277'deki suçun işlenmesi durumunda görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

Bu suçun soruşturması genel hükümlere göre Cumhuriyet Savcılığı tarafından re'sen yapılır⁹³⁹. Fail bir kamu görevlisi olsa bile bu suçun görevle ilgisi bulunmadığından 4483 sy. Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uygulanmaz⁹⁴⁰. Ancak TCK'nın 6. maddesindeki yargı görevi yapan tanımı kapsamında kalan hakim, savcı avukat gibi kamu görevlileri bakımından yine özel kanunlarındaki kovuşturma usulünün uygulanması gerekir. Zira suç tipinin niteliği, bu kişiler bakımından her halukarda görevle ilgili suç sayılmasını gerektirmektedir. Özellikle bu suçun avukat tarafından işlendiği şüphesi halinde, her halukarda suçun avukatın göreviyle ilgili suç olarak değerlendirilmesi ve 1136 sy. Avukatlık Kanunu'nun 58 vd. maddelerindeki soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Bu durumda AvK m. 58'in ilk cümlesine göre; bu suç avukatlık görevinden doğan veya avukatlık görevi sırasında işlenen suçlardan olduğu için bu suçtan dolayı avukat hakkında soruşturma, Adalet Bakanlığının vereceği izin üzerine, suçun işlendiği yer Cumhuriyet savcısı tarafından

⁹³⁹ Centel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu", s. 153

⁹⁴⁰ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4301

yapılacaktır. AvK m. 59/1'e göreyse soruşturmaya ait dosya Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne tevdi olunacak, inceleme sonunda kovuşturma yapılması gerekli görüldüğü takdirde dosya, suçun işlendiği yer ağır ceza mahkemesine en yakın bulunan ağır ceza mahkemesi Cumhuriyet Savcılığına gönderilecektir. Bunun üzerine AvK m. 59/2'ye göre Cumhuriyet Savcısı beş gün içinde, iddianamesini düzenleyerek dosyayı kovuşturma açılmasına veya açılmasına yer olmadığına karar verilmek üzere ağır ceza mahkemesine verecektir. Avukatın hakkında kovuşturma açılmasına karar verildiği takdirde bu dava AvK m. 59/son hükmüne göre ağır ceza mahkemesinde görülecektir.

TCK m. 66/4 hükmüne göre dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde *“suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı”* göz önünde bulundurulacaktır. TCK m. 66/1-e bendine göre TCK m. 277'deki suçun cezasının üst sınırı beş yıldan az olduğu için bu suç bakımından dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Ancak TCK m. 66/3 hükmüne göre somut olayda suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli şekli söz konusu olduğu takdirde cezanın yukarı sınırı altı yılı bulabileceğinden dava zamanaşımının TCK m. 66/1-d'ye göre onbeş yıl olması da mümkündür.

Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçu ise, 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra yaptırımı yalnızca adli para cezası olarak öngörüldüğü için, TCK m. 75 hükümlerine göre önödeme tabi bir suç haline getirilmiştir. 6352 sy. kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde 5235 sy. kanunun 11. maddesine göre bu suç dolayısıyla açılan davalara bakmaya da asliye ceza mahkemesi yetkiliydi. Ancak bu değişiklikten sonra suçun yaptırımı yalnızca adli para cezası olarak öngörüldüğü için bu suç dolayısıyla açılan davalara bakmaya 5235 sy. kanunun 10. maddesine göre sulh ceza mahkemeleri yetkilidir. Şu kadar ki adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun yazılı beyanda bulunmak suretiyle basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde BsK m. 27/1 hükmüne göre de bu suça bakmakla asliye ceza mahkemeleri görevli olup, BsK m. 27/2'ye göre birden fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde bu suçla ilgili davalar iki numaralı asliye ceza mahkemesinde görülecektir.

TCK m. 288'deki suçun soruşturması da Cumhuriyet Savcılığı tarafından genel hükümlere göre re'sen yapılır⁹⁴¹. Şu kadar ki bu suçun da avukat tarafından işlendiği şüphesi halinde, yine 1136 sy. Avukatlık Kanunu'nun 58 vd. maddelerindeki soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Zira avukatın adil yargılanma ilkelerine zarar veren medyatik muhakemede görevini yapabilmek için medyayı zorunlu olarak kullanması gerçeği de göz önüne alındığında farklı bir sonuca varmak imkansızdır.

6352 sy. kanunla TCK m. 277 ve 288 genel norm özel norm ilişkisi içerisinde düzenlendiğinden, bundan böyle TCK m. 277'deki suçun kitle iletişim araçları yoluyla işlenmesi mümkün olmayıp, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun kitle iletişim araçları yoluyla işlenmesi mümkündür. Adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde BsK'nın 26. maddesindeki dava açma sürelerinin dikkate alınması gerekir. BsK m. 26/1'de bu süreler günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay olarak düzenlenmişti. Ancak BsK m. 26/1'deki söz konusu "iki ay" ibaresi Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin itiraz yoluyla yaptığı başvuru üzerine, Anayasa Mahkemesi kararıyla⁹⁴², bu kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı 06.07.2011 tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmek üzere iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında söz konusu iki aylık süreleri Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine (m. 2) ve hak arama hürriyetine (m. 36) aykırı bulmuştur. Kararın gerekçesine göre; "*Yasakoyucu basın suçlarında dava açılmasını belirli bir süreyle sınırlama konusundaki takdir yetkisini, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla kullanabilecektir. Bir başka ifadeyle, bir yandan basın mensuplarının uzun süre ceza tehdidi altında bulunmalarına engel olunması, diğer yandan da suçtan mağdur olanların hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla basın suçlarında dava açma süresinin makul bir süre olarak belirlenmesi suretiyle, basın hürriyeti ile hak arama hürriyeti arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Yine, basın suçlarında Cumhuriyet savcılığınca re'sen dava açılmasıyla korunmak istenen hukuki yarar ile basın hürriyetinin korunmasındaki hukuki yarar arasında da makul bir dengenin bulunması gerekir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174.*

⁹⁴¹ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4373

⁹⁴² Anayasa Mahkemesi'nin 28.04.2011 T. 2009/66 E. 2011/72 K. sayılı iptal kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> ET: 27.02.2012

maddesinde iddianamenin kabulü için öngörülen onbeş günlük sürenin dava açma süresine dahil olması, iddianamenin iadesinden sonra yeniden iddianamenin düzenlenmesi, şüphelinin ifadesinin alınması, adli para cezasını gerektiren suçlarda ön ödeme önerisinde bulunulması gibi durumlarda itiraz konusu ibarede öngörülen iki aylık dava açma süresinin fiili olarak kısılması ve buna bağlı olarak sürenin kaçırılması sonucunun da doğabileceği, ayrıca dava açmanın Cumhuriyet savcısının insiyatifinde bulunduğu da gözetildiğinde, itiraz konusu ibarede yer alan iki aylık dava açma süresinin yeterli ve makul bir süre olmadığı açıktır.”

6352 sy. kanununun 77. maddesiyle BsK'nın 26. maddesinde iptal edilen ibare doğrultusunda bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler kapsamında öncelikle günlük süreli yayınlar yönünden iptal edilen ve “iki ay” olan dava açma süresi⁹⁴³ “dört aya” çıkarılmıştır. Ancak değişiklikler bununla sınırlı değildir. 6352 sy. kanunla diğer basılmış eserler yönünden de dava açma süresi “dört aydan” “altı aya” çıkarılmış ve kamu davasının açılmasının izin ve karar alınmasına bağlı olduğu suçlara ilişkin durma süresi de “iki ay” yerine “dört ay” olarak düzenlenmiştir. Hükümet tasarısında üç kat artırılarak daha uzun olarak belirlenen sürelerin yerine, Adalet Komisyonu'nda yapılan değişiklikle bu sürelerin iki kat artırılması daha yararlı olmuştur. Nitekim hükümet tasarısındaki süreler TBB tarafından, gerekçede de zikredilen basının uzun süre ceza tehdidi altında kalmaması amacıyla ve iptal kararının kapsamıyla uyumsuz olması sebebiyle eleştirilmiştir⁹⁴⁴. Gerçekten bu süreler hükümet tasarısındaki gibi kanunlaşsaydı 5187 sy. BsK'dan önceki düzenlemeye geri dönüş niteliği taşıyacaktı. Oysaki bu sürelerin azaltılmasının yerinde ve amaca uygun olduğu söylenmiştir⁹⁴⁵.

Bu suçun örneğin TRT'ye ait bir televizyon kanalında yayınlanan program sırasında işlenmesi durumunda, 2954 sy. Türkiye Radyo ve Televizyon Kanununun 28/son maddesinde yer alan “*Bu madde kapsamına giren suçlardan ve haksız fiillerden dolayı yayının yapıldığı tarihten başlayarak 60 gün içinde açılmayan davalar dinlenmez*” hükmü uyarınca, yasada yer alan 60 günlük hak düşürücü sürenin⁹⁴⁶ geçirilmiş olması durumunda, kovuşturma olanağının bulunmaması

⁹⁴³ Ayrıca 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerle maddeye “*bir muhakeme şartı*” olarak ibaresi eklenmiş ve bu süreler “*hak düşürücü süre*” olarak değil muhakeme şartı olarak nitelenmiştir.

⁹⁴⁴ http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/duyurular/yarginin_hizlandirilmesi.doc ET: 12.03.2012

⁹⁴⁵ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 286

⁹⁴⁶ Çetin, **a.g.e.**, s. 119

dolayısıyla CMK'nın 172/1. maddesi uyarınca kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gereklidir⁹⁴⁷. Bununla birlikte özel radyo televizyonlar bakımından bir dava açma süresi öngörülmediğinden, bu suçun özel bir radyo veya televizyon yayını yoluyla işlenmesi durumunda, zamanaşımı süresi içerisinde her zaman kamu davası açılabilir⁹⁴⁸.

TCK m. 66/1-e bendine göre, adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunun yaptırımı yalnızca adli para cezası olduğu için bu suç bakımından dava zamanaşımı süresi ise sekiz yıldır. 6352 sy. kanunun yukarıda sözünü ettiğimiz geçici 1. maddesinin dördüncü fıkrasına göre bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımın; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hallerindeyse, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava sürelerinin durması öngörülmüştür. Burada “*dava süreleri*”nin de durması özel düzenlemesinden hareketle bir eleştiri daha yapmak mümkündür. Dava süreleri hemen yukarıda söz ettiğimiz BsK'nın 26. maddesindeki veya 2954 sy. TRT Kanunu'nun 28/son maddesindeki gibi sürelerdir. Gerçekten bu sürelerin düzenleme amacı kitle iletişim özgürlüğünün korunması ve medya çalışanlarını uzun süre ceza tehdidi altında bırakmamaktır⁹⁴⁹. Bu düzenleme de “*erteleme süresi*” gibi sürelerin medyanın üzerinde baskıya neden olduğu ve adeta sansür etkisi yarattığı eleştirilerini pekiştirecek niteliktedir. Kanımızca genel olarak bu geçici m. 1 düzenlemesiyle kanun koyucu kitle iletişim özgürlüğünü güvence altına almayı amaçlamamaktadır. Asıl amaç plansızca yapılan düzenlemeler sonucu ortaya çıkan hukuki karmaşanın yarattığı yüzlerce soruşturmanın ve davanın⁹⁵⁰ yükünden kurtulmak, tutuklu gazeteciler sorunu ve bu suçlarla ilgili davalar karşısında Türkiye’de “*kitle iletişim özgürlüğü*”nün olmadığı yönünde eleştiriler bakımından tansiyon düşürmek, kısaca durumu kurtarmaktır. Oysaki gerçekte 6352 sy. kanun

⁹⁴⁷ Yargıtay 4. CD E. 2010/386 K. 2011/1902 T. 16.02.2011

⁹⁴⁸ Çetin, **a.g.e.**, s. 120

⁹⁴⁹ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 286; Nevzat Gürelli, **Basın Suçlarında Hususi Usul (Mukayeseli mevzuatta ve Hukukumuzda)**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 771, İktisat Fakültesi Yayınları No: 100, Gazetecilik Enstitüsü Yayınları No: 4, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1958, s. 48-49; Diğer yandan doktrinde bu gibi sürelerin kabulü basına bir an önce ceza verilmesi suretiyle cezanın önleyici etkisinin artırılması amacına da bağlanmıştır. Bu görüş için bkz. Sahir Erman, “Basın Suçlarında Müeyyide”, **İÜHFİM**, 1971, c. 37, S. 1-4, s. 108

⁹⁵⁰ Açılan soruşturma ve dava sayıları hakkında bilgi için bkz. Fikret İlkiz, “Basın Özgürlüğü ve Hukuk”, Fasikül, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, Seçkin, y. 3, S. 14, Ocak 2001, s. 39; Cinmen, **a.g.m.**, s. 232; http://www.bianet.org/system/uploads/1/files/attachments/000/000/180/original/tammetin_2010_3.htm ET: 22.03.2013

kapsamındaki değişiklikler hukuki karmaşayı çözmeyeceği gibi daha da içinden çıkılmaz bir hal yaratabilir. Basın Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2004 yılından bugüne kadar TCK'nın ilgili hükümlerinin yürürlüğe girmesi ve daha sonra 6112 sy. kanunun kabulü dahil bu alanda yapılan düzenlemeler ve son aşamada 6352 sy. kanun kapsamındaki değişiklikler aslında hukuk mantığıyla bağdaşmamakta ve tutarlılık göstermemektedir.

II. Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçu

A. Genel Olarak

6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra⁹⁵¹ 5237 sy. TCK'nın "Gizliliğin ihlali" kenar başlıklı 285. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"(1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için;

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir.

(2) Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."

⁹⁵¹ Soruşturmanın gizliliğini ihlal suç tipi bu değişikliklerden önce TCK m. 285/1'de "Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz." şeklinde düzenlenmişti. Ayrıca 6352 sy. kanunla yapılan değişiklikler kapsamında 5187 sy. Basın Kanunu'nun "Yargıyı etkileme" kenar başlıklı 19. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan; "Hazırlık soruşturmasının başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayımlamak" suçu yürürlükten kaldırılmıştır.

TCK'nın 285. maddesinde düzenlenen gizliliğin ihlali suçu kapsamında üç ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Biz de çalışmamızda bu üç suç tipini ayrı ayrı analiz etmeyi tercih ediyoruz. Nitekim pek çok yazar da maddede birden fazla ayrı suçun düzenlendiğini görmekte ve bu suçları ayrı ayrı analiz etmektedir⁹⁵². Ünver ise, yalnızca beşinci (eski dördüncü) fıkradaki suçu tamamen ayrı bir suç olarak “*Kişilerin Görüntülerinin Yayınlanması Suçu*” başlığı ile analiz etmiştir⁹⁵³. TCK'nın 285. maddesinde düzenlenen “*Gizliliğin İhlali*” suçu hem ceza muhakemesinin soruşturma (TCK m. 285/1-2) ve kovuşturma evrelerinde (TCK m. 285/3) gizliliğin ihlalini, hem de her iki evrede şüpheli veya sanığın masumiyet karinesinin ve kişilik haklarının ihlali tehlikesini (TCK m. 285/5) ceza yaptırımına bağlamaktadır.

Fransız Ceza Kanunu'nda⁹⁵⁴ 2004 yılından önce soruşturmanın gizliliğini ihlale ilişkin özel bir suç tipi bulunmayıp, soruşturmanın gizliliğini ihlal Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu m. 11/2'nin atfıyla Fransız Ceza Kanunu'nun meslek sırrının açıklanmasına ilişkin 226-13. maddesiyle yaptırma bağlanmıştı. Bu hükme göre; konumu, mesleği veya geçici bir görev veya yetki sebebiyle gizli nitelikte bir bilgiye vakıf olmuş bir kişinin bu bilgiyi açıklaması suç olarak tanımlanmıştır⁹⁵⁵. Söz konusu atıf halen yürürlükte olmakla birlikte 2004 yılında FCK'da adaletin işleyişine karşı suçlar arasına m. 434-7-2'nin⁹⁵⁶ eklenmesiyle, soruşturmanın gizliliğini ihlal suçuna ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, savunma haklarına zarar vermemek kaydıyla, görevi sebebiyle Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre yürütülen bir suç soruşturmasıyla ilgili bilgi sahibi olan kişinin,

⁹⁵² Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4354-4360; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8091-8101

⁹⁵³ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 353

⁹⁵⁴ Bununla birlikte hukukumuzda mülga BsK m. 19/1'de düzenlenmiş olan dar anlamda basın suçuna benzer bir düzenlemeye Fransız hukukunda FBsK'nın 38. maddesinde de yer verilmiştir. Bu hükme göre iddianamenin ve ceza muhakemesiyle ilgili diğer her türlü belgenin açık duruşmada okunmasından önce yayınlanması yasak olup, bu yasağın ihlali 3750 avro para cezasıyla cezalandırılmaktadır. Derieux, **a.g.e.**, s. 546; Fransızca madde metni için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722&dateTexte=20080312> ET: 16.01.2012; Aslında 5680 sy. eski Basın Kanunu'nun 5187 sy. BsK mülga m. 19/1'in karşılığı olan 30. maddesinin 1. fıkrasında FBsK'nın 38. maddesi düzenlemesine çok daha benzer bir düzenleme yapılmıştı. Söz konusu düzenleme; “*Ceza kovuşturmalarına ait talep ve iddianamelerle kararların ve diğer her türlü vesika ve evrakın aleni duruşmada okunmasından, hazırlık ve ilk soruşturmalarda takipsizlik veya yargılamanın men'i, tatili veya düşmesi kararı verilmesinden önce yayınlanması*” suç olarak tanımlanmıştı.

⁹⁵⁵ Fransız Ceza Kanunu'nun ilgili hükmü için bkz.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006417944&dateTexte=&categorieLien=cid> ET: 11.01.2012

⁹⁵⁶ Fransız Ceza Kanunu'nun ilgili hükmü için bkz.

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?jsessionid=9A38AE40BF1A14CB5B2A39214A693890.tpdjo05v_1?idArticle=LEGIARTI000006418620&cidTexte=LEGITEXT000006070719&categorieLien=id&dateTexte=20120617 ET: 17.06.2012

soruşturma konusu suçun faili, doğrudan doğruya beraber işleyeni, suç ortağı veya yataklık edeni olabileceğini bildiği bir kişiye bilerek ve soruşturmayı veya maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla bu bilgileri açıklaması suçtur. Belçika hukukunda da soruşturma aşamasına katkıda bulunan ve hakim, savcı, polis, jandarma, bilirkişi, zabıt katibi gibi meslek sırrı saklama yükümlülüğü bulunan kişiler soruşturmanın gizliliğini ihlal ettiklerinde, Belçika Ceza Kanunu'nun meslek sırrının açıklanması suçunu düzenleyen 458. maddesine göre cezalandırılmaktadır⁹⁵⁷. Belçika hukukunda, soruşturmaya katkıda bulunmadıkları için sır saklama yükümlülüğü bulunmayan sanık ve müdahil ise Ceza Soruşturması Kanunu'nun 61ter maddesinde sınırları çizilen dosyayı inceleme haklarını kötüye kullanmaları halinde, Belçika Ceza Kanunu'nun 460ter maddesine göre cezalandırılacaktır⁹⁵⁸. Bu suç, sanık veya müdahilin dosyadan edindikleri bilgileri soruşturmayı engellemek, dosya kapsamındaki bir kişinin özel hayatına, fiziksel veya manevi bütünlüğüne veya malına zarar vermek amaçlarıyla veya bu sonuçlara yol açacak şekilde kullanması halinde oluşacaktır⁹⁵⁹.

B. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Bu suçla da çalışmamız kapsamında ele aldığımız diğer adil yargılanma hakkına karşı suçlar gibi birden fazla hukuksal değer korunduğu doktrin ve uygulamada genel olarak kabul edilmektedir.

Nitekim Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre bu suçla korunan hukuksal değer, maddi gerçeğin bulunmasına yönelik soruşturma faaliyetinin selametindeki kamu yararı ile masumiyet karinesinin ve kişilerin lekelenmeme haklarının korunması gibi yararları içeren adil yargılanma hakkıdır⁹⁶⁰.

Ünver'e göre⁹⁶¹ bu suç ile bir yandan adil yargılanma hakkı kapsamında soruşturmanın gizliliği (adli sır), diğer yandan da bireyin kişilik hakkı korunmakta; suç tipi soruşturmanın sağlıklı yapılmasına, masumiyet karinesinin korunmasına, delil ve emarelerin karartılmaksızın toplanmasına ve korunmasına hizmet etmektedir.

⁹⁵⁷ Tavernier, **a.g.m.**, s. 58; Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.**, s. 463

⁹⁵⁸ Tavernier, **a.g.m.**, s. 58

⁹⁵⁹ Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.**, s.467

⁹⁶⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8092

⁹⁶¹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 345

Meran'a göre de⁹⁶² bu suçun koruduğu hukuksal değerler, masumiyet karinesi, yargı makamlarının doğruluk, dürüstlük çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmalarının olanaklı kılınması, soruşturmada görev alanların her türlü hukuka aykırı baskı ve etkiden uzak görev yapmalarının sağlanmasıdır.

Karşılaştırmalı hukukta da görüşler benzer olup örneğin Belçika hukuku bakımından bu suçla korunan hukuksal değerlerin bir yandan soruşturmanın etkin şekilde yürütülmesi, diğer yandan da masum olduğu kabul edilen her insanın manevi bütünlüğü ve özel hayatının korunması olduğu söylenmiştir⁹⁶³.

Uygulamada Yargıtay 4. Ceza Dairesi de⁹⁶⁴ soruşturmanın gizliliğini ihlal suçuyla korunmak istenen hukuksal değerlerin adliyenin yararları ve adil yargılanma hakkı olduğu görüşünü benimsemiştir.

Doktrinde bazı yazarlar suç ile korunan bu hukuksal değerlerden bir tanesine ağırlık vermektedir. Örneğin Yurtcan'a göre kanun koyucunun bu suçu düzenleme amacı suçluluğu henüz kesinleşmemiş kişinin suçlu olarak lekelenmesinin önlenmesidir⁹⁶⁵. Dolayısıyla yazar masumiyet karinesini ve adil yargılanma hakkını suçla korunan başlıca hukuksal değer olarak kabul etmektedir. Diğer yandan bu suçun içerisinde masumiyet karinesinin de olduğu birden fazla hukuksal değeri ihlal ettiğini kabul etmekle birlikte bir başka yazar; bu suçun adliyeye karşı suçlar arasında düzenlenmesi sebebiyle, bu suçla korunan hukuksal değerlerin soruşturma işlemlerinin düzgün yürütülmesi ve adaletin tesis edilmesindeki devlete ait menfaat olduğu yönündeki klasik görüşü benimsemiştir⁹⁶⁶. Parlar/Hatipoğlu da⁹⁶⁷ bu suçla korunmak istenen hukuksal yararların; amacı şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için soruşturma evresinde gizliliğin ihlalinin önlenmesi suretiyle bu evredeki işlemlerin herhangi bir etki altında kalınmadan sağlıklı bir şekilde yürütülmesinin sağlanması, masumiyet karinesinin ihlalinin ve yargı makamlarınca

⁹⁶² Meran, **a.g.e.**, s. 353

⁹⁶³ Taevernier, **a.g.m.**, s. 58

⁹⁶⁴ Yargıtay 4. CD E. 2010/386 K. 2011/1902 T. 16.02.2011

⁹⁶⁵ Yurtcan, "TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi"

⁹⁶⁶ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 262-263

⁹⁶⁷ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4355

alınan kararların uygulanmasını engelleyecek davranışların önüne geçilmesi ve böylece adliye olduğu görüşündedir.

Bize göre soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu özelinde ele aldığımızda bu suçla korunmak istenen öncelikli hukuksal değer masumiyet karinesidir. Şüphesiz ki ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşmak amacı bakımından delillerin karartılmasının önlenmesi bağlamında soruşturmanın gizliliğinin önemi ortadadır. Bununla birlikte ceza muhakemesinin amacı, ne olursa olsun maddi gerçeğe ulaşmak değil; insan haklarına, şüphelinin haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır⁹⁶⁸. Bu nedenle soruşturmanın gizliliği ilkesi ve bu suç ile öncelikle masumiyet karinesinin ve lekelenmeme hakkının korunmak istendiğini kabul etmekteyiz. Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz gibi maddi gerçeğe ulaşılmasındaki bireysel ve kamusal menfaatler ile masumiyet karinesi de adil yargılanma hakkı şemsiyesi altında mütalaa edilebileceğinden bu suçla genel olarak adil yargılanma hakkının korunmak istendiği ortadadır. Özetle masumiyet karinesi başta olmak üzere bu suçla korunan bütün hukuksal değerleri bir çatı altında birleştiren, özünde hepsini ihtiva eden ve ağır basan hukuksal değerlerin adil yargılanma hakkı olduğu düşüncesindeyiz.

Bu başlık altında son bir hususun üzerinde de ayrıca ve özellikle durmak gereklidir. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra, daha önce kadük kalan tasarının 6. maddesinde de çok benzeri⁹⁶⁹ öngörülen bir düzenleme şekli m. 285/1'in iki bentten oluşan ikinci cümlesi olarak suç tipine eklenmiştir. Buna göre; *“Bu suçun oluşabilmesi için; a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi, b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması, gerekir.”*

Gerçekten kadük kalan tasarıda yer alan ibarenin aynısına iki bent halinde sayılmak suretiyle 6352 sy. kanunla yapılan değişiklikler kapsamında da yer verilmiştir. Şu kadar ki hükümet tasarısında yer alan *“masumiyet karinesinden*

⁹⁶⁸ Öztürk/Erdem, **a.g.e.** , s. 65

⁹⁶⁹ *“Bu suçun oluşabilmesi için; soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, masumiyet karinesinden yararlanma hakkının, haberleşmenin gizliliğinin veya özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi ya da soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması gerekir.”*

yararlanma hakkının” ibaresi, alt komisyonda “*suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu yöndeki düzenleme Adalet Komisyonu tarafından da benimsenerek kanunlaşmıştır. Hukuk dilinde “*suçlu sayılmama karinesi*” diye bir terminoloji bulunmamaktadır. Masumiyet karinesini korumak amacı taşıyan bir düzenlemede “*suçlu*” ibaresine yer verilmesi yanlıştır. Bu düzenleme biçimi kanun koyucunun masumiyet karinesi ifadesinden veya bu karinenin öneminden korktuğu izlenimi uyandırmaktadır. Dolayısıyla amaca aykırı bu düzenleme biçimi düzeltilmelidir.

Gerek kadük kalan tasarının gerekse de 6352 sy. kanunun gerekçelerine göre; bu düzenleme kitle iletişim özgürlüğü bakımından hangi hallerde bu suçun oluştuğuna açıklık getirmek amacı taşımaktadır⁹⁷⁰. Kanımızca bu düzenlemeyle, suçun koruduğu bütün hukuksal değerlerin tek tek sayılması yoluna gidildiği de söylenebilir. Bize göre böyle bir sayım gereksizdir. Kaldı ki haberleşmenin gizliliği ve özel hayatın gizliliği TCK’da başka suç tipleri ile korunan hukuksal değerlerdir ve bu suç tipleriyle de aslında soruşturmanın gizliliğinin, masumiyet karinesinin ve adil yargılanma hakkının doğrudan bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu düzenleme biçimiyle soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle haberleşmenin gizliliğinin veya özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği her durumda bileşik suç niteliğindeki soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu oluşacak ve bu yüzden faile TCK m. 132 ve 134’deki suç tiplerinden ceza verilemeyecektir. Bu konuyu ayrıntılı olarak aşağıda suçun tipe uygun eylem unsurunda ve fikri içtima bahsinde ele alacağımız için burada sadece bu tespiti yapmakta yarar görüyoruz.

C. Suçun Konusu

Bu suçun konusunun TCK m. 285/1 bakımından CMK’nın “*Soruşturmanın gizliliği*” kenar başlıklı 157. maddesinde sözü edilen “*soruşturma evresindeki usul işlemleri*”nin “*içerik*”leri veya suçun oluşması için aleniyetin aranmadığı TCK m. 285/2 düzenlemesi bakımından “*Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın*

⁹⁷⁰ Kadük kalan tasarının gerekçesi için bkz.

<http://www.basbakanlik.gov.tr/Handlers/FileHandler.ashx?FileId=7419> ET: 28.11.2011; 6352 sy. kanunun gerekçesi için bkz. , <http://www.kgm.adalet.gov.tr/yargitaslak/yargi.html> ET: 10.03.2012

tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararlar ve bunların gereği olarak yapılan işlemler” olduğu söylenmelidir⁹⁷¹.

Doktrinde bizim katılmadığımız bir görüşe göre özellikle CMK m. 153’e göre müdafin dosyayı inceleme yetkisinin bulunması karşısında bu evrede gizlilik artık çok sınırlı olduğundan, TCK m. 285/1’deki suçun oluşması ancak CMK m. 153/2’ye göre dosyada bir gizlilik kararı bulunması durumunda mümkündür⁹⁷². Bu görüş kabul edilirse dosyada gizlilik kararı olmadığı takdirde TCK 285/1 bakımından suçun konusunun soruşturma evresindeki usul işlemlerinin içerikleri olduğundan söz edilemeyecek ve suç konusu olmaması sebebiyle işlenemez suç olarak nitelenebilecektir. Kanımızca kanunun açık düzenlemesi ve gerekçesi karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kaldı ki bu yaklaşım özellikle müdafiler veya medya lehine görünse de, aslında bu suçun soruşturma organlarının gizlilik ihlallerini cezalandırması gereken ve özgü bir suç tipi olarak değerlendirilmesi gerçeğini gözlerden kaçırmaktadır.

CMK’nın 157. maddesinde gizliliği öngörülen soruşturma aşamasındaki usul işlemlerine tanıklık, bilirkişi incelemesi, keşif, gözlem altına alma, muayene, otopsi, yer gösterme, yakalama ve gözaltı, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma, ifade alma ve sorgulama, grafolojik, kriminal, balistik incelemeler ve raporlar örnek olarak verilmiştir⁹⁷³.

Suçun konusu bakımından öncelikle üzerinde durulması gereken nokta soruşturma aşamasındaki usul işlemlerinin içeriklerinin değil de yalnızca yapıldıklarının açıklanması halinde de gizliliğin ihlal edilip edilmeyeceğidir. Çünkü örneğin bir tutuklama kararı verildiğinin, bir şüphelinin tutukevine gönderildiğinin açıklanması halinde; buna ilişkin kararların ve bu işlemlere ilişkin tutanakların içeriklerinin açıklanması söz konusu olmasa bile bu suçun olduğundan söz edilebilecek, bunun ise kitle iletişim özgürlüğünü orantısız bir biçimde sınırlayacak

⁹⁷¹ Meran, **a.g.e.**, s. 354

⁹⁷² “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, TCHD Toplantısı, İstanbul Barosu,- GSÜ- TCHD Ortak Yayını, Sarı Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 148; Yurtcan, “TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi”, Hatta bu görüşü savunan Yurtcan’a göre gizlilik kararlarının çok sık uygulandığı ülkemizde, gizlilik kararları çok nadir uygulanmak suretiyle bu suç tipine yönelik ihlaller azaltılabilir. Böylece medyadan gelen yakınmalar da bir son bulacağından, suç tipinde devamlı değişiklikler yapma girişimlerine de gerek kalmaz.

⁹⁷³ Akın Atalay, “Soruşturmanın Gizliliği İlkesi”, **Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, TCHD Yayınları, İstanbul, 2009, s. 155

sonuçları olabilecektir. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce bu noktada madde metninde bir açıklık bulunmuyordu. Yalnızca TCK'nın 285. maddesinin gerekçesi bu açıdan yol gösterici olarak göze çarpıyordu. Gerçekten gerekçeye göre; *“Bu maddede, soruşturma evresinde yapıлып alenî olmayan gizli işlemlerin, yani ceza usulüne ilişkin kanunların netice ve içeriklerinin gizli olduğunu belirttiği işlem içeriklerinin yetkisiz kişilerce öğrenilmesinin sağlanması, suç olarak tanımlanmıştır.”* Bize göre bu yüzden bu dönemde de, oluşması için aleniyetin arandığı hal bakımından suçun konusunun *“soruşturma aşamasındaki usul işlemlerinin içerikleri”*⁹⁷⁴ olarak anlaşılması ve uygulanması zorunluydu.

Ancak kanunun düzenlemesinin kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından sıkıntılı olduğu da bir gerçektir. Bu suçun konusunun tam olarak ne olduğunun CMK'nın 157. maddesinin yardımına ve maddenin gerekçesine ihtiyaç olmaksızın maddede açıkça belirtilmesi için bir değişikliğe gidilmesi gerekiyordu. Nitekim kadük kalan tasarıda da öngörüldüğü gibi 6352 sy. kanunla, TCK m. 285/1'e eklenen bentlerde açıkça *“Bu suçun oluşabilmesi için; soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle”* ve *“soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın”* ifadelerine yer verilmesiyle mülga BsK m. 19/1'e⁹⁷⁵ benzer şekilde bu açıklığın sağlanması düşünülmüştür. Bununla birlikte Kocasakal mülga BsK m. 19/1'de işlemlerin içeriğinden söz edilmesini bile yeterli belirlilikte bulmamakta, bu bağlamda bir savcının belirli bir şüphelinin ifadesini aldığına veya belirli bir kişiyi ifade almak üzere çağırdığına ilişkin haberlerin bu kapsamda kalıp kalmayacakları sorusunu örnek olarak vermektedir⁹⁷⁶. Kanımızca yazarın verdiği örnek yerinde olup, kaygıları da dikkate değerdir.

⁹⁷⁴ Nitekim BsK'nın *“yargıyı etkileme”* kenar başlıklı mülga 19. maddesinin ilk fıkrasına göre de soruşturmanın başlamasından kovuşturmanın kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde *“Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin”* varlıklarının değil *“içeriklerinin”* yayını suç olarak düzenlenmişti.

⁹⁷⁵ 5187 sy. BsK m. 19/1'e göre suçun konusunu *“soruşturma evresindeki Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriği”* oluşturmaktaydı.

⁹⁷⁶ Ümit Kocasakal, *“5187 sayılı Yeni Basın Kanunu ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”*, **Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I**, s. 6; Gerçekten 5680 sy. eski Basın Kanunu'nun 30. maddesinin ilk fıkrasında FBsK'nın 38. maddesine benzer şekilde *“Ceza kovuşturmalarına ait talep ve iddianamelerle kararların ve diğer her türlü vesika ve evrakın...”* yayınlanması yasaklanmıştı. 5187 sy. BsK ile getirilen mülga m. 19/1'deyse içeriğin yayınlanmasıyla suçun oluşacağına kabul edilmesi, cezalandırma alanını alabildiğine genişlettiği için haklı olarak eleştirilmiştir. Bayraktar, *“İletişim Özgürlüğü ve Yasal Düzenlemelerden Bir Kesit”*, s. 10

Bu bağlamda suçun konusunun TCK m. 285/2'nin suçun oluşması için aleniyetin aranmadığı düzenlemesi bakımından “*Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararlar ve bunların gereği olarak yapılan işlemler*”⁹⁷⁷ olduğunun açıkça maddede belirtilmesinin de boşuna olmadığını düşünüyoruz. Gerçekten bu tür işlemlere ilişkin kararların açıklanması bu tedbirlerin uygulanmasını olanaksız kılacağından TCK m. 285/1’de söz edilmeyen “*kararlar*”dan, maddenin ikinci fıkrasında söz edilmiştir. Çünkü bir tutuklama kararının yalnızca varlığının açıklanması korunmak istenen hukuksal menfaatleri ihlal etmeyecek ancak bir iletişimin denetlenmesi kararının açıklanması korunmak istenen hukuksal menfaati ihlal edecektir. Bu yüzden maddenin ilk halinin gerekçesinde yer alan ve her ne kadar anlatım bozukluğu içerirse de “*ceza usulüne ilişkin kanunların netice ve içeriklerinin gizli olduğunu belirttiği işlem içerikleri*” ifadesini bu gibi durumları yorumlarken dikkate almak gerektiği düşüncesindeyiz. Örneğin otopsi yapılması için mezardan çıkarma kararının alındığının açıklanması değil ancak bu otopsi neticesi ortaya çıkan bulguların veya bu işleme ilişkin tutanak içeriğinin açıklanması TCK m. 285/1’deki suçu oluşturabilecektir.

Yine gizlilik soruşturma evresinde söz konusu olduğundan ve soruşturma aşaması aynı zamanda suçun ön şartı olduğundan, soruşturma başlamadan önce olayın ve olayla ilgili belgelerin açıklanması örneğin savcılığa verilmek üzere hazırlanan bir şikayet dilekçesinin içeriğinin yayınlanması suçun konusu kapsamında kabul edilmeyecektir⁹⁷⁸.

Özetle soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun konusunu TCK m. 285/1 bakımından “*soruşturma aşamasındaki usul işlemlerinin içerikleri*”, TCK m. 285/2 bakımından ise “*Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararlar ve bunların gereği olarak yapılan işlemler*” ile maddede açıkça söz edilmese de bunların bütün içerikleri olarak anlamak gerekmektedir. Bir başka deyişle örneğin telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine ilişkin kararın ve işlemin gizli tutulup, işlem içeriğinin yani tapelerin açıklanması düşünülemez.

⁹⁷⁷ TCK m. 285/2'nin söz konusu düzenlemesi, maddenin önceki şeklinde 285/1'in ikinci cümlesi olarak düzenlenmiş ve “*soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken*” ifadesi yerine “*soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken*” ifadesi kullanılmıştır.

⁹⁷⁸ Toroslu, **a.g.m.**, s. 73

Ünver'e göre⁹⁷⁹ aleniyetin aranmadığı hal bakımından soruşturma aşamasında alınan karar ve icrasının hukuka uygun olması gereklidir, hukuka aykırı olarak alınan veya icra edilen soruşturmaya ilişkin karar ve işlemlerin gizliliğini ihlal hareketi bu suç oluşturamaz. Kanımızca yalnızca TCK m. 285/2 kapsamındaki karar ve işlemler bakımından değil, soruşturmanın gizliliği kapsamındaki bütün işlemlerin hukuka uygun olması gereklidir. Hukuka aykırı bir işlemin tespiti ve açıklanmasının suç oluşturacağı düşünülemez. Hukuka aykırılık unsuru başlığı altında da açıklayacağımız gibi özellikle müdafilerin devam eden soruşturmadaki bir takım hukuka aykırılıkları kamuoyuyla paylaşmasının bu suça vücut vermemesi gerekir. Bununla birlikte gerek kadük kalan tasarının gerekse 6352 sy. kanunun gerekçesinde yer alan “...hukuka uygun olarak elde edilmiş delil olup olmadığına bakılmaksızın, soruşturma dosyasında bulunan, kişilerin özel hayatına ilişkin bilgilerin yer aldığı ya da alenî olmayan konuşmalarının kaydedildiği soruşturma işlemi içerikleri, bu kişiler hakkında kamu davası açılmadığı takdirde açıklanamayacaktır.”cümlesini bu temelle bağdaştırmak imkansız olup, gerekçe kanun koyucunun maddeyi düzenleme amacının masumiyet karinesini değil denetimden uzak yürütülecek keyfi soruşturmaları korumayı amaçladığı izlenimi uyandırmaktadır. Ülkemizdeki uzun süren soruşturmalar, bu soruşturmalardaki tutukluluk süreleri ve medyatik muhakemenin yarattığı yargısız infazlar dikkate alındığında, kamu davası açılmadan masumiyet karinesi ihlal edilen özellikle tutuklu şüphelilerin müdafilerinin bir takım hukuka aykırı işlem içeriklerini medyatik muhakemede açıklamasının mümkün olmayacağını söylemek hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Zira iddianın başladığı yerde savunma da başlar.

3628 sy. Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nun “*Suçların ihbarı*” kenar başlıklı 18. maddesinin son fıkrasındaki özel düzenlemeye göre; “*İhbar konusu müsnet suç hakkında dava açılıncaya kadar bilgi vermek ve yayın yapmak yasaktır.*” Kanımızca kitle iletişim özgürlüğünü, özüne dokunacak derece sınırladığı için bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı tartışılabilir. Bununla birlikte yürürlükte olduğu müddetçe bu özel düzenleme gereği, bu kanun kapsamındaki suçlarla⁹⁸⁰ ilgili olarak soruşturma işlemlerinin içeriklerinin

⁹⁷⁹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 347

⁹⁸⁰ Bu suçlar kanununun 17. maddesinde; “*Bu Kanunda ve 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yazılı suçlarla, irtikâp, rüşvet, basit ve nitelikli zimmet, görev sırasında veya görevinden dolayı kaçakçılık, resmî ihale ve alım ve satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarının açıklanması veya açıklanmasına sebebiyet verme suçları veya bu suçlara iştirak*” olarak gösterilmiştir. Bu suçlar

değil, yalnızca işlemlerin varlığı ve şüphelilerin kimliği ile ilgili hususların açıklanmasının bile yasak kapsamındaki suçlarla ilgili bilgi vermek olarak değerlendirilebileceği açıktır. Dolayısıyla bu suçlar bakımından kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırı olmakla birlikte TCK m. 285/1-2'deki suçun oluştuğunun daha kolaylıkla iddia edilebileceğini göz önüne almak gereklidir.

D. Suçun Faili

Ağırlıklı görüş bu suçun failinin herhangi bir gerçek kişi olabileceği ve suçun özgü bir suç olarak düzenlenmediği yönündedir⁹⁸¹. Soruşturma görevlilerinin veya müdafii veya vekil olarak görev yapan avukatların da bu suçun faili olabileceği ancak failin belirli bir meslek veya sıfatı bulunan kişi veya kamu görevlisi olmasının gerekli olmadığı söylenmiştir⁹⁸². Ünver'e göre; failin herhangi bir sıfat veya statüye sahip olması gerekmeyip, bu suçun faili herhangi bir kimse olabileceği gibi şüpheli, sanki, müdafii, kolluk veya savcılık da olabilir⁹⁸³.

Buna karşılık bir yazara göre; bu suç özgü bir suç olup, faili ancak soruşturma işlemlerine katılmış kimseler olabilir, dolayısıyla, şüphelinin evinden zorla alındığını, evinin arandığını gören bir komşunun bu bilgiyi başkalarıyla paylaşması örneğinde bu suç oluşmayacaktır⁹⁸⁴. Bu bağlamda CMK'nın 157. maddesinde gizliliği öngörülen bütün usul işlemlerini göz önüne aldığımızda bu gizliliğin muhatabının esas olarak kamu olduğu, bir başka deyişle anılan işlemlere soruşturmanın süjesi olarak veya işlemin niteliği gereği katılması gereken kişiler dışındaki herkes olduğu söylenmiştir⁹⁸⁵. Burada gizliliğin muhatabı ile gizlilik yükümlülüğü/ adli sır saklama yükümlülüğü bulunanlar birbiriyle karıştırılmamalıdır. Yazarın ifade etmek istediği bu işlemlerin kimlere karşı gizli olduğu hususudur. Yazarın bu görüşü temel alınırsa suçun özgü bir suç olduğu görüşü ağırlık kazanabilecektir. Zira bilgiye vakıf olmayan kişilerin bunları açıklaması düşünülemez.

bakımından yürürlükten kalkan Bankalar Kanunu yerine 5411 sy. Bankacılık Kanunu'nda yazılı suçlar ile 5237 sy. TCK'daki bu suçların karşılığı olan suçları anlamak gerekir.

⁹⁸¹ Bu yönde görüşler için bkz. Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4355; Meran, **a.g.e.** , s. 353; Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 345; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8092-8093

⁹⁸² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8092-8093

⁹⁸³ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 345-346

⁹⁸⁴ Okuyucu Ergün, **a.g.m.** , s. 264; FCK m. 434-7-2'deki soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu da özgü bir suç olarak düzenlenmiştir.

⁹⁸⁵ Atalay, "Soruşturmanın Gizliliği İlkesi", s. 155

Buna karşılık Ünver'e göre⁹⁸⁶ “... muhakemeye katılma hakkı olan ...kimselerin soruşturma veya dava dosyasını inceleme ve harçsız örnek almak hakkı ile bu suçun koruduğu gizlilik ve yasakladığı eylemlerin muhatabının herkes olduğu hususları birbirine karıştırılmamalıdır.”

Diğer taraftan suçun özgü suç olmadığı görüşünde olan yazarlar bile, soruşturma işlemlerine yalnızca ilgili kişilerin katılmasına izin verildiği ve sır saklama yükümlülüğünün bu kişiler bakımından söz konusu olduğu hususlarına temas etmek suretiyle suçun aslında özgü suç olduğu noktasına varacak yorumlar yapmaktadır⁹⁸⁷. Bir görüşe göre de, bu suçu TCK m. 258'deki göreve ilişkin sırrın açıklanması suçundan ayıran ölçüt bu suçun kamu görevlisi olmayan kişiler tarafından da işlenebilir olmasıdır⁹⁸⁸. Bu tespit doğru olmakla birlikte, kanımızca bu suçun failinin mutlaka kamu görevlisi olmasının aranmaması bu suçun özgü suç olmadığı sonucuna varılmasına gerekçe değildir.

Gerçekten Toroslu'ya göre; failin “her kim” veya “kimse” olarak belirlendiği bütün suçları özgü suç olarak saymamak doğru değildir, bir suçun gerçekten herhangi bir kimse tarafından işlenebilir işlenemeyeceğini belirleyebilmek için suç normunun büyük bir dikkatle incelenmesi gerekir⁹⁸⁹.

Biz de yukarıdaki gerekçelerle azınlık görüşünü destekliyor ve suçun özgü bir suç olduğunu düşünüyoruz. Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun çoğunlukla kamu görevlisi niteliğine sahip kişiler tarafından işlenebileceği açıktır. Bununla birlikte bu zorunlu değildir. Örneğin kamu görevlisi niteliğinde olmayan mağdur veya şikayetçi, CMK m. 234/1-a hükmüne göre soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısından belge örneği isteyip, bu belgelerin gizliliğini ihlal ederlerse bu suçun faili olabileceklerdir. Tüzel kişiler suç faili olamayacakları gibi, özel bir düzenleme olmadığı için bu suç sebebiyle tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması da mümkün değildir.

⁹⁸⁶ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 346

⁹⁸⁷ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8094

⁹⁸⁸ Meran, **a.g.e.**, s. 359

⁹⁸⁹ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007, s. 92

E. Suçun Mağduru

Bu suçun mağdurunun masumiyet karinesi ihlal edilen soruşturmanın şüphelisi olan kişi, suçtan zarar görenin ise soruşturma makamları olduğu söylenmiştir⁹⁹⁰. Gerek kadük kalan tasarının gerekse 6352 sy. kanunun gerekçesindeyse; “*Bu suçun işlenmesiyle, masumiyet karinesinden yararlanma hakkı ve özel hayatının veya haberleşme içeriklerinin gizliliği ihlal edilen kişi, mağdurdur. Ancak bu kişinin söz konusu soruşturma kapsamında şüpheli olan kişi olması şart değildir. Özellikle, özel hayatın veya haberleşme içeriklerinin gizliliğinin ihlali bakımından bu kişi, şüpheli dışında soruşturma konusu suçun mağduru veya sair bir kişi de olabilecektir.*” ifadelerine yer verilmiştir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi bize göre adil yargılanma hakkına karşı suçların mağduru toplumu oluşturan tüm bireylerdir⁹⁹¹. Soruşturmanın gizliliğinin ihlali suretiyle masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkı, özel hayatının gizliliği gibi hukuksal değerleri ihlal edilen şüpheli ya da soruşturmanın tarafı olsun olmasın başka gerçek veya tüzel kişilerin ise bu suç bakımından suçtan zarar gören olması mümkündür. Bununla birlikte Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin bizim katılmadığımız bir kararında⁹⁹²; soruşturmanın gizliliğini ihlal suçundan zarar gören olarak kamu davasına katılma talebi kabul edilebilecek kişilerin ancak soruşturmanın tarafları olabileceğine işaret edilmiştir. Bu suç bakımından ayrıca adli makamlar veya devletin suçtan zarar gören olduğu söylenebilir.

F. Suçun Önşartı

1. Suçun Önşartı Olarak Soruşturma

TCK’nın 285. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında soruşturmanın gizliliğini ihlal suç olarak düzenlendiği ve madde metninde sıklıkla “*soruşturma*

⁹⁹⁰ Meran, **a.g.e.** , s. 354

⁹⁹¹ Düşüncemizle tam paralel olmamakla birlikte 6352 sy. kanunun gerekçesindeki “...soruşturmanın gizliliğinin ihlali, aynı zamanda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına engel olma tehlikesi oluşturduğu için, bu ihlal ile bireylerin Devletten suçluların cezalandırılmasını talep etme hakkı da ihlal edilmektedir. Bu itibarla, söz konusu suçun işlenmesiyle, toplumu oluşturan herkes de mağdur edilmektedir.” ifadesiyle toplumu oluşturan tüm bireylerin mağdur olduğu hususuna temas edildiği söylenebilir.

⁹⁹² Yargıtay 4. CD E. 2008/20583 K. 2011/4010 T. 28.03.2011

evresi”nden söz edildiği için, bu suçun önşartı ceza muhakemesi anlamında bir soruşturma bulunmasıdır. CMK’nın “Tanımlar” kenar başlıklı 2. maddesinde “Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evre” olarak tanımlanan soruşturma evresini önşart olarak TCK m. 277 ve m. 288’de düzenlenen suçlar kapsamında yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız için burada tekrar etme gereği duymuyoruz.

2. Soruşturmanın Gizliliği

a. Genel Olarak

Bu başlık altında soruşturmanın gizliliğini bütün yönleriyle incelemek gerektiğini düşünüyoruz. 1412 sy. CMUK’da açıkça düzenlenmemiş bulunan “Soruşturmanın gizliliği”, 5271 sy. CMK’nın 157. maddesinde; “Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir.” hükmüyle açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca YGİY’nin 27. maddesinde de soruşturmanın gizliliğinin uygulanmasına ilişkin düzenleme getirilmiştir.

Soruşturmanın gizliliğinin iki yönü olduğu söylenmiştir. Bunlardan “dahili gizlilik” olarak adlandırılan birincisi işlemlerde ilgililerden başka kimsenin hazır bulunmamasını ve ilgili bazı kişilerin bazı soruşturma işlemlerini öğrenememesini ifade eder⁹⁹³. Soruşturmanın gizliliğinin ikinci yönü olan “harici gizlilik” ise soruşturma işlemlerinin kamuya açık olmamasını ifade eder⁹⁹⁴. Soruşturmanın gizliliğinin biçimi ve yoğunluğu ilgili kişilere, işlemlere ve soruşturmanın hangi aşamada olduğuna göre değişebilecektir⁹⁹⁵. Gerçekten örneğin soruşturma evresinin en başında henüz bir şüphelinin bulunmadığı durumlarda, şüpheli ve müdafinin o aşamada soruşturmanın süjesi olmadığı ve soruşturmanın o aşamada yalnızca savcı, kolluk ve işlemlere katılan kişiler tarafından bilinebileceği, bunlar dışındaki herkese karşı bu işlemlerin gizli olduğu söylenmiştir⁹⁹⁶. Bu bağlamda aşağıda ele alacağımız CMK m. 153/2’ye göre kısıtlama kararı verilip müdafinin ve suçtan zarar gören

⁹⁹³ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 248-249; Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta, İstanbul, 2008, s. 89

⁹⁹⁴ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 248-249; Centel/Zafer, **a.g.e.**, s. 89

⁹⁹⁵ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s. 89

⁹⁹⁶ Atalay, “Soruşturmanın Gizliliği İlkesi”, s. 156

vekilinin soruşturma dosyasını inceleme yetkisinin kısıtlandığı durumlarda da soruşturma işlemlerinin kanunda sayılan istisnalar hariç bu kişilere karşı da gizli olduğu ortadadır. Dolayısıyla bu kişiler özgü bir suç olan soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun faili olamazlar. Gerçekten özellikle bu gibi durumlarda savcı, kolluk, hakim kararı gereken işlemler bakımından hakim ve örneğin adli tıp uzmanları gibi işleme katılan kişiler dışında herkese karşı soruşturma işlemlerinin gizliliğinden söz edilebilecektir. Nitekim 157. madde düzenlemesinde yasağa tabi olan, başka bir deyişle adli sır saklama yükümlülüğü bulunan kişiler gösterilmek yerine, soruşturma evresinde gerçekleştirilen usul işlemleri esas alınarak gizlilik yükümlülüğüne objektif bir ölçüt getirildiği, dolayısıyla adli sır saklama yükümlülüğü bulunan kişilerin kapsamının da bu işlemler esas alınarak belirlenmesi gerektiği söylenmiştir⁹⁹⁷. Kanımızca ilk fıkrası CMK m. 157/1 ile aynı olan soruşturmanın gizliliğine ilişkin Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 11. maddesinin gizliliğin ihlalinin yaptırımını için meslek sırrının açıklanması suçuna atıf yapan ikinci fıkrasında kullanılan “*Toute personne qui concourt à cette procédure*” yani “*muhakemeye katkıda bulunan kişiler*” şeklindeki ifadenin gizlilik yükümlülüğüne tabi kişilerin kapsamının belirlenmesi bakımından getirdiği ölçüt dikkate değerdir⁹⁹⁸. Şöyle ki burada kullanılan “*katkıda bulunmak*” kavramının “*katılmak*”tan temel farkının “*aynı amaca yönelmek*” olduğu ve böylece katkıda bulunan kişiler ile kastedilenin soruşturmada aktif olarak rol alan kişiler olarak anlaşılması gerektiği ortaya konmuştur⁹⁹⁹. Bu doğrultuda Fransız hukukunu temel almakla birlikte Danışman'a göre; şüpheli, mağdur, tanık, malen sorumlu gibi kişiler ve en önemlisi avukatlar gizlilik yükümlülüğüne tabi değildir¹⁰⁰⁰. Bu veriler ışığında gizlilik yükümlülüğünün kapsamının bir ölçüde belirlenebilmesi bakımından aşağıda çeşitli olasılıklar ve işlemler bakımından soruşturmaya ilgili kişileri ele almakta yarar görüyoruz.

⁹⁹⁷ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 245

⁹⁹⁸ Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükmü için bkz.

http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=1BD4AEE11D04023C0D9E44AEF47D4142.tpdjo17v_2?idSectionTA=LEGISCTA000006138088&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20120111 ET: 11.01.2012

⁹⁹⁹ Danışman, **a.g.e.**, s. 44

¹⁰⁰⁰ **A.g.e.**, s. 45 ve 51-56

b. Soruşturmayı Yürüten Kişiler

1) Savcı

CMK'ya göre soruşturmayı yürüten asıl kişi savcıdır. CMK'nın soruşturma evresinde tüm yetkiyi Cumhuriyet Savcısında topladığı, savcının soruşturma evresinin beyni, hatta imparatoru olduğu söylenmiştir¹⁰⁰¹. Bu anlamda bir hukukçu olan savcının soruşturma evresinin karar merkezi olmasının önemine de işaret edilmiştir¹⁰⁰².

Kanımızca savcının görev tanımı araştırma mecburiyeti, kamu davasını açma mecburiyeti ve kamu davasını yürütme mecburiyeti alt ilkelerinden oluşan¹⁰⁰³ kovuşturma mecburiyeti ilkesinde kendisini gösterir. Araştırma mecburiyeti soruşturma evresi bakımından söz konusudur¹⁰⁰⁴. Kovuşturma evresindeyse savcı, kamu (devlet) adına iddia görevi yapan muhakeme kişisi olup, iddianamelerde davacı kısmında KH (Kamu Hukuku) ibaresinin bulunması bundandır¹⁰⁰⁵. İşte kovuşturma evresinde iddianamenin kabulüyle iddia makamını işgal eden ve taraf olan savcının, soruşturma evresi bakımından tarafsız olması gereklidir. Zira CMK 160/2'ye göre; *“Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.”* Görüldüğü gibi bu maddede, soruşturmanın gizliliği ilkesiyle korunmak istenen başlıca hukuksal değer olan şüphelinin masumiyet karinesini ve adil yargılanma hakkını korumak görevi soruşturma evresinin teorik olarak beyni olduğu ifade edilen savcıya yüklenmiştir. Bu durum yetki ve sorumluluğun paralel gitmesinin bir gereğidir. Gerçekten CMK bakımından soruşturma evresinde savcının konumu, savcıyı soruşturmanın gizliliğini ihlal fiillerinin teorik olarak *“olağan şüphelisi”* yapmaktadır. Ancak ifade ettiğimiz gibi soruşturma evresi bakımından savcının bu yetki ve sorumluluğu teoriktir. Ne yazık ki ülkemizde gerçek anlamda bir adli kolluk teşkilatı kurulamadığından, uygulamada kolluğun soruşturma evresine egemenliği sürmektedir.

¹⁰⁰¹ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s. 691; Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s. 299

¹⁰⁰² Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s. 300

¹⁰⁰³ **A.g.e.**, s. 188

¹⁰⁰⁴ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s. 686

¹⁰⁰⁵ **A.g.e.**, s. 690

Bu başlık altında, mülga CMK m. 251/1'e göre; HSYK tarafından mülga CMK m. 250 kapsamına giren suçların soruşturulmasında görevlendirilen özel görevli Cumhuriyet Savcılarına da temas etmek gereklidir. Bu hükümlerle CMK m. 250 kapsamındaki suçların soruşturmasının, bu suçlar görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile, özel görevli savcılarca bizzat ve doğrudan yapılması öngörülmüş, aynı zamanda söz konusu savcılara, CMK m. 250 kapsamındaki suçlarla ilgili davalara bakan özel görevli ağır ceza mahkemelerinden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilmemeleri hususunda güvence getirilmiştir. 6352 sy. kanununun 105. maddesiyle CMK'nın söz konusu 250, 251 ve 252. maddeleri ve dolayısıyla bu düzenleme yürürlükten kaldırılmış ancak bu düzenleme aynı kanunla değiştirilen TMK'nın 10. maddesine; *“Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak;*

a) Soruşturma, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca bu suçların soruşturma ve kovuşturmasında görevlendirilen Cumhuriyet savcılarınca bizzat yapılır. Bu Cumhuriyet savcıları, Cumhuriyet başsavcılığınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

b) Türk Ceza Kanununun 302, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 316 ncı maddelerinde düzenlenen suçlar hakkında, görev sırasında veya görevinden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır. 1/11/1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 26 ncı maddesi hükmü saklıdır.” bentleriyle aktarılmıştır. Yine 6352 sy. kanununun Geçici 2. maddesinin 5. fıkrasına göre; mülga CMK m. 251/1'e göre görevlendirilen Cumhuriyet savcıları yürütmekte oldukları soruşturmalara, HSYK tarafından TMK m. 10 uyarınca görevlendirilen Cumhuriyet savcıları göreve başlayıncaya kadar devam edeceklerdir. Dolayısıyla konumuzla bağlantılı ve teorik olarak mülga CMK m. 251/1 veya 6352 sy. kanunla değişik TMK m. 10 uyarınca özel olarak görevlendirilen savcılarının yürüttükleri soruşturmaların gizliliğinin, özel görevli olmayan savcılarca ihlal edilemeyeceği gibi özel görevli olmayan savcılarının yürüttükleri soruşturmaların gizliliğinin de özel görevli savcılarca ihlal edilemeyeceği söylenebilir.

2) Adli Kolluk

CMK m. 164/1'e göre, adli kolluk; 3201 sy. Emniyet Teşkilatı Kanununun, 2803 sy. Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanununun, 485 sy. Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin ve 2692 sy. Sahil Güvenlik Komutanlığı Kanununun ilgili maddelerinde belirtilen soruşturma işlemlerini yapan güvenlik görevlilerini ifade etmektedir.

Adli kolluk görevlileri, adli görevleri yönünden soruşturma evresinde en önemli yardımcısı oldukları¹⁰⁰⁶ Cumhuriyet Savcısının emri ve talimatı altında görev yapar. Bu husus Cumhuriyet Savcısının görevlerine ilişkin CMK'nın m. 160/2, 161/1, 161/2, 161/3, 161/5 gibi çeşitli hükümlerinde vurgulanmıştır. Nitekim adli kolluk ve görevine ilişkin; CMK m. 164/2'ye göre de; *“Soruşturma işlemleri, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda öncelikle adli kolluğa yaptırılır. Adli kolluk görevlileri, Cumhuriyet savcısının adli görevlere ilişkin emirlerini yerine getirir.”* Bu yüzden Cumhuriyet Savcısı soruşturma evresinin beyni ise adli kolluğun da eli-ayağı olduğu benzetmesi yapılmıştır¹⁰⁰⁷.

Ancak uygulamada adli kolluğun soruşturma evresine egemenliği sürmekte olduğundan bunun tam tersi geçerlidir. Ülkemizde halen gerçek anlamda bir adli kolluk teşkilatı kurulamaması ve aslında CMK m. 164/3'de atıf yapılan 3201 sy. Emniyet Teşkilatı Kanunu'nda yer alan bir terim olan *“adli kolluk”* teriminin kullanılmasıyla adli kolluk kurulmuş gibi yapılması haklı olarak eleştiriye uğramaktadır¹⁰⁰⁸. Gerçekten bu sistemde adli kolluğun genel kolluktan ayrılmadığı, iki başlılık olmadığı, adli kolluğun yalnızca fonksiyonel olarak savcılığa bağlı olup, idari yöndense hala İçişleri Bakanlığı'na bağlı olduğunun vurgulanması¹⁰⁰⁹ ne yazık ki bu gerçeğin bir itirafıdır. Nitekim CMK m. 164/3'e göre adli kolluk, adli görevlerin haricindeki hizmetlerde, üstlerinin emrindedir. Oysaki gerçek anlamda bir adli kolluk teşkilatının kurulması için adli kolluğun savcılıklara ve Adalet Bakanlığı'na bağlanması, savcılarının adli kolluğun sicil amiri olmasının sağlanması,

¹⁰⁰⁶ Özbek, *CMK İzmir Şerhi*, s. 691

¹⁰⁰⁷ **A.g.e.**

¹⁰⁰⁸ Donay, *CMK Şerhi*, s. 280-281

¹⁰⁰⁹ Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s. 300-301

adli kolluğun bu göreviyle ilgili olarak özel formasyona sahip olması gereklidir¹⁰¹⁰. Dahası CMK'nın 165. maddesine göre gerektiğinde veya Cumhuriyet Savcısının talebi üzerine diğer kolluk birimlerinin de adli kolluk görevini yerine getirmesi mümkün olduğundan, Adli Kolluk Yönetmeliği'nde adli kolluk için öngörülen hizmet öncesi ve hizmet içi eğitimin de bir anlamı kalmadığı söylenmelidir¹⁰¹¹.

Diğer yandan mülga CMK m. 250 kapsamındaki suçlara ilişkin soruşturmanın gerekli kılması halinde Cumhuriyet savcılarının, geçici olarak, özel yetkili ağır ceza mahkemelerinin yargı çevresi içindeki genel ve özel bütçeli idarelere, kamu iktisadi teşebbüslerine, il özel idarelerine ve belediyelere ait bina, araç, gereç ve personelden yararlanabilmesini öngören CMK m. 251/7'nin 6352 sy. kanunla yürürlükten kaldırılması olumludur. Şöyle ki bu dönemde özel yetkili Cumhuriyet savcılarının bu şekilde bir personel talebini, soruşturmanın gizliliği yükümlülüğü ile bağdaştırmak kolay olmayacağı için bu hüküm haklı olarak eleştiriye uğramıştır¹⁰¹². Zira bu düzenlemeyle gizlilik yükümlülüğüne tabi kişilerin kapsamının belirlenmesi zorlaştırılıp, adli sır bu hususlarda özel eğitilmiş olmayan kişilere emanet edilebiliyordu.

Yine kolluğun bir suç işlendiğini öğrenmesi üzerine kendi inisiyatifıyla işe el koyması da özellikle yakalama ve yakalanan kişi hakkında yapılacak işlemlere ilişkin CMK m. 90 kapsamındaki durumlarda mümkündür¹⁰¹³. Ancak bu durumda CMK m. 161/2'ye göre; “*Adli kolluk görevlileri, el koydukları olayları, yakalanan kişiler ile uygulanan tedbirleri emrinde çalıştıkları Cumhuriyet savcısına derhâl bildirmek ve bu Cumhuriyet savcısının adliyeye ilişkin bütün emirlerini gecikmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.*” Kanımızca bu maddede de “*adli kolluk*”dan söz edilmesi anlamsızdır. Çünkü bu gibi durumlarda, adli kolluk teşkilat ve birim olarak ayrılmadığından, olaya el koyan kolluk görevlisinin adli kolluk olarak ayrılan görevli olmaması da mümkündür.

¹⁰¹⁰ Savcılığa bağlı bir adli kolluk teşkilatı kurulmasının karşısındaki görüşler ve adli kolluk (suç kolluğu) yapılanmasına ilişkin farklı öneriler için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, 1. kitap, s. 328-335

¹⁰¹¹ Donay, **CMK Şerhi**, s. 282

¹⁰¹² **A.g.e.**, s. 407-408

¹⁰¹³ **A.g.e.**, s. 274

Sonuç olarak ülkemizde kolluk halen uygulamada soruşturma evresinin egemen unsurudur. Bu yüzden teoride Cumhuriyet Savcısı soruşturmanın gizliliğini ihlal fiillerinin “*olağan şüphelisi*” görünse de, pratikte soruşturmanın gizliliğini ihlal özellikle de masumiyet karinesinin ihlali fiillerinin en zayıf halkası olarak kolluk karşımıza çıkmaktadır. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün mülga 98 sayılı “*Adli Kolluğun Görev, Yetki ve Sorumlulukları ile Soruşturmanın Gizliliği Hakkında Genelge*”sinde¹⁰¹⁴ sözü edilen hususlar da bu gerçeği ortaya koymaktadır. Kanımızca genelgenin son bölümünde yer alan; “*Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 5'nci maddesinde adli kolluğun bağlı bulunduğu teşkilatın bir parçası olduğunun vurgulanması ve kadrolarında yer aldıkları birimlerin adli görev kapsamı dışında kalan diğer hizmetleri de yerine getirecek olduklarının belirtilmesi karşısında Cumhuriyet başsavcılıklarınca, adli işlemlerle ilgili yazışmalarda ‘adli kolluk komutanlığı’ veya ‘adli kolluk amirliği’ başlıklarını kullanmak veya kolluğun personel istihdamının kendilerine sorularak yapılmasını istemek gibi gereksiz yazışmalara girilmemesi*” ifadesi ise bu anlamda dikkate değer ve çarpıcıdır.

3) Hakim

CMK’ya göre soruşturma evresi bakımından sulh ceza hakiminin de bir takım yetkileri vardır. CMK m. 162’ye göre; “*Cumhuriyet savcısı, ancak hâkim tarafından yapılabilecek olan bir soruşturma işlemine gerek görürse, istemlerini bu işlemin yapılacağı yerin sulh ceza hâkimine bildirir. Sulh ceza hâkimi istenilen işlem hakkında, kanuna uygun olup olmadığını inceleyerek karar verir ve gereğini yerine getirir.*” Gerçekten soruşturma evresinde Anayasa ve CMK hükümleri gereği başvurulması ancak hakim kararı ile mümkün olan pek çok tedbir vardır. Bunlara iletişimin denetlenmesi gibi özel soruşturma tedbirleri, tutuklama, arama, elkoyma gibi tedbirler örnek gösterilebilir¹⁰¹⁵.

Ayrıca CMK’nın 163. maddesinin ilk fıkrasına göre; “*Suçüstü hâli ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, Cumhuriyet savcısına erişilemiyorsa veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet savcısının iş gücünü aşıyorsa, sulh ceza hâkimi de bütün soruşturma işlemlerini yapabilir.*” Böyle bir durumda ikinci fıkraya göre;

¹⁰¹⁴ Ekim 2011 tarihli ve 148 sayılı genelgeyle yürürlükten kaldırılan söz konusu genelge için bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/26763.html> ET: 14.04.2012

¹⁰¹⁵ Özbek, *CMK İzmir Şerhi*, s. 693; Donay, *CMK Şerhi*, s. 278

kolluk amir ve memurlarının, sulh ceza hakimi tarafından emredilen tedbirleri alması ve araştırmaları yerine getirmesi zorunludur. CMK m. 163 hükmü, yedek, ikincil, tali nitelikte bir hükümdür¹⁰¹⁶.

Yine mülga CMK m. 251/2 hükmüne göre CMK'nın 250. maddesi kapsamına giren suçların soruşturması ve kovuşturması sırasında Cumhuriyet savcıları, hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları, varsa özel yetkili (görevli) ağır ceza mahkemesi üyesinden aksi halde yetkili adlî yargı hâkimlerinden isteyebiliyorlardı. Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri nezdindeki savcılara bir seçenek sunan¹⁰¹⁷ bu düzenleme, doktrinde bu mahkemelerin her zaman asıl veya yedek bir üyesine ulaşılabileceği gerekçesiyle ve görev ayırımına uygun düşmediği için eleřtiriliyordu¹⁰¹⁸. 6352 sy. kanunla CMK m. 250, 251 ve 252 yürürlükten kaldırılırken, TMK m. 10'un aynı kanunla değişik şekline eklenen bir bent ile kamuoyunda Fransız hukukundaki özgürlükler hakimi müessesesine benzetilen; *“Yürütölen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, bu kararlara karşı yapılan itirazları incelemek ve sadece bu işlere bakmak üzere yeteri kadar hâkim görevlendirilir.”* şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

4) Uzlaştırmacı

Yukarıda soruşturma evresini sona erdiren durumlar bahsinde açıklamaya çalıştığımız uzlaşma kurumu bakımından CMK m. 253/9'a göre uzlaştırmacı; *“Cumhuriyet savcısının uzlaştırmayı kendisinin gerçekteştirmedeği hallerde, isteği üzerine baro tarafından görevlendirilen avukat veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından bu işle görevlendireceği”* kişidir. Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 4/1-ç'deki tanıma göre de soruşturma evresinde uzlaştırmacı; *“Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören arasındaki uzlaştıma müzakerelerini yöneten, Cumhuriyet savcısı tarafından görevlendirilen hukuk öğrenimi görmüş kişiyi veya Cumhuriyet savcısının isteği üzerine baro tarafından görevlendirilen avukatı”* ifade eder.

¹⁰¹⁶ Donay, CMK Şerhi, s. 279; Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 694

¹⁰¹⁷ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 973

¹⁰¹⁸ Donay, CMK Şerhi, s. 406-407

CMK m. 253/11’de uzlaştırmacı bakımından soruşturmanın gizliliği yükümlülüğünün açıkça düzenlenmiş olması önemlidir. Bu hükme göre; “Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer rneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.” UzY’nin 16. maddesinde de belgelerin verilmesi ve gizlilik bildirimini düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk iki fıkrası CMK m. 253/11’in tekrarıdır. şu kadar ki 16. maddenin 1. fıkrasında biraz daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre soruşturma dosyasında yer alan uzlaştırma konusu suç ya da suçlara ilişkin belgelerden uzlaştırma için gerekli olup da Cumhuriyet savcısı tarafından uygun görülenlerin birer rneği uzlaştırmacıya verilecektir. Bizim açımızdan önemli olan ise, m. 16/3’de hangi belgelerin verildiğinin, belgelerin verilme tarihinin ve soruşturmanın gizliliği konusundaki bildirim, Cumhuriyet savcısı ve uzlaştırmacının imzasını içeren bir tutanakla tespit edilmesinin ngrlmş olmasıdır.

Kanımızca bu düzenlemelerle uzlaştırmacı bakımından gizlilik yükümlülüğünün özel olarak tespit edilmesi ve bu hususta Cumhuriyet savcısına bildirim yükümlülüğü yüklenmesi, soruşturma evresinin teorik olarak da olsa merkezinin ve dolayısıyla soruşturmanın gizliliğinin ihlali fiillerinin “*olağan şüphelisi*”nin savcı olduğu gerçeğiyle açıklanabilir. Cumhuriyet savcısının bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirmediği veya getirdiğini tutanakla kanıtlayamadığı durumlarda gizlilik ilkesinin ihlalden öncelikle Cumhuriyet savcısının sorumlu olması gerekir.

Yine CMK m. 253/13’e göre; “*Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, mdafı ve vekil katılabilir.*” Uzlaştırma müzakerelerinin gizliliği UzY’nin 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinde uzlaştırmacının gizlilik yükümlülüğü bir kez daha vurgulanmıştır. Buna göre, uzlaştırmacı, uzlaştırma sürecinde yapılan açıklamaları, kendisine aktarılan veya diğer bir şekilde öğrendiği olguları gizli tutmakla yükümlüdür. Bu düzenlemeden çıkan sonuç; uzlaştırmacının gizlilik yükümlülüğünün, yalnızca soruşturma dosyası kapsamında kendisine verilen belgelerle sınırlı olmadığı hususudur. Diğer yandan UzY m. 28/1-

b'ye göre uzlaştırmacının bir yükümlülüğü de “gizlilik yükümlülüğü”nü müzakerelere başlamadan önce taraflara açıklamaktır. Kanımızca bu düzenleme taraflara ilişkin bir gizlilik yükümlülüğü bildirimini olarak değil, “açıklama”dan söz edilmesi karşısında, uzlaştırmacının kendisine ilişkin gizlilik yükümlülüğü konusunda tarafları aydınlatması yükümlülüğü olarak anlaşılmalıdır. Yine CMK m. 253/20 ve UzY m. 19/2 hükümlerine göre uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma, kovuşturma ya da davada delil olarak kullanılamaz. Ancak yine UzY m. 19'un son fıkrasına göre bu delil yasağı daha önce mevcut olup, uzlaştırma müzakereleri sırasında ileri sürülmüş olan belge veya olgular bakımından geçerli değildir.

UzY m. 19/3'de uzlaştırmacı tarafından gerekli görülmesi halinde tutulan tutanak veya notların, kapalı bir zarf içerisinde Cumhuriyet savcısına verilmesi öngörülmüştür. Cumhuriyet savcısı tarafından mühür ve imza altına alınarak dosyada muhafaza edilecek kapalı zarf, sadece uzlaştırmacı tarafından düzenlenen ve Cumhuriyet savcısı tarafından mühür ve imza altına alınan raporun sahteliği iddiası dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlığı gidermek amacıyla delil olarak kullanılmak üzere açılabilir. Bu kapsamda uzlaştırma müzakerelerinin gizliliğinin sağlanması bakımından bir arşiv tutulması önerilmiştir¹⁰¹⁹.

5) Savcılık Kalem

Yukarıda saydığımız bu kişiler dışında savcılık kalemindeki memurların da soruşturma kapsamındaki bilgi ve belgelere vakıf olacağı ve gizlilik yükümlülüğüne tabi olduğu açıktır. Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik m. 5/1'e göre “Kalem hizmetleri, ilgisine göre Cumhuriyet başsavcısı, mahkeme başkanı veya hâkimin denetimi altında, yazı işleri müdürünün yönetiminde kalemde görevlendirilen zabıt kâtipleri, memurlar ve mübaşirler tarafından yürütülür.” Aynı yönetmeliğin 45. maddesinin ilk fıkrasında soruşturmanın gizliliğine ilişkin CMK m. 157 hükmü tekrar edilmiştir. Kalem memurları 657 sy. yasaya göre devlet memuru¹⁰²⁰ statüsündedir. 657 sy. Devlet Memurları Kanunu'nun¹⁰²¹ “Basına bilgi

¹⁰¹⁹ Özbek, CMK İzmir Şerhi, s. 1020

¹⁰²⁰ Ülkemizde her statüdeki devlet memurlarının medyaya bilgi ve demeç verme yasağına rağmen bilgi vermesi, haber kaynağı anlamında “bir üst düzey bürokrat”, “askeri bir üst düzey yetkili” gibi

veya demeç verme” kenar başlıklı 15. maddesine göre; “Devlet Memurları, kamu görevleri hakkında basına, haber ajanslarına veya radyo ve televizyon kurumlarına bilgi veya demeç veremezler. Bu konuda gerekli bilgi ancak bakanın yetkili kılacağı görevli illerde valiler veya yetkili kılacağı görevli tarafından verilebilir. Askeri hizmet ile ilgili bilgiler özel kanunların yetkili, kaldığı personel dışında hiç bir kimse tarafından açıklanamaz.”

Ancak söz konusu bilgi ve demeç vermeme zorunluluğu yalnızca 657 sy. kanuna tabi devlet memurları bakımından geçerli olup, kanunun “Kapsam” kenar başlıklı 1. maddesinin son fıkrasında sayılan çeşitli kamu görevlileri¹⁰²² ve özellikle emniyet teşkilatı mensupları kanunun kapsamı dışındadır. Adli kolluğun gizlilik yükümlülüğüne ilişkin hususlar yukarıda açıkladığımız mevzuat kapsamında düzenlenmiştir.

ifadeler kullanılarak haber yapılması ve bu gibi durumların yaptırımsız kalması bazı yazarlarca eleştiriye uğramıştır. Alaaddin Kaya, “Polis Medya İlişkileri”, YTD, 1996, S. 12, s. 1156; Bu durum aslında gazeteci haber kaynağı ilişkileri bakımından “on the record”, “off the record” ve “on background” olarak ifade edilen yöntemlerle yakından ilgilidir. Gerçekten yazarın eleştirdiği durum aslında haber kaynağını açıklamama hakkının kullanılmasından, haber kaynağı olan kişinin söylediklerinin kendisine atfedilmeden haber yapılmasından farklı bir şey olmayıp “on background” olarak ifade edilmektedir. Bu yöntemin her ne kadar hayalet haber kaynakları yaratsa da, gazeteciler için hiç bilgi almamaktan iyi olması, siyasetçiler için de kamuoyunun nabzını ölçme aracı olarak kullanılması gibi sebeplerle sıkça kullanıldığı söylenmiştir. Haluk Şahin, “Devlet Media İlişkileri”, **Çağdaş Gelişmelerin Işığında Devlet Media İlişkileri**, Eğitim Yayınları No:10, Hürriyet Ofset A.Ş. , İstanbul, 1988, s. 21; Bir başka eserde ise adli bilgilerin savcılık ve polis tarafından verilmesi kapsamında bu iletişim biçimlerinden “background” kapsamındakilerin hiçbir şekilde gazeteci tarafından yayınlanamayacağı, bunların yalnızca gazetecinin kaynak çerçevesini ve dosyayla ilgili algısını genişletmek için kullanıldığı ifade edilmiştir. Eserde ayrıca bir gazeteci veya bütün gazetecilerle belirli bir bilgiyle ilgili geçici gizlilik anlaşmasını ifade eden “ambargo” ve bütün bilgilerle ilgili geçici gizliliği ifade eden “black-out” olarak adlandırılan iletişim biçimlerinden de söz edilmiştir. 30 Nisan 1999 tarihli genelgeye göre bu yöntemlerle birlikte Belçika’da basın sözcüsünün adının belirtildiği “on the record” ve belirtilmediği “off the record” olarak adlandırılan bütün bu iletişim biçimlerine aykırılık halinde, gazeteci ve basın kuruluşunun yazı işleri müdürü deontolojik inceleme için Belçika Profesyonel Gazeteciler Birliği’ne şikayet edilebilir. Deltour/Gallez, **a.g.e.** , partie 3: les sources du journaliste, s. 7-8

¹⁰²¹ 657 sayılı kanun metni için bkz.

<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Asp?MevzuatKod=1.5.657&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0>
ET: 03.02.2012

¹⁰²² 657 sy. Devlet Memurları Kanunu m. 1/3’e göre; “Anayasa Mahkemesi üye ve yedek üyeleri ile raportörleri; hakimlik ve savcılık mesleklerinde veya bu mesleklerden sayılan görevlerde bulunanlar, Danıştay ve Sayıştay meslek mensupları ve Sayıştay savcı ve yardımcıları, Üniversitelerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta - Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları, Cumhurbaşkanlığı Senfoni Orkestrası üyeleri, Genelkurmay Mehteran Bölüğü Sanatkarları, Devlet Tiyatrosu ile Devlet Opera ve Balesi ve Belediye Opera ve tiyatroları ile şehir ve belediye konservatuvar ve orkestralarının sanatkar memurları, uzman memurları, uygulatıcı uzman memurları ve stajyerleri; Spor-Toto Teşkilatında çalışan personel; subay, astsubay, uzman jandarma, uzman erbaş ve sözleşmeli erbaş ve erler ile Emniyet Teşkilatı mensupları özel kanunları hükümlerine tabidir.”

c. Soruşturma İşlemleri Sırasında Hazır Bulunabilecek Kişiler

1) Müdafî ve Vekil

Öncelikle CMK m. 149/1'in, "*Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafîin yardımından yararlanabilir*" hükmüne göre, müdafîin kanunda aksine hüküm olmadıkça bütün muhakeme işlemleri sırasında hazır bulunabileceği kabul edilmelidir. Nitekim bu durum soruşturma evresindeki usul işlemlerinin gizliliğinin "*savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla*" kabul edilmesi gereğiyle de bağdaşır. Bunun dışında CMK'nın müdafîin ve vekilin açıkça hazır bulunmasını öngördüğü işlemler de vardır. CMK m. 91/6'nın; "*Gözüaltına alınan kişi bırakılmazsa, en geç bu süreler sonunda sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir. Sorguda müdafîi de hazır bulunur.*", CMK m. 84/1'in; "*Keşif yapılması sırasında şüpheli, sanık, mağdur ve bunların müdafîi ve vekili hazır bulunabilirler.*", CMK m. 85/2'nin; "*Soruşturmayı geciktirmemek kaydıyla, müdafî de yer gösterme işlemi sırasında hazır bulunabilir.*", CMK m. 120/3'ün; "*Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz.*", CMK m. 122/2'nin; hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarının incelenmesinde "*.....mührün kaldırılmasına ve kâğıtların incelenmesine karar verildiğinde bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere, zilyedi veya temsilcisi ya da müdafîi veya vekili çağrılır; çağrıya uyulmadığında gerekli işlem yapılır.*" hükümleri bunlara örnektir.

2) Diğer Kişiler

CMK m. 87/1'in; "*Otopsi, Cumhuriyet savcısının huzurunda biri adlî tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır. Müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir.*" hükmü gereği otopside hazır bulunacak hekimler soruşturma işlemlerinde hazır bulunabilecek diğer kişilere bir örnektir.

Yine CMK m. 169/1 hükmüne göre; "*Şüphelinin ifadesinin alınması veya sorgusu, tanık ve bilirkişinin dinlenmesi veya bir keşif ve muayene sırasında Cumhuriyet savcısı veya sulh ceza hâkiminin yanında bir zabıt kâatibi bulunur. Acele*

hâllerde, yemin vermek koşuluyla, başka bir kimse, yazman olarak görevlendirilebilir.” Bu madde bakımından zabıt kâtibinin bulunmadığı acele hallerde, soruşturma evresindeki işlemlerin tutanağa bağlanması için görevlendirilen yazman da işlemlerde hazır bulunabilecek diğer kişilerdendir.

Bu kişilere bir başka örnek CMK m. 120/1'e göre aramada hazır bulunabilecek kişilerdir. Bu hükme göre *“Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur.”* Yine CMK m. 119/4'e göre, Cumhuriyet Savcısı hazır bulunmadan konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde yapılan aramada hazır bulunması gereken o yer ihtiyar heyetinden biri veya komşulardan iki kişi, CMK m. 119/5'e göre askeri mahallerdeki aramayı yerine getirecek askeri makamlar da bu kapsamda kabul edilmelidir.

Örnekleri çoğaltmak mümkün olup, CMK m. 130/1'e göre avukat bürolarında yapılacak aramada hazır bulması gereken Baro Başkanı ve onu temsil eden avukatın da baro temsilcisi olarak diğer kişiler kapsamında olduğu açıktır.

d. Soruşturma Dosyasını İnceleyebilecek ve Belgelerden Örnek Alabilecek Kişiler

1) Müdafî ve Vekil

Avukatlık Kanunu m. 46/2'de genel olarak avukatların dava dosyalarını incelemesi ve dosyadaki kağıt ve belgelerden örnek alması konuları düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; *“Avukat veya stajyer, vekaletname olmaksızın dava ve takip dosyalarını inceleyebilir. Bu inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur. Vekaletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kağıt veya belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.”* Bu düzenleme bütün yargı kollarında her türlü dava ile ilgili olarak avukatların dosyayı inceleme yetkisini düzenleyen genel bir düzenlemedir.

Müdafin dosyayı incelemesine ilişkin hususlarsa ceza muhakemesine ilişkin özel norm niteliğinde olan, CMK'nın "*Müdafin dosyayı inceleme yetkisi*" kenar başlıklı 153. maddesinde düzenlenmiştir. CMK m. 153/1 hükmüne göre müdafî, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir. Ancak CMK m. 153/2'ye göre müdafin dosya içeriğini incelemesinin veya belgelerden örnek almasının, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebileceği durumlarda, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, sulh ceza hâkiminin kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilecektir. Şu kadar ki 153. maddesinin 3. fıkrasına göre; "*Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar*" bakımından CMK m. 153/2'ye göre kısıtlama kararı verilemeyecektir. CMK m. 153/4'e göreyse; müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilecek, bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilecektir. Maddenin söz konusu 4. fıkra hükmü 25.05.2005 ve 5353 sayılı kanunla değiştirilmiştir. Değişiklikten önce soruşturma evresiyle ilgili olarak müdafin dosyayı inceleme yetkisine ilişkin üst fıkralardaki düzenlemeler, bir başka ifadeyle kısıtlama karar verilmişse bu kısıtlama kararı, "*Cumhuriyet Savcılığınca iddianamenin mahkemeye verildiği tarihte*" ortadan kalkacaktı. Gerçekten fıkranın ilk halinin gerekçesinde de; soruşturma evresinin sona erdiği hususunda Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın dosyaya kaydolunduğu tarihten itibaren henüz iddianame yazılmış bulunmasa bile avukatın bütün dosyayı incelemek hakkına sahip olacağı söylenmiştir¹⁰²³. 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklik doktrinde müdafin dosyayı hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın inceleme süresini uzattığı, mahkemenin iddianameyle ilgili değerlendirmesinin dosyanın incelenmesi ile bir ilgisi bulunmadığı, savunmayı zayıflattığı gibi gerekçelerle eleştiriye uğramıştır¹⁰²⁴. Bize göre de bu eleştiriler yerindedir. Değişiklik, ilk bakışta CMK'daki soruşturma tanımıyla soruşturma evresinde müdafin dosyayı inceleme hakkının kısıtlanabileceği süreci birebir örtüştürse de; ülkemiz uygulamasında kısıtlama kararlarına sıklıkla başvurulduğu için savunma hakkını gereksiz sınırlamakta ve yine CMK'nın ilk halinden geriye gidiş niteliği taşımaktadır.

¹⁰²³ CMK madde gerekçeleri için bkz.

<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/cmkmaddegerekce.doc> ET:18.02.2011

¹⁰²⁴ Donay, **CMK Şerhi**, s. 259; Erdener Yurtcan, **CMK Şerhi**, İstanbul, Beta, 2008, s. 438

Doktrinde CMK m. 153/2'ye göre verilebilecek kısıtlama kararının mutlaka gerekçeli olması, “*soruşturmanın amacının tehlikeye düşebileceği*” hususunun somut olgulara dayandırılması, kısıtlama kararının mutlaka 153/3'de istisna tutulan belgeler dışında dosya içeriğindeki bütün belgeleri kapsar şekilde verilmesinin gerekli olmadığı ve yalnızca bazı belgelere ilişkin de bu kararın verilebileceği, sulh ceza hakiminin Cumhuriyet savcısının talebiyle bağlı olduğu ve kendisinden soruşturma dosyasındaki bazı belgeler hakkında kısıtlama kararı isteminde bulunulduğunda, bu belgelere ek olarak başka belgeler hakkında da kısıtlama kararı veremeyeceği, Cumhuriyet savcısının kısıtlama kararını re'sen kaldırabileceği gibi, kısıtlama kararına konu olan bazı belgelerin örneğini de verebileceği söylenmiştir¹⁰²⁵. Biz de bu görüşlere katılıyoruz.

Müdafinin dosyayı inceleme yetkisine ilişkin olarak 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 10. maddesinin 6352 sy. kanunla değiştirilmeden önceki d bendinde “*Müdafîin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir.*” şeklinde aslında CMK m. 153/2 hükmünden farklı olarak anlaşılması gereken bir düzenleme mevcuttu. Şu kadar ki TMK'nın 10. maddesinin ilk cümlesinin “*Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 250 ilâ 252 nci maddelerinde hüküm bulunmayan hususlarda diğer hükümleri uygulanır. Ancak, (...)*” şeklindeki ifade tarzından sanki bunun CMK'nın 153. maddesinin bir istisnası olduğu sonucu çıkarılmaktaydı. Bu yüzden TMK'da yer verilmeyen CMK 153/3'deki “*Yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar*” hakkında da TMK m. 10/d'nin uygulanabileceği düşünülüyordu. Bizim de katıldığımız görüşe göreyse TMK m. 10/d kapsamında kısıtlama kararı verildiği durumlarda da, bu kararın CMK m. 153/3'de sayılan belgeleri kapsayacak şekilde anlaşılması kabul edilemezdi¹⁰²⁶. Bu tartışmalı ve sıkıntılı duruma 6352 sy. kanunla TMK'nın 10. maddesi değiştirilerek bir son verilmesi olumludur. Bundan böyle CMK m. 153 hükmünün mevzuatta herhangi bir istisnası mevcut değildir.

¹⁰²⁵ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 252-256

¹⁰²⁶ Atalay, “Soruşturmanın Gizliliği İlkesi”, s. 160-161

CMK'nın 153. maddesinin son fıkrasına göre, 153. maddenin ilk dört fıkrasında müdafî ile ilgili olarak öngörülen haklardan suçtan zarar görenin vekili de yararlanabilecektir. Bu düzenlemenin çok lafzi bir yorumla suçtan zarar gören vekilinin yalnızca bu maddede yazılı haklardan yararlanacağı ancak örneğin kısıtlama kararının suçtan zarar gören vekili hakkında uygulanamayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği söylenmiştir¹⁰²⁷.

2) Şüpheli, Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Şikayetçi, Malen Sorumlu

CMK m. 234/1/a-2 hükmüne göre soruşturma evresinde mağdur ve şikayetçi soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme hakkına ve CMK m. 234/1/a-4 hükmüne göre de CMK m. 153'e uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceleme haklarına sahiptir. CMK'nın 234. maddesinin kenar başlığı "*Mağdur ile şikayetçinin hakları*" olarak kaleme alınmış maddede de bu kavramlar kullanılmıştır. Diğer yandan m. 234/1/a-4 ile atıf yapılan 153. maddede "*suçtan zarar gören vekili*"nden söz edilmektedir. Ancak bu farklılık önemli değildir. Zira doktrinde de işaret edildiği gibi CMK'da mağdur, suçtan zarar gören, şikayetçi gibi kavramlar belli bir amaç içerisinde ve bilinçli kullanılmamıştır¹⁰²⁸.

CMK'da, şüpheli ile mağdur ve suçtan zarar görenin kendisine dosyayı inceleme hakkının açıkça tanınmadığı söylenmiştir¹⁰²⁹. Bu bağlamda kanımızca CMK m. 234/1/a-2'ye göre mağdur ve şikâyetçiye tanınan belge örneği isteme hakkının dosyayı inceleme hakkını da kapsayıp kapsamadığı tartışılmalıdır. Gerçekten özellikle vekili bulunmayan mağdur veya şikayetçi dosyayı incelemeksizin hangi belgelerin örneğini isteyeceğini tam olarak tespit edemeyebilir, hakkın etkin kullanımını açısından ve özellikle 2008 yılında yapılan değişiklikte vekili olmayan mağdur ve şikayetçiye vekil görevlendirilmesinin kapsamı da oldukça daraltıldığı için, vekili bulunmayan mağdur veya şikayetçinin de soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmemek şartıyla dosyayı inceleyebilmesi ve 153. maddedeki haklardan yararlanması gerektiği kanısındayız.

¹⁰²⁷ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 256-257; Özbek/Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 673

¹⁰²⁸ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s. 762

¹⁰²⁹ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 257

Dosyayı inceleme hakkının özellikle müdafii bulunmayan şüpheli bakımından önem taşıdığı ortadadır. Şüphelinin soruşturma dosyasını incelemesinin tehlikeli olabileceği kabul edilmekle birlikte; müdafii olmayan şüphelinin özellikle tutuklama gibi koruma tedbirlerine karşı itiraz edebilmesi, kendisiyle ilgili yapılan işlemlere karşı yasal çarelere başvurabilmesi için dosyayı inceleyebilmesi gerektiğine de işaret edilmektedir¹⁰³⁰. Gerçekten de CMK m. 157'ye göre “savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla” soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir, müdafii olmayan şüphelinin savunma hakkına zarar verecek şekilde dosyayı inceleme hakkının olmadığı söylenemez. Kaldı ki soruşturmanın gizliliği ilkesinin delillerin karartılmasının önlenmesi gibi bir takım amaçları varsa da, çağdaş ceza muhakemesinde bu ilkenin asıl amacı şüphelinin masumiyet karinesinin ve lekelenmeme hakkının korunmasıdır. Müdafii olmayan şüphelinin dosyayı incelemesinin tehlikeli olduğu kabul ediliyorsa o takdirde çözüm şüphelinin savunma hakkına zarar verecek sonuçlara varmak değil, bütün suçlar için zorunlu müdafiliği kabul etmekten geçer. Böyle bir durumda müdafii olmayan şüpheli kalmayacağı için, böyle bir tartışmaya gerek kalmayacak, tehlikeye yer olmayacaktır. Hatta özellikle müdafii istemeyerek dosyaya ulaşmayı amaçlayacak kötü niyetli şüpheliye karşı da bu yol tıkanacak, böylece hem savunma hakkı korunacak hem de soruşturmanın maddi gerçeğe ulaşma amacının tehlikeye düşmesi önlenmiş olacaktır.

Bu bağlamda 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 4. maddesi ve Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik'in ilgili hükümlerine göre şüpheli, mağdur, şikayetçi ve suçtan zarar görenin soruşturmanın gizliliği ve amacına zarar vermemek koşuluyla Cumhuriyet Savcısından belge örneği isteme hakkına sahip olduğu söylenmiştir¹⁰³¹. Bize göre bu görüş yerinde değildir¹⁰³². Gerçekten kanunun 15 ila 28. maddeleri arasında bilgi edinme hakkının sınırları düzenlenmiştir. BEHK'nın “Adli soruşturmaya ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler” kenar başlıklı 20. maddesiyle; açıklanması veya zamanından önce açıklanması halinde, suç işlenmesine yol açacak, suçların önlenmesi ve soruşturulması ya da suçluların kanuni yollarla yakalanıp kovuşturulmasını tehlikeye düşürecek, yargılama görevinin gereğince yerine

¹⁰³⁰ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s. 90-91

¹⁰³¹ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s. 90; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4356

¹⁰³² Aynı yönde görüş için bkz. Bayraktar, “Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı”, s. 9; Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 257

getirilmesini engelleyecek, hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlal edecek nitelikteki bilgi veya belgeler bu kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır. BEHK m. 20'nin son cümlesine göre adli soruşturmaya ve kovuşturmaya ilişkin bilgi veya belgeler ile ilgili "04/04/1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 18/06/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, 06/01/1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu ve diğer özel kanun hükümleri saklıdır." Dolayısıyla bu tür belgeler BEHK kapsamında olmayıp, CMUK'ya yapılan yollama CMK'ya yapılmış kabul edildiği, HUMK'ya yapılmış yollama da HMK'ya yapılmış kabul edildiği için bu tür belgeler hakkında CMK, HMK ve İYUK'un ilgili hükümleri uygulanacaktır.

3) Bilirkişi

CMK'nın 63. maddesine göre çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bir veya birden fazla bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı karar verebilir. Görevlendirilen bilirkişinin soruşturma dosyasını inceleyebileceği ve incelemesi gerektiği açıktır. Bu kapsamda CMK m. 66/7 hükmüne göre; "*Bilirkişiye inceleyeceği şeyler mühür altında verilmeden önce bunların listesi ve sayımı yapılır. Bu hususlar bir tutanakla belirlenir. Bilirkişi, mühürlerin açılmasını ve yeniden konulmasını yine tutanakla belirtmek ve bir liste düzenlemekle yükümlüdür.*" Yine CMK m. 66/2'nin "*Belirlenen süre içinde raporunu vermeyen bilirkişi hemen değiştirilebilir. Bu durumda bilirkişi, o ana kadar yaptığı işlemleri açıklayan bir rapor sunar ve görevi sebebiyle kendisine teslim edilmiş olan eşya ve belgeleri hemen geri verir.*" hükmü de yalnızca dosya kapsamındaki belgelerin değil, eşya niteliğindeki delillerin bile bilirkişiye incelemesi için verilebileceğini ortaya koymaktadır. Dosya kapsamında inceleyeceği bütün hususlarda bilirkişilerin soruşturmanın gizliliği yükümlülüğüne sahip olacağı açıktır.

Ayrıca bu kapsamda CMK m. 66/4 hükmüne göre; bilirkişinin uzmanlık alanına girmeyen bir konuda bilgisine başvurabildiği, aydınlatılmasına yardımcı olacak ve Cumhuriyet savcısı tarafından, bilirkişi ile bir araya gelmesine izin verilen konusunda uzman kişilerin de gizlilik yükümlülüğünün bulunacağı açıktır. Zira söz konusu fıkraya göre bu şekilde çağrılan kişiler yemin eder ve verecekleri raporlar, bilirkişi raporunun tamamlayıcı bir bölümü olarak dosyaya konulur.

G. Suçun Tipe Uygun Eylem Unsuru

6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce TCK'nın 285. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu neticesi harekete bitişik bir suç olarak düzenlenmişti, fail soruşturmanın gizliliğini ihlal edici hareketi gerçekleştirdiği anda suç tamamlanmış kabul edilmekteydi¹⁰³³. Bundan böyle ise TCK m. 285/1'in a ve b bentleri bakımından bu suç neticesi hareketten ayrılabilen bir suç niteliğine bürünmüştür. Şöyle ki 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra suçun oluşması için “*Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi*” aranmak suretiyle suç bu sayılan hukuksal değerlerin ihlali bakımından zarar suçu haline getirilmiştir. Böylece suçun oluşması için, suçla korunmak istenen şüpheliye ait hukuksal değerlerin ve özellikle de masumiyet karinesinin ihlalinin aranması suretiyle aslında şüpheliye ait hukuksal değerlerin ikinci plana atıldığı söylenmelidir¹⁰³⁴. Diğer yandan “*Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması*” yeterli görülmüş ve suçla korunmak istenen ve daha ziyade adliyeyle ilişkin olan bu hukuksal değer bakımından “*elverişlilik*” aranarak suç bir somut tehlike suçu haline getirilmiştir. Bu düzenleme bakımından “*yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli*” olup olmadığının nasıl takdir edileceği de ayrı bir sorun olarak gözükmektedir.

Yurtcan'a göre de kadük kalan tasarının ve 6352 sy. yasayla getirilen değişikliklerin, yürürlükteki maddenin bizatihi gizliliğin ihlalini cezalandıran mutlak ifadesini saf dışı eden ve fiil bakımından elverişlilik şartını arayan bu düzenlemesi

¹⁰³³ Okuyucu Ergün, **a.g.m.** , s. 268

¹⁰³⁴ Gerçekten 6352 sy. kanundan önce de var olan bu eğilimin artarak sürdüğünü görüyoruz. 6352 sy. kanundan önceki dönemde Basın Kanunu'nun mülga 19. maddesinin gerek 1. gerekse de 2. fıkrasında düzenlenen suç tiplerini ve ayrıca BsK m. 19'un başlığını eleştiren Alacakaptan'a göre; maddenin bu düzenleme biçimiyle, bu suçla olması gerekenin aksine sanık değil savcı, hakim, mahkeme ve onların evrakı korunmaktaydı. Alacakaptan, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı II” , s. 42; Gerçekten gerek TCK'da yer alan adil yargılanma hakkına karşı suçlar bakımından, gerekse de BsK'nın mülga 19. maddesi ve yine Türk yargı uygulaması bakımından bu suçlarla korunması amaçlanan hukuksal değerlerin öncelikle bireyin adil yargılanma hakkı olduğu gerçeği ihmal edilmekte ve bu suçlarla adliyenin korunmasının amaçlandığı klasik görüşünün etkisi sürmektedir. Nitekim aynı doğrultuda düşünen İçel'e göre de mülga BsK m. 19'un başlığında da adil yargılanma hakkının kullanılması daha isabetli olabilirdi. İçel, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı II” , s. 42

uygun değildir¹⁰³⁵. Yazara göre suçun basit hali olarak gizliliğin ihlalinin cezalandırılması ve fakat ihlal fiilinin maddenin 6352 sy. kanunla değişik şeklinde sayılan hukuksal değerleri zedelemeye elverişli olması halinin suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak öngörülmesi daha yerinde bir düzenleme olabilirdi¹⁰³⁶.

Oysa ki maddenin önceki şeklinde bu suç bir soyut tehlike suçu olarak düzenlenmişti¹⁰³⁷. Soruşturmanın gizliliğini ihlal edici hareket gerçekleştirildiği anda tehlikenin oluştuğu varsayıyordu. Bu anlamda maddenin önceki şekli bakımından soruşturmanın gizliliği ilkesi ile korunmak istenen adil yargılanma hakkı başta olmak üzere maddi gerçeğe ulaşılması gibi hukuksal değerlerin gerçekten bir tehlikeye maruz kalıp kalmadıkları araştırılmıyordu. Ayrıca soruşturmanın gizliliğini ihlal edici hareketin yapılması sonucu bir zarar da gerçekleşmesi hali ağırlatıcı bir neden olarak düzenlenmemiştir. Ancak soruşturmanın gizliliğinin ihlali neticesi ortaya çıkan zarar ayrıca başka bir suçu örneğin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturuyorsa faile bu suçtan dolayı ceza verilebilecekti.

Bu suç serbest hareketli bir suçtur, soruşturmanın gizliliğini ihlal edici hareket herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilir. Hareketin tür ve biçimi önemli olmadığı gibi, gerçekleştirilmesi için kullanılan aracın da suçun oluşması bakımından bir önemi olmadığı söylenmiştir¹⁰³⁸. Gerçekten tipik eylem soruşturmanın gizliliği kapsamındaki bir başka deyişle adli sır niteliğindeki bilgilerin söz, yazı, grafik, görsel araç, mimik gibi çeşitli şekillerde açıklanmasıyla veya soruşturma evresindeki usul işlemine ilişkin bir belgeyi göstermek veya vermek suretiyle işlenebilir¹⁰³⁹. Yine kanımızca bir belgenin verilmesi veya gösterilmesi suretiyle gizliliğin ihlali söz konusu olduğunda, belge içeriğinin yani sırrın örneğin bir kolluk memuru veya savcılık kalemindeki bir görevli tarafından tamamen veya kısmen bilinmesi gerekli değildir, sırrı ihtiva eden belgenin failin sorumluluk ve hakimiyet alanında bulunması yeterlidir¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁵ Yurtcan, “TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi”

¹⁰³⁶ **A.g.m.**

¹⁰³⁷ 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce pek çok yazar, bu hususta bir değerlendirme yapmamış, sessiz kalmıştır.

¹⁰³⁸ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 346

¹⁰³⁹ Vesile Sonay Evik/ Ali Hakan Evik, “Devlet Sırrını ve Yayılması Yasaklanan Bilgileri Açıklama ve Elde Etme Suçları”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2004, c. 8, S. 3-4, s. 131 http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2004_VIII_2_5.pdf ET:05.06.2012

¹⁰⁴⁰ **A.g.m.**

Diğer yandan TCK m. 285/1’de düzenlenen CMK’nın 157. maddesinde gizliliği öngörülen soruşturma evresindeki usul işlemlerinin içeriklerinin gizliliğini ihlal bakımından bu ihlalin “*alenen*” gerçekleştirilmesi gerekir. Bu şartın objektif cezalandırılabilme şartı değil suçun bir unsuru olduğu söylenmiştir¹⁰⁴¹. Bize göre de “*Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs*” suçundaki değerlendirmemize benzer gerekçelerle bu suç bakımından da aleniyet şartının objektif cezalandırılabilme şartı olmadığı sonucuna varılması gerekir¹⁰⁴².

TCK m. 285/2’de ise aleniyet şartına bir istisna getirilmiştir. 6352 sy. kanunun maddeye ilişkin gerekçesinde TCK m. 285/2 düzenlemesinin “*soruşturmanın belirli sùjelerine karşı gizli tutulan soruşturma işlemleri ile ilgili gizliliğin ihlali*”ni cezalandıran ayrı bir suç tipi olduğu söylenmiştir. Bu fıkrada; “*Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali*” suç olarak düzenlenmiştir. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce suçun oluşması için aleniyetin aranmadığı bu hal TCK m. 285/1’in ikinci cümlesi olarak düzenlenmişti¹⁰⁴³. Değişikliklerden sonra TCK m. 285/1’de aranan zarar veya elverişlilik şartlarının, TCK m. 285’in ikinci fıkrası olarak düzenlenen bu suç tanımı bakımından da aranıp aranmayacağı açık olmayıp, gerekçenin ayrı bir suç tipine işaret eden ifadesi bu soruya olumsuz cevap vermeyi mümkün kılmaktadır. Buradan çıkan sonuç ise TCK m. 285/2 bakımından suçun soyut tehlike suçu olarak düzenlenmeye çalışıldığıdır. Yukarıda ifade ettiğimiz TCK m. 285/1’in şüpheli aleyhine düzenleniş şeklini de bu hükümlerle birlikte düşündüğümüzde, soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun bu yeni düzenleniş biçiminin masumiyet karinesini değil, keyfi bir soruşturmanın gizliliğini korumayı amaçlayan bir skalayı önümüze koyduğu görülmektedir.

¹⁰⁴¹ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 267-268

¹⁰⁴² Diğer yandan TCK m. 285’in ilk şeklinin gerekçesinde aleniyete ilişkin olarak kullanılan; “*cezaya hükmedilebilmesi için*” gibi ifadeler aleniyetin objektif cezalandırılabilme şartı gibi değerlendirildiğine, “*suç oluşturabilmesi için*” gibi ifadeler ise unsur olarak kabul edildiğine işaret eden çelişkili ifadeler olarak göze çarpıyordu.

¹⁰⁴³ Söz konusu düzenlemede açıkça “*...aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.*” ifadesine yer verilmiş olup, 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra aleniyetin aranmayacağı açıkça hükümde ifade edilmemiştir. Bunun sebebi kanun koyucunun söz konusu hükmü ayrı bir suç tipi gibi kabul ederek ayrı bir fıkrada düzenlemesi ve yine bu suç tipinde “*soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı*” olan gizlilikten bir başka deyişle dahili gizlilikten söz etmesi olarak düşünülebilir. TCK m. 285/1 ise “*aleniyet*” unsuruna yer vermek suretiyle daha ziyade harici gizliliğin ihlalinin yaptırımı bağlamakla birlikte dahili gizliliği ihlal eden bir fiilin, harici gizliliği de aynı zamanda ihlal etmesi mümkündür. Bu yüzden biz her halukarda 285/1 ve 285/2’nin soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu olarak bir arada analiz edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Burada “*Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararlar ve bunların gereği olarak yapılan işlemler*” ile öncelikle CMK’nın ilgili maddelerinde düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (m. 135-138), gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (m. 139) ve teknik araçlarla izleme (m. 140) gibi niteliği gereği gizli olan özel soruşturma tedbirleri kastedilmektedir. Ancak söz konusu tedbirlerden telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine yalnızca soruşturma evresinde değil kovuşturma evresinde de başvurulabilmesi mümkündür (CMK m. 135/1), benzer şekilde teknik araçlarla izleme tedbiri bakımından da “*şüpheli veya sanıktan CMK m. (140/1)*” söz edildiği için bu tedbire de hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasında başvurulabilecektir. Anılan tedbirlere ilişkin kararın kovuşturma aşamasında alındığı bir durumda bu tedbirlere ilişkin gizliliğin ihlali bize göre TCK m. 285/2’de düzenlenen suç oluşturmayacaktır. Tedbirlere ilişkin soruşturma aşamasında bir karar alınması ancak daha sonra tedbirin süresinin uzatılmasına ilişkin kararın kovuşturma aşamasında alınması halinde de, uzatmaya ilişkin karar kovuşturma aşamasında alınmış olacağından bize göre suç oluşmayacaktır. Aslında bu gibi özel soruşturma tedbirlerine şüphenin yeterli yoğunluğa ulaştığı, kamu davasının delillerin toplanarak gereğince hazırlanmış iddianamenin kabul edilmesi üzerine açılmış olduğunun teorik olarak da olsa kabul edildiği kovuşturma evresinde başvurulamaması gerekir¹⁰⁴⁴. Bu tedbirlere bir yandan kovuşturma aşamasında başvurulabilmesini kabul edip, diğer yandan adli sır saklama yükümlülüğünü sadece soruşturma aşamasıyla sınırlı tutmak kanun koyucunun bir özensizliği veya çelişkisi olarak değerlendirilmelidir.

Ünver’e göre bu tedbirler bakımından hem kararların alınmasının hem de bu kararların icrasının başka bir deyişle maddede sözü edilen kararların “*bir gereği olarak yapılan işlemlerin*” soruşturma aşamasında olması gereklidir¹⁰⁴⁵. Bize göre soruşturma aşamasında alınan kararın gereği olarak yapılan işlemlerin de mutlaka soruşturma aşamasında yapıyor olması gerekli değildir. Soruşturma aşamasında alınmış ve üç ay süreyle uygulanacak bir telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi kararının uygulanması işlemleri devam ederken soruşturma

¹⁰⁴⁴ Dilek Ekmekçi, **Organize Suçlulukla Mücadelede Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Özel Soruşturma Tedbirleri**, İstanbul, 2006, GSÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, s. 75 ve 140-141

¹⁰⁴⁵ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 346

aşamasından kovuşturma aşamasına geçilmiş olması mümkündür. Ancak karar soruşturma aşamasında alınmış olduğundan bu tedbire ilişkin gizliliğin ihlali halinde suç oluşacaktır.

6352 sy. kanunun maddeye ilişkin gerekçesindeki, “*belli bir konutta veya işyerinde arama yapılması hususunda hâkim tarafından verilmiş karar veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş emir henüz icra edilmeden önce, ilgili kişilerin bu karar veya emir içeriğinden haberdar edilmesi*” ifadesinden yalnızca iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi gibi özel soruşturma tedbirlerinin değil, “*arama*”nın da TCK m. 285/2 kapsamında soruşturmanın belirli sükelerine karşı gizli tutulması gereken işlem olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.

H. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Savunma hakkının icrası kapsamında savunma dokunulmazlığı bu suç bakımından da bir hukuka uygunluk nedeni olarak ele alınmalıdır. Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz gibi CMK m. 157/1’e göre soruşturmanın gizliliği savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla söz konusu olacaktır. Aynı şartta Fransız CMK m. 11/1 ve FCK m. 434-7-2’de de yer verilmiştir. Dolayısıyla kural olarak avukatlar özellikle de müdafiler bakımından, gerek bunların gizlilik yükümlüğüne tabi olmadıkları gerekçesiyle gerekse de savunma hakkı hukuka uygunluk nedeninden hareketle, gizliliğin ihlali suçunun oluşmayacağı söylenebilir. Danışman’a göre avukatın müvekkiline karşı değil de üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlülüğü olduğundan söz edilse bile, bu yükümlülük de mutlak değildir¹⁰⁴⁶. Gerçekten meslek sırrının amacı müvekkilin menfaati olduğundan, savunma amacıyla soruşturma kapsamındaki bilgileri açıklaması suç oluşturmayacağı gibi; meslek sırrı saklama amacıyla sessizliğini koruması müvekkiline daha büyük zarar verebilir¹⁰⁴⁷. Bu yüzden örneğin tutuklamanın uzunluğu konusunda bir avukatın “*vox populi*” yani halkın sesine¹⁰⁴⁸ bir başka deyişle kamuoyuna başvurabileceği söylenmiştir¹⁰⁴⁹. Bunun ise kitle iletişim araçları yoluyla olacağı ortadadır.

¹⁰⁴⁶ Danışman, **a.g.e.**, s. 64

¹⁰⁴⁷ **A.g.e.**

¹⁰⁴⁸ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 868

¹⁰⁴⁹ Danışman, **a.g.e.**, s. 64

Bu bağlamda kanımızca avukatın savunma dokunulmazlığı hukuka uygunluk nedeninden yararlanması yeterli olup, müvekkilinin menfaati için meslek sırrını açıkladığı durumlarda ayrıca TCK 26/2'ye göre ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin bulunması yani müvekkilin rıza göstermesi de gerekli değildir. Zira avukat mesleğini icra ederken müvekkiline karşı da bağımsızdır¹⁰⁵⁰. 6352 sy. kanunun maddeye ilişkin gerekçesinde “... *soruşturma sürecinde kişilerin şüpheli veya tanık sıfatıyla alınan ifadelerinin içerikleri hakkında, rızaları olsa bile, iddianame düzenlenip kamu davası açılıncaya kadar kamuya açıklama yapılamayacaktır.*” şeklinde bir açıklamaya yer verilmiştir. Çalışmamızın bütününde ifade ettiğimiz gibi bu tür açıklamaları soruşturma makamlarının yapmaması gerekli olup; özellikle uzun süren, tutuklama tedbirinin uygulandığı ve medyatik soruşturmalarda, avukatın savunmayı medya önüne taşımak mecburiyetinde kalarak açıklamada bulunması halinde bu suçun oluşacağından söz edilemez. Bu yüzden gerekçeyi de hangi amaçla kaleme alınmış olursa olsun, bu doğrultuda anlamak kaçınılmazdır.

6352 sy. kanunla 285. maddeye eklenen 6. fıkrada “*Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin, haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz.*” hükmüne yer verilmiştir. Kitle iletişim özgürlüğünün bu madde bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olduğunun bu şekilde açıkça düzenlenmesi kanımızca uygulamadaki aksaklıkları gidermeyecek olup, belirsiz ve malumun ilanı niteliğinde gereksiz bir düzenlemedir.

Bu suç bakımından Anayasa m. 138/3'deki yasama sorumsuzluğu bakımından söz konusu olan istisna “*görülmekte olan dava*”ları kapsadığı için ortada bir davanın bulunmadığı soruşturma evresinde bu istisna söz konusu olmayacak ve soruşturmanın gizliliğini ihlal eden bir milletvekili yasama sorumsuzluğundan yararlanacaktır.

İ. Suçun Manevi Unsuru

Bu suçun manevi unsurunun genel kast olduğu özel kastın aranmayacağı yönünde görüş birliği vardır¹⁰⁵¹. Gerçekten bu suç bakımından failin tipik eylemi

¹⁰⁵⁰ Güner, **a.g.e.** , s. 79 ve 97

¹⁰⁵¹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 352; Okuyucu Ergün, a.g.m. , s. 268; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4359; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8097

hangi amaçla veya saikle gerçekleştirdiği önem taşımaz. Yine kanunda açıkça düzenlenmediği için bu suçun taksirle veya bilinçli taksirle işlenemeyeceği ortadadır. FCK m. 434-7-2'deki soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun ise, “*soruşturmanın yürüşünü veya maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla*” yani özel kastla işlenmesi aranmıştır.

Bazı yazarlarca 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce bütünüyle soyut tehlike suçu olarak düzenlenen bu suçun olası kastla da işlenebileceği söylenmiştir¹⁰⁵². Olası kast TCK m. 21/1'in ilk cümlesinde; “*Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi hâlinde olası kast vardır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bize göre teoride bunun mümkün olduğu söylenebilir de uygulamada oldukça zordur. Zira fail olası kastından ancak zararlı netice gerçekleşmişse sorumlu olacağı için zararlı neticenin gerçekleştiğinin yani suçla korunan hukuksal değerın zarar gördüğünün ispatı halinde failin olası kastıyla ilgili tartışma başlayabilecektir. Bu durumda suçun oluştuğu soyut veya somut tehlike durumlarında olası kasttan söz edilemeyecektir.

Kaldı ki bize göre soyut tehlike suçlarının varlığı bile ceza hukukunda eleştiriye açıkken¹⁰⁵³, bir soyut tehlike suçunun olası kastla işlenebileceğini¹⁰⁵⁴ kabul etmek cezalandırmanın son çare olması ilkesiyle de bağdaşır nitelikte değildir. Gerçekten İçel/Evik'in haklı olarak işaret ettiği gibi öldürme yaralama gibi bazı suçlarda karşılaşılabilen istisnai bir kavram olan olası kast kavramının tüm suçları kapsayacak şekilde kanuna konulması, çağdaş ceza hukukunun en önemli

¹⁰⁵² Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 352; Yaşar/ Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8097

¹⁰⁵³ Daragenli, “Tehlike Suçları”, s. 185, Yazara göre ceza normunun amacı belirli hukuksal yarara karşı zararın gerçekleşmesini önlemek olduğuna göre, hukuksal yarara karşı somut bir zarar tehlikesi gerçekleşmeden cezalandırma alanına girilmemelidir.

¹⁰⁵⁴ İsviçre hukukunda İsviçre Ceza Kanunu'nun 305. maddesindeki ceza davasını engelleme suçu kapsamında, avukatın müvekkili tarafından kendisine aktarılan yanlış bir bilgiyi mahkemeye sunduğu durumlarla ilgili olarak; bu bilginin yanlış olabileceğine dair avukatın olası kastının varlığından söz edilmiş, ancak avukatın bu eylemi savunma görevinin gereği olduğu için eylemin hukuka uygun sayılacağı söylenmiştir. *Commentaire du droit pénal suisse, code pénal suisse, partie spéciale; Volume 9: crimes ou délits contre l'administration de la justice, articles 303-311, édité par Martin Schubarth; commenté par Ursula Cassani, Bern, Stämpfli, 1996, s. 49*, Bu örnekten hareketle özellikle müdafinin gizlilik yükümlülüğünün olduğu kabul edildiği takdirde, dosya kapsamındaki bilgileri şüpheli, şüphelinin ailesi veya bilimsel mütalaa almak için bir akademisyenle paylaştığı durumlarda bu bilgilerin yayılması sonucu aleniyet gerçekleşir ve hatta soruşturmanın gizliliği kapsamındaki hukuksal değerler zarar görürse müdafinin olası kastından söz edilebileceği tartışılabilir. Ancak bu durumda da müdafinin fiili hukuka uygun kabul edilmelidir. Zira bize göre müdafinin gizlilik yükümlülüğü savunma göreviyle bağdaştığı ölçüde var kabul edilebilir. Masumiyet karinesini de soruşturmanın gizliliği ile korunan en temel hukuksal değer olarak kabul ettiğimiz için zaten müdafinin şüphelinin masumiyet karinesini ihlal etmesi düşünülemez.

ilkelerinden kusursuz suç olmaz ilkesini zayıflatabilecek ve adeta öldürme, yaralama gibi suçlar dışındaki diğer suçlar bakımından da olası kastın mümkün olabileceği izlenimi verilerek “*kast karinesi*” yaratılması sonucu doğurabilecektir¹⁰⁵⁵.

Bununla birlikte soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra TCK m. 285/1-a bakımından zarar, m. 285/1-b bakımından somut tehlike suçu ve m. 285/2 bakımından ise soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla suçun zarar suçu olarak düzenlendiği hali bakımından somut olayda olası kastın varlığı tartışılabilir.

K. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce bu suç soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş olmasına rağmen bu suçun teşebbüse elverişli olduğu hususunda yazarlar arasında görüş birliği vardı¹⁰⁵⁶. TCK'nın 35. maddesinin ilk fıkrasına göre kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

Kanımızca 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra TCK m. 285/1'in a bendi bakımından soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu sırasıyla zarar suçu olarak düzenlendiği için, bu hallerde suç teşebbüse elverişlidir. Örneğin bir kolluk görevlisinin özel hayatın gizliliğini ihlal edici nitelikte bir belgeyi soruşturma dosyasından çıkarıp kamuoyuna açıklaması için bir gazeteciye vermek üzereyken diğer bir memur veya amiri tarafından engellenmesi halinde, TCK m. 285/1-a'ya teşebbüsten söz edilebilir. Bu örnek bakımından, somut olayda özel hayatın gizliliği bakımından meydana gelen tehlikenin ağırlığına göre faile teşebbüsten ceza verilecektir. Şüphesiz teşebbüs hükümleri uygulanabilen hallerde şartları varsa gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması da mümkündür. Yine TCK m. 285/1-b ise somut tehlike suçu olarak düzenlendiği için, bu hükmün teorik olarak teşebbüse

¹⁰⁵⁵ İçel/Evik, **a.g.e.** , s. 191

¹⁰⁵⁶ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 353; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4359; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8097; Meran, **a.g.e.** , s. 358

elverişli olduğu tartışılabilir. Bununla birlikte kanımızca tehlike suçlarına teşebbüs tehlike tehlikesinin cezalandırılması anlamına geleceğinden; bu tür bir tehlikenin cezalandırılabilir bir ağırlığı olmayacağından bahisle, mümkün kabul edilmemelidir.

Suçun oluşması için aleniyetin aranmadığı, TCK m. 285/2’de soyut tehlike suçu olarak düzenlenen hal bakımındansa örneğin failin gizli nitelikteki kararlar veya işlemlerle ilgili bilgi, belge veya görüntüleri açıklamada bulunmak istediği soruşturmanın tarafı olan belirli kişi veya kişilere göndermesine rağmen bu iletinin postada kaybolması veya sair surette muhataplara ulaşamaması durumunda; eylemin teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilebileceği söylenmiştir¹⁰⁵⁷. Bu alışılmış örnek bakımından hareket parçalara bölünebilmektedir. Bununla birlikte bize göre soyut tehlike tehlikesinin cezalandırılabilmesi teorik olarak savunulabilirse de, soyut tehlike suçlarına teşebbüs kabul edilmemelidir. Zira soyut tehlike suçlarının varlığı bile ceza hukukunda tartışmaya açıktır.

Diğer yandan soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken bilgilerle ilgili aynı örnek bakımından bu bilgilerin yayınlanmak üzere bir dergide basılması ancak herhangi bir sebeple derginin dağıtımının gerçekleşmemesi halinde de evleviyetle aynı sonuca varmak gereklidir. Bu örnek bakımından da hareket teorik olarak bölümlere ayrılmış olduğu için, suça eksik teşebbüsün mümkün olduğu iddia edilebilir. Bununla birlikte basılmış eserler yoluyla işlenen suçlara eksik teşebbüs hem sansür niteliğinde olacağı, hem de basın suçları bakımından öngörülen özel sorumluluk sistemiyle bağdaşmayacağı için mümkün değildir¹⁰⁵⁸. Bu bağlamda basın suçlarına teşebbüsün, basın yoluyla işlenen suçlardaki “yayın” unsurunun objektif cezalandırılabilme şartı olduğundan bahisle mümkün olmayacağı da söylenmiştir¹⁰⁵⁹.

2. İştirak

Bu suçu özgü bir suç olarak kabul ettiğimiz için bu suça iştirake ilişkin bir takım olasılıkları bu başlık altında değerlendirmek gereklidir. Zira TCK’nın “Bağlılık kuralı” kenar başlıklı 40. maddesinin 2. fıkrasıyla; “Özgü suçlarda, ancak özel faillik

¹⁰⁵⁷ Meran, **a.g.e.**, s. 358

¹⁰⁵⁸ Çetin Özek, “Basın Suçlarının İşlenmesi ve Takibi ile İlgili Bazı Problemler”, **İÜHFİM**, 1974, c. 40, S. 1-4, s. 76-83

¹⁰⁵⁹ Öztekin Tosun, “Basın Suçu ve Teşebbüs Sorunu”, **İÜHFİM**, **Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan**, 1982, c. XLV-XLVII, S. 1-4, s. 264-265

niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.” ilkesi getirilmiştir. Doktrinde pek çok yazar tarafından haklı olarak eleştirildiği gibi bu sınırlama yerinde değildir çünkü her özgü suçta icra hareketlerinin mutlaka kanunda gösterilen nitelikleri taşıyanlar tarafından gerçekleştirilmesi söz konusu olmayabilir¹⁰⁶⁰. Bu bağlamda özellikle TCK m. 285/1 bakımından, aleniyetin kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirildiği durumlar önem arz etmektedir.

Burada ortaya çıkabilecek birinci ihtimal basın mensubunun soruşturmanın gizliliğini doğrudan gizlilik yükümlülüğüne tabi bir kişiden öğrendiği bilgilerle ihlal etmesidir. Bir yazara göre basın mensubu, soruşturmanın gizliliğini kendi imkânları ile ele geçirdiği bilgilerle ihlal etmemiş, gizlilik yükümlülüğü altında olan bir kişinin, kendisine sağlaması üzerine bu bilgileri yayınlamışsa, bu durumda söz konusu basın mensubu gizlilik yükümlülüğü altında olan bu kişinin fiiline iştiraktan dolayı sorumlu olacaktır¹⁰⁶¹. Gerçekten bu örnek bakımından tipe uygun eylemin bir unsuru olan aleniyet gizlilik yükümlülüğü altındaki kişinin fiiliyle değil, basın mensubunun yayınlamasıyla gerçekleşmektedir. Toroslu’ya göre bu gibi durumlarda özgü suçun bölünmüş, parçalara ayrılmış bir biçimde gerçekleştirilmesi söz konusudur¹⁰⁶². Ancak kanımızca burada yayının bir gazetede mi yoksa bir televizyonda mı yapıldığı hususu da önem arz etmektedir. Zira yayın basılmış eserler yoluyla gerçekleştirilmişse BsK m. 11’e göre kural olarak eser sahibinin fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Oysaki özgü suçlarda ancak özel faillik niteliği taşıyan kişi fail olabilir (TCK m. 40/2) ve fail TCK m. 37/1’e göre “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri*” olarak tanımlanmıştır.

¹⁰⁶⁰ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s. 521; İçel/Evik, **a.g.e.**, s. 272; Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 461; Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 301

¹⁰⁶¹ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 269-270; Diğer yandan aynı yazar basın mensubunun, kendi imkânlarıyla telefon dinleme, ortam dinleme gibi yöntemlerle veya gizlilik yükümlülüğü altında bulunmayan bir kişiden örneğin arama işlemine tanık olan komşudan soruşturma işleminin içeriğini öğrenmesi durumunda, ancak mülga BsK m. 19/1’e göre sorumlu olacağı görüşünü savunmuştur. Bize göre verilen örnek basın mensubunun telefon dinlemesi veya ortama dinleme cihazı yerleştirmesi gibi yöntemler TCK’nın 132 ila 137. maddelerinde sayılan haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması gibi suçları oluşturabileceği için isabetli değildir. Yine gizlilik yükümlülüğü altında bulunmayan bir kişiden de soruşturma işleminin yapıldığının öğrenilmesi mümkün olup, gizlilik yükümlülüğüne tabi kişiler dışındakilerin bu işlemlerin içeriğini bilebilmeleri mümkün değildir. Yalnızca soruşturma işleminin yapıldığının yayınlanıp, içeriğinin yayınlanmaması halinde de BsK. m. 19/1’deki suç oluşmayacaktı. Zira Basın Kanunu’nun mülga 19. maddesinin 1. fıkrasında, soruşturmanın başlamasından takipsizlik kararı verilmesine veya kamu davasının açılmasına kadar geçen süre içerisinde, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme işlemlerinin ve soruşturma ile ilgili diğer belgelerin içeriğini yayınlamak suç olarak tanımlanmıştır.

¹⁰⁶² Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 301

Kanımızca böyle bir durumda BsK m. 11'in özel norm ve TCK m. 40/2'nin bir istisnası olduğu dikkate alınmalı eser sahibinin de soruşturmanın gizliliğini ihlal fiilinden müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmelidir. Benzer şekilde basın mensubu özel faillik niteliği taşıyan kimseyi soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun işlenmesinde araç olarak kullanmışsa, TCK m. 37/2'ye göre eser sahibinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması da mümkündür¹⁰⁶³. İçel/Evik'e göre de bu gibi durumlarda doğru ve amaca uygun olan özgü suç failinin bu özelliğini bilerek onunla birlikte suçun icra hareketlerini gerçekleştirenlerin de bu suçların faili olarak cezalandırılmalarıdır¹⁰⁶⁴. Aksi bir sonuç özel faillik niteliği taşımayanların adeta kayırılmalarına yol açar¹⁰⁶⁵.

Diğer yandan bu suçun oluşabilmesi için gizliliği ihlal edici açıklamaların bir televizyon kanalında bizzat gizlilik yükümlülüğüne tabi kişi tarafından ya da bu yükümlülüğe tabi olmayan bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi de mümkündür. Bu takdirde gizliliği ihlal edici açıklama gizlilik yükümlülüğüne tabi olmayan kişi tarafından örneğin ön hazırlığa dayanan bir programda yapılıyorsa yukarıda TCK m. 40/2 ve BsK m. 11 ilişkisi bakımından ortaya koyduğumuz görüşler, 6112 sy. kanun m. 46/1 bakımından da geçerlidir. Bu durumda gizlilik yükümlülüğüne tabi kişi ile birlikte müşterek fail veya onu araç olarak kullanan dolaylı fail bu maddeye göre belirlenecek ve şartları varsa yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdürün de fail olarak sorumlulukları söz konusu olabilecektir. Diğer ihtimal de gizliliği ihlal edici açıklamanın gizlilik yükümlülüğüne tabi bir kişi tarafından örneğin canlı yayında yapılmasıdır ki, bu durumda yayına ortam sağlayan programcı, sunucu, yönetmen vs. gibi medya mensupları şartları varsa yardım eden sıfatıyla sorumlu olabilecek ancak kişiye açıklamada bulunma kararını verdirtmişlerse azmettiren sıfatıyla sorumlulukları söz konusu olabilecektir. Bu gibi durumlarda zaten 6112 sy. kanun m. 46/1'de öngörülen özel sorumluluk sisteminin uygulanmaması gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁰⁶³ Benzer bir görüş TCK m. 28 ve TCK m. 40/2 arasındaki ilişki bakımından Hakeri tarafından da savunulmuştur. Yazara göre: “TCK 28’in, TCK 40/2’de getirilen kuralın bir istisnasını oluşturduğunu kabul etmek ve dolayısıyla tehdit ederek bir özel fail niteliği taşıyan kimseye suç işleyen kimseyi fail olarak kabul etmek gerekecektir.” Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Hukuku, Ankara, 2005, s. 116’dan aktaran Hakeri, a.g.e. , s. 470; Gerçekten aksi takdirde TCK m. 37/2 ile m. 40/2 arasında İçel/Evik’in tespit ettiği “çelişki” de başka türlü açıklanamaz. İçel/Evik, a.g.e. , s. 273

¹⁰⁶⁴ İçel/Evik, a.g.e. , s. 272

¹⁰⁶⁵ A.g.e.

Bu başlık altında ele alınabilecek son bir ihtimal, basın mensubunun işlemlerin içeriğini gizlilik yükümlülüğüne tabi olmayan bir kişiden öğrenmesi ve yayınlamasıdır. Örneğin bir avukat uzmanlığından yararlanmak istediği ve soruşturma işlemlerinde hazır bulunma veya soruşturma dosyasını inceleme hakkı söz konusu olmadığı için gizlilik yükümlülüğüne tabi olmayan bir kişiye soruşturma dosyasından aldığı örnekleri incelemek isteyebilir¹⁰⁶⁶. Bu durumda avukatın eylemi alenen gerçekleştirilmediği için suç oluşturmaz. Basın mensubu ise gizlilik yükümlülüğüne tabi olmayan bu uzman kişiden öğrendiği bilgileri yayımlayabilir. Böyle bir durumda avukatı da, basın mensubunu da, uzman kişiyi de TCK m. 285/1'den sorumlu tutmak mümkün değildir. Zira basın mensubu özgü suç failiyle doğrudan temas etmemekte, onun bu niteliğini bilmemekte ve özgü suça iştirak iradesi taşımamaktadır. Bu örnek bakımından 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce basın mensubunun aleniyet basılmış eserler yoluyla gerçekleştiği takdirde ve şartları varsa yalnızca mülga BsK. m. 19/1 hükmüne göre cezalandırılması mümkündür¹⁰⁶⁷. Artık bu hüküm de yürürlükten kalktığı için basın mensubunun bu örnek bakımından herhangi bir cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun özgü suç olarak düzenlenmesi karşısında bu suça iştirake ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki bazı eğilimlere de kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Belçika hukukunda soruşturma faaliyetine profesyonel olarak katılan herkes soruşturmanın gizliliğini korumakla yükümlüdür; bu yükümlülüğün ihlali halinde, meslek sırrının açıklanması suçunu düzenleyen Belçika Ceza Kanunu'nun 458. maddesi uygulanacaktır. Belçika yasa koyucusu, gazetecilere doğrudan dokunmaksızın, gazetecilik faaliyetini dolaylı biçimde gazetecilere kaynaklık edenlere bir sır saklama yükümlülüğü getirmek suretiyle sınırlandırma yoluna gitmiştir. Bir başka deyişle gazeteci meslek sırrının açıklanmasından sorumlu olmayıp; avukat, hakim, polis gibi kişiler ise sorumlu olacaktır¹⁰⁶⁸. Görüldüğü gibi karşılaştırmalı hukukta da bu noktaya kadar bizim TCK m. 285/1 bakımından vardığımız sonuçtan farklı bir sonuca varılmamaktadır. Bununla birlikte gazetecinin söz konusu kişileri meslek sırrını açıklamaya sürüklemesi durumunda, gazeteciye

¹⁰⁶⁶ Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 313

¹⁰⁶⁷ Açıklamalarımıza benzer yönde görüş için bkz. Şehnaz Doğan Yüzer, "Basın Yasasının Bazı Maddelerine İlişkin Görüşler", **Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I**, s. 203

¹⁰⁶⁸ Koen Lemmens, **La presse et la protection juridique de l'individu**, Larcier, Bruxelles, 2004, s. 431-434

iştirak veya suç eşyasını gizleme sebebiyle sorumlu tutmanın mümkün olup olmayacağı sorusuna karşılaştırmalı hukukta farklı cevaplar verilmektedir. Fransa’da kabul gören birinci görüşe göre; bu durumda azmettirme söz konusu olduğundan gazeteci bakımından suça iştirak söz konusudur. Buna karşılık Belçika’da yargı kararlarıyla benimsenen diğer görüşe göre; soruşturmanın gizliliği yalnızca meslek sırrının bir yönüdür ve basını bağlamamaktadır¹⁰⁶⁹.

3. İçtima

a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından

285. maddede düzenlenen suçların zincirleme suç biçiminde işlenmesinin mümkün olacağı söylenmiştir¹⁰⁷⁰. TCK’nın zincirleme suçun düzenlediği 43. maddesine göre zincirleme suçtan söz edilebilmesi için bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesinin veya aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesinin söz konusu olması gerekmektedir.

Soruşturmanın gizliliğinin birden fazla ihlal edilmesi halinde her bir ihlalin ayrı bir suç olduğunun kabulü ve ancak aynı suç işleme kararının varlığı halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği; buna karşılık TCK m. 285/2’deki aleniyetin aranmadığı hal bakımından “*soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali*” arandığı yani “*kararlar*” ve “*işlemler*” şeklinde çoğul ifade kullanıldığı için olsa gerek birden fazla karara ve birden fazla işleme ilişkin gizliliğin ihlalinin tek suç oluşturacağı söylenmiştir¹⁰⁷¹. Bize göre TCK m. 285/1 ile TCK m. 285/2 açısından bu anlamda bir fark yoktur. Eğer soruşturma aşamasında alınan ve kanun hükmü gereğince gizli tutulması gereken kararlar ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğinin ihlali bakımından birden fazla kararın veya işlemin gizliliğinin ihlali tek suç olarak kabul edilecekse, bunun soruşturma aşamasındaki usul işlemleri bakımından da kabul edilmesi gerekir çünkü aynı çoğul ifade “*soruşturma evresindeki usul işlemleri*”

¹⁰⁶⁹ A.g.e.

¹⁰⁷⁰ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e. , s. 4360; Meran, a.g.e. , s. 359

¹⁰⁷¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, a.g.e. , s. 8097

denilmek suretiyle soruşturmanın gizliliğinin düzenlendiği CMK'nın 157. maddesinde de öngörülmüştür. Burada suç serbest hareketli bir suç olarak düzenlendiği için soruşturmanın gizliliği bir kararın veya birden fazla kararın açıklanması suretiyle ihlal edilebilecektir. Bu yüzden bize göre bir soruşturmaya ilişkin birden fazla karar veya işlemin gizliliği aynı zamanda ve aynı hareketle ihlal ediliyorsa tek suçtan, ayrı zamanlarda ve fakat aynı suç işleme kararına bağlı olarak ihlal ediliyorsa zincirleme suçtan söz edilmesi yerinde olacaktır.

Suçun önşartı soruşturma olduğu için aynı değil farklı soruşturmalara ilişkin gizliliğin tek bir fiille ihlali yani aynı neviden fikri içtima halinde, TCK m. 43/2'nin atfıyla yine m. 43/1 hükmü uygulanacaktır. Bu durumda toplumu oluşturan tüm bireylerin suçun mağduru olduğu görüşünden hareketle suç TCK m. 43/1 anlamında “*mağduru belli bir kişi olmayan*” suç olarak kabul edilip TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre aynı suçun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi olarak değerlendirilmesi ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması düşünülebilir. Yine farklı soruşturmalara ilişkin gizliliğin bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda ihlal edilmesi halinde toplumu oluşturan tüm bireylerin suçun mağduru olduğu görüşünden hareketle suç TCK m. 43/1 anlamında “*mağduru belli bir kişi olmayan*” suç olarak kabul edilip TCK m. 43/1 uygulanmalıdır¹⁰⁷².

¹⁰⁷² A.g.e.

b. Fikri İçtima Hükümleri veya Görünüşte İçtima Bakımından

Bu suçun çeşitli suç tipleriyle içtima durumuna girmesi mümkündür¹⁰⁷³. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun bir kamu görevlisi tarafından işlenmiş olması durumunda TCK m. 44'deki fikri içtima hükmü gereğince, faile daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 258'e göre ceza verilmesi gerektiği söylenmiştir¹⁰⁷⁴. Ancak bundan böyle suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde TCK m. 285/4'deki ağırlatıcı sebebin uygulanması gerekeceğinden, suçun cezasının üst sınırı 4,5 yıl hapis olarak ortaya çıkacak ve faile soruşturmanın gizliliğini ihlal suçundan ceza verilmesi gerekecektir. Buna karşılık diğer bir yazara göre; soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu ile TCK m. 258 arasında görünüşte içtima türlerinden biri olan özel norm-genel norm ilişkisi söz konusu olduğundan, böyle bir durumda faile özel norm niteliğinde olan soruşturmanın gizliliğini ihlal suçundan ceza verilmesi gerekir¹⁰⁷⁵. Kanımızca bu iki suç tipi arasında özel norm-genel norm ilişkisi olduğundan söz etmek kolay değildir. Zira bu suçlar aynı hukuksal değeri korumadıkları gibi, ilave unsurlar taşınması gereken norm diğerinin bütün unsurlarını kapsamamaktadır, ayrıca bu suçlar arasında suçun basit şekli-nitelikli şekli veya genel suç-özgü suç gibi bir ilişki de söz konusu değildir.

Yine 3713 sy. Terörle Mücadele Kanunu'nun "açıklama ve yayınlama" kenar başlıklı 6. maddesinde düzenlenen "terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklama veya yayınlama" veya "Kanununun 14. maddesine

¹⁰⁷³ 6352 sy. kanunla BsK m. 19 yürürlükten kaldırılmadan önce bu suç tipi ile BsK m. 19/1 arasındaki ilişki de önem arz ediyordu. Bu dönemde bazı yazarlara göre her iki suç tipi örtüştüğünden ve suçlar aynı aykırılığı yaptırma bağladığından TCK m. 285/1 ve m. 285/3 düzenlemeleriyle BsK m. 19/1'deki suç örtülü olarak yürürlükten kaldırılmıştı. Bkz. Donay, **TCK Şerhi**, s. 408, Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4359, Fatih Selami Mahmutoglu, "Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Basın Yayına İlişkin Bazı Hükümlerin Genel Olarak Değerlendirilmesi", Fasikül, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, Seçkin, y. 3, S. 14, Ocak 2001, s. 28 ve 30; Ünver'in bizim de katıldığımız görüşüne göreyse; BsK m. 19/1 düzenlemesi TCK m. 285/1'deki suç tipine çok yakın bir düzenleme olmakla birlikte bu iki suç tipi her açıdan aynı olmadığı için, TCK m. 285/1 hükmü sonraki kanun sıfatıyla BsK m. 19/1 hükmünü zımnen ilga etmiş olmayıp, BsK m. 19/1'deki suç tipi TCK m. 285/1'e göre özel bir normdu. Bkz. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 343; Diğer taraftan kadük kalan tasarınnın 285. maddeye ilişkin gerekçesinde maddede yapılması öngörülen değişiklikler karşısında Basın Kanunu'nun 19. maddesinin uygulanma kabiliyetinin kalmayacağı söylenmişti. Bize göre tasarı yasalassa bile gerekçenin bu yönde olması, gerekçe bağlayıcı olmadığı için uygulamada yaşanabilecek belirsizlikleri engellemeyecek, hatta artıracak nitelikteydi. Kaldı ki TCK m. 285/1 hükmünün BsK'nın 19. maddesinin tamamıyla değil yalnızca 1. fıkrasıyla ilgili olması dolayısıyla, gerekçenin kaleme alınışındaki özensizlik de dikkatlerden kaçmamaktaydı. Bu hususlar göz önüne alınmış olacak ki 6352 sy. kanunun 105. maddesiyle BsK'nın 19. maddesi her iki fıkrasıyla birlikte tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

¹⁰⁷⁴ Meran, **a.g.e.**, s. 359

¹⁰⁷⁵ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 269

aykırı olarak muhbirlerin hüviyetlerini açıklama veya yayınlama” eylemlerinin işlenmesi halinde aynı zamanda soruşturmanın gizliliğinin ihlal edilmesi de mümkündür. Kanımızca bu durumda yine failin kamu görevlisi olması hali istisna olmak üzere kanunda öngörülen hapis cezalarının hem alt hem de üst sınırları aynı olmakla birlikte, TCK m. 285’de seçimlik ceza olarak adli para cezası da öngörüldüğünden ve yine TMK’nın 13. maddesindeki “*Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmemesi, Seçenek Yaptırımlara Çevirme ve Erteleme Yasağı*” sebebiyle lex mitior kuralının tersine uygulanmasıyla¹⁰⁷⁶, failin TMK’nın 6. maddesine göre cezalandırılması gerekir.

Yine soruşturma evresinde uzlaştırma müzakerelerinin gizliliğini ihlal edenler bakımından TCK m. 136’da düzenlenen “*Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*” kenar başlıklı suçun da oluşabileceği söylenmiştir¹⁰⁷⁷. Bu hükme göre kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu örnek bakımından veya buna benzer başka bir durumda soruşturma evresinin gizliliği ihlal edilmek suretiyle aynı zamanda TCK m. 136 hükmü de ihlal edildiği takdirde, fikri içtima kuralı uygulanarak faile daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 136’ya göre ceza verilmesi gerekir. Böyle bir durumda failin cezasının TCK m. 137 hükmüne göre yarı oranında artırılması da söz konusu olabilecektir. Gerçekten bu durumda suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenebileceği açık olup, suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi bir ağırlatıcı sebep olarak yalnızca TCK m. 285/4’de değil, TCK m. 137’de de ayrıca düzenlendiğinden, fail kamu görevlisi olsa da olmasa da faile daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 136’dan ceza verilmesi gerekir.

Bu suç ile çalışmamız kapsamında ele aldığımız diğer adil yargılanma hakkına karşı suçlar da fikri içtima ilişkisi içine girebilir. Şöyle ki soruşturmanın gizliliğini ihlal fiili aynı zamanda yargı görevi yapanları, bilirkişileri veya tanıkları hukuka aykırı olarak etkilemek özel kastıyla alenen beyanda bulunmak hareketiyle gerçekleştirilmişse TCK m. 288’deki suça, soruşturma evresindeki adli işlemlere ilişkin görüntülerin gizliliğinin ihlali bu görüntüler adli işlemler sırasında yetkisiz olarak nakledilerek yapılmışsa TCK m. 286’daki suça veya bu gibi görüntülerin

¹⁰⁷⁶ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, c. 2, s. 388

¹⁰⁷⁷ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s. 1020

gizliliği kişilerin suçlu olarak lekelenmelerine neden olacak nitelikte bir yayın eylemiyle ihlal edilirse TCK m. 285/5'deki suça vücut verebilir.

Bu başlık altında özellikle üzerinde durulması gereken husus ise suçun TCK m. 285/1-a'da sayılan “*haberleşmenin gizliliğinin*” veya “*özel hayatın gizliliğinin*” ihlal edilmesi suretiyle işlenmesi halinde faile ayrıca TCK m. 132 veya TCK m. 134 başta olmak üzere TCK'nın “*Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar*” başlıklı bölümünde yer alan suçlardan da ceza verilip verilmeyeceği hususudur. Yukarıda açıkladığımız gibi görünüşte içtima türlerinden biri olan özel norm-genel norm ilişkisinin şartları bellidir. Bu yüzden söz konusu suçlarla TCK m. 285/1 arasında özel norm-genel norm ilişkisinin bulunduğu söylenemez. Kanımızca 6352 sy. kanunla “*haberleşmenin gizliliğini ihlal*” veya “*özel hayatın gizliliğini ihlal*”; soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun unsurları olarak düzenlendiğinden, soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun yine görünüşte içtima türlerinden biri olan ve TCK m. 42'de düzenlenen bileşik suç olduğu sonucuna varılmalıdır. Bileşik suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. Dolayısıyla burada TCK m. 44'deki fikri içtima hükmüne göre faile en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı ceza verilemeyeceği gibi her suçtan ayrı ayrı ceza verilmek suretiyle gerçek içtima da uygulanamaz. Ancak bu düzenleme biçimine birkaç yönden eleştiri getirmek mümkündür. Öncelikle burada soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun birer unsuru olarak düzenlenmiş ve bu suçun içinde eriyen araç suçların cezalarının soruşturmanın gizliliğini ihlal suçuna göre TCK'da daha ağır olarak düzenlenmiş olmasına temas etmek gereklidir. Araç suçun cezasının amaç suça göre daha fazla olması TCK'daki bileşik suç örnekleri bakımından sık rastlanan bir durum değildir. Gerçekten doktrinde bileşik suçun söz konusu olduğu durumlarda kaynaşan suçlar içerisinde faile sadece en ağır neticeyi kapsayan suçun cezasının verileceği söylenmiştir¹⁰⁷⁸. Bir suçun diğer bir suçun ağırlatıcı nedenini teşkil ettiği suçlarda zaten durum zaruri olarak böyle olmakla birlikte; bir suçun diğer bir suçun unsuru olması haline en bilindik örnek olan yağma suçunda da yağma suçunun cezasının, unsuru olan hırsızlık ve cebir veya tehdit suçlarına göre daha ağır olduğu ortadadır. Yine cebir veya tehditin unsur durumunda olduğu¹⁰⁷⁹ TCK m. 102 (cinsel saldırı) ve TCK m. 109 (kişiyi hürriyetinden yoksun kılma) bakımından da aynı sonuca varılabilir. Hatta bu nitelikte olmayan TCK m. 265'de düzenlenen görevi yaptırmamak için direnme suçunda bile unsur olan cebir

¹⁰⁷⁸ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, c. 1, s. 406

¹⁰⁷⁹ İçel/Evik, **a.g.e.**, s. 326

veya tehditin cezası ile amaç suçun cezası arasında TCK m. 285 ile TCK m. 132 veya m. 134'ün cezaları arasındaki gibi bir orantısızlık yoktur. Zira TCK m. 285/1 kapsamında yalnızca TCK m. 132/2'de düzenlenen “*kişiler arasındaki haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşa etmek*” eylemi söz konusu olabileceği için TCK m. 139'daki şikayet şartı gerçekleşip TCK m. 132/2'den kovuşturma açıldığı bir durumda bile faile, daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 132/2'den ceza verilemeyecek ve her halukarda TCK m. 285/1 hükmü uygulanacaktır. Aynı sonuca TCK 134/2 bakımından da varmak mümkündür.

Bu orantısızlığa rağmen maddenin düzenleniş biçimi ve gerekçesi soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun bileşik suç olduğundan farklı bir sonuca varmaya da imkan vermemektedir. Nitekim kanun koyucu gerçek içtima yapılmasını öngördüğü halleri ilgili suçların tanımında ayrı ayrı yapmıştır¹⁰⁸⁰. Gerçekten kanun koyucu eğer gerçek içtima yapılmasını isteseydi, en azından “*Nitelikli Hırsızlık*” suçuna ilişkin TCK m. 142/4'ün “*Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikayet aranmaz.*” hükmüne benzer bir düzenlemeye TCK m. 285'de de yer verir ve TCK m. 132/2 ve 134/2 bakımından kovuşturma yapılması için şikayetin aranmayacağını açıkça belirtirdi. Ayrıca söz konusu 142/4'ün gerekçesinde de gerçek içtima yapılması gereğine işaret edilmiş olup, 6352 sy. kanunun TCK m. 285'e ilişkin gerekçesinde bu yönde bir açıklama yoktur.

L. Suçun Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler

Önceki düzenlemede bu suçun yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştü. 6352 sy. kanunla yapılan değişiklikler kapsamında suçun yaptırımının “*bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası*” olarak seçimlik bir hale sokulması yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Görüldüğü gibi adli para cezasının miktarı madde metninde ayrıca ve açıkça tespit edilmemiştir. Bu gibi suçlarda TCK m. 61/9 hükmüne göre cezanın belirlenmesi gerekir. Buna göre adli para cezasına ilişkin gün biriminin alt sınırı bir yıldan az (365 gün), üst sınırı da üç yıldan (1095 gün) fazla olamayacaktır. Ayrıca bu suç sebebiyle bir yıl veya daha

¹⁰⁸⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 668

az süreli hapis cezasına yani kısa süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde, TCK m. 50/2'ye göre suç tanımında hapis cezası ile adli para cezası seçimlik olarak öngörüldüğünden, artık bu cezanın adli para cezasına çevrilmesi mümkün değildir.

Yine önceki düzenlemede 285. maddenin 3. fıkrasında suçun “*basın ve yayın yoluyla*” işlenmesi halinde, cezanın yarı oranında artırılmasının öngörüldüğü bir nitelikli hali mevcuttu. TCK'nın tanımlar kenar başlıklı maddesindeki tanıma göre; “*Basın ve yayın yolu ile deyiminden; her türlü yazılı, görsel, işitsel ve elektronik kitle iletişim aracıyla yapılan yayınlar*” (TCK m. 6/1-g) kastedilmekteydi. Kadük kalan tasarıda da düşünülen değişiklik, 6352 sy. kanunla gerçekleştirilmiş ve söz konusu ağırlatıcı neden TCK'nın 285. maddesinden çıkarılmıştır. Yurtcan, Adalet Bakanlığında hazırlanan, 6352 sy. kanunun “*siyasal iktidar*”ın basın ve yayın organlarına karşı attığı büyük bir geri adım olduğu görüşündedir¹⁰⁸¹.

Diğer yandan kadük kalan tasarıda veya hükümet tasarısında yer almayan bir ağırlatıcı neden, madde metnine 6352 sy. kanunun hazırlık çalışmaları sırasında alt komisyonda eklenmiş ve Adalet Komisyonu tarafından da benimsenmiştir. Söz konusu TCK m. 285/4 hükmüne göre; bu suçun kamu görevlisi tarafından görevinin sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlenmesi halinde, ceza yarısına kadar artırılacaktır. Burada TCK 277/2'de temas ettiğimiz ifade yanlışlığı tekrarlanmıştır, madde metninde “*yarısına kadar*” yerine “*yarı oranında*” denilmesi gerekirdi.

Karşılaştırmalı hukukta Fransız Ceza Kanunu'nun 226-13. maddesinde düzenlenen meslek sırrının açıklanması suçunun yaptırımı 1 yıl hapis cezası ve 15000 avro para cezası olarak öngörülmüştür¹⁰⁸². Diğer yandan FCK m. 434-7-2'ye göre soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun yaptırımı 2 yıl hapis ve 30000 avro para cezasıdır. Şu kadar ki Fransız CMK'nın 706-73. maddesi kapsamındaki 10 yıl hapis cezasını gerektiren organize bir suça ilişkin soruşturmanın gizliliği ihlal edildiği takdirde suçun cezası 5 yıl hapis ve 75000 avro para cezasıdır. Belçika Ceza Kanunu'nun 458. maddesinde düzenlenen meslek sırrının açıklanması suçunun yaptırımı ise 8 günden 6 aya kadar hapis ve 500 avrodan 2500 avroya kadar para

¹⁰⁸¹ Yurtcan, “TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi”

¹⁰⁸² Fransız Ceza Kanunu'nun ilgili hükmü için bkz.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&idArticle=LEGIARTI000006417944&dateTexte=&categorieLien=cid> ET: 11.01.2012

cezasıdır¹⁰⁸³. Belçika Ceza Kanunu'nun 460ter maddesinde düzenlenen suçun cezası ise, 8 günden 1 yıla kadar hapis cezası veya 2500 avroya kadar para cezası şeklinde seçimlik olarak düzenlenmiştir¹⁰⁸⁴. Görüldüğü gibi Türk hukukunda soruşturmanın gizliliğini ihlalin yaptırımının hapis cezasının üst sınırı bakımından oldukça yüksek olduğu söylenebilir. Kanımızca 6352 sy. kanunla suç seçenekli bir yaptırıma bağlanırken aynı zamanda hapis cezasının üst sınırının da daha aşağıya çekilmesi gerekirdi. Nitekim Yurtcan'a göre de¹⁰⁸⁵; *“Seçimlik ceza ceza hukukunun kullandığı bir araçtır. Ancak hapis cezasının 1-3 yıl hapis makasında düşünülmesinin yanına seçimlik ceza olarak adli para cezasının yerleştirilmesi, cezadaki orantılılık ilkesini zedeler.”* Biz de yazarın bu görüşüne aynen katılıyoruz. Kanımızca burada 6352 sy. kanunla BsK m. 19/1 yürürlükten kaldırılırken, bu suçun yalnızca adli para cezası olarak öngörülen yaptırımı TCK m. 285'e seçimlik bir ceza olarak ve orantılılık ilkesine özen gösterilmeksizin ihraç edilmiştir.

M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı

Bu suçun soruşturması da Cumhuriyet Savcılığı tarafından genel hükümlere göre re'sen yapılır. Zira yukarıda açıkladığımız gibi bu suç özgü bir suç olmakla birlikte failinin mutlaka kamu görevlisi olması şart değildir. Ayrıca bu kapsamda Cumhuriyet Savcısı'nın görev ve yetkilerinin düzenlendiği CMK m. 161'in 5. fıkrasının; *“Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri, en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.”* hükmüne temas etmek gereklidir. Bu hükme göre soruşturmanın gizliliğinin Cumhuriyet Savcısı tarafından görevlendirilen ve maddede sayılan istisnalar kapsamında olmayan kamu görevlileri tarafından ihlal edilmesi halinde, bu kişiler hakkında doğrudan Cumhuriyet Savcılığı tarafından soruşturma

¹⁰⁸³ Deltour/Gallez, **a.g.e.**, partie 3: les sources du journaliste, s. 27

¹⁰⁸⁴ **A.g.e.**, “partie 3 les sources du journaliste”, s. 24

¹⁰⁸⁵ Yurtcan, “TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi”

yapılacaktır. Bu kişilere örnek olarak “*adli kolluk*” görevlileri ile Cumhuriyet Savcısı tarafından görevlendirilen yazman, yazı işleri müdürü gibi kamu görevlileri sayılmıştır¹⁰⁸⁶. Kanımızca bu kişiler CMK m. 139’a göre görevlendirilen “*gizli soruşturmacı*” dahil, soruşturma kapsamında Cumhuriyet Savcılığı tarafından görevlendirilen bütün kamu görevlileri olabilir. Yargıtay’a göre jandarma üst çavuş en üst dereceli kolluk amiri değildir¹⁰⁸⁷. Öztürk/Erdem’e göre maddedeki istisna kapsamındaki en üst dereceli kolluk amirleri CMK bir il veya ilçede değil tüm Türkiye’de geçerli olduğuna göre; emniyet genel müdürü, jandarma genel komutanı, gümrük muhafaza müsteşarı ve sahil güvenlik komutanı olmak üzere dört tanedir¹⁰⁸⁸. Donay’a göreyse maddede en üst düzey kolluk amirleri hakkında böyle bir istisnaya yer verilmesi gerekli olmadığı gibi bunların kimler olduğu da belli değildir¹⁰⁸⁹. Özbek’e göre de¹⁰⁹⁰, CMK’nın ilk halinde bulunmayan ve henüz yürürlüğe girmeden önce 5353 sy. kanunla değiştirilen bu hükümle kolluk amirlerinin yeniden koruma altına alınması yerinde olmamıştır. Gerçekten her ne kadar ülkemizde adli kolluğun kurulduğu söylenerek bu hükmün olumlu tarafları övülse de¹⁰⁹¹, ülkemizde gerçek anlamda bir adli kolluk teşkilatının kurulmadığı¹⁰⁹² açıktır. Bu şartlar altında özellikle maddedeki istisnalar kapsamında kalan kişiler tarafından gerçekleştirilen soruşturmanın gizliliğini ihlal fiillerinin, doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturulamaması, soruşturmanın gizliliği ilkesiyle korunmak istenen hukuksal değer olan masumiyet karinesine özel kişilerin verebileceği zarardan daha büyük zarar verilmesi tehlikesini ortaya çıkarmaktadır.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun savcılar veya hakimler tarafından işlenmesi halindeyse HSK’nın 82 ila 92. maddelerinde düzenlenen soruşturma ve kovuşturma usulüne göre soruşturma ve kovuşturma yapılır. Bu suçun avukat tarafından işlendiği şüphesi halinde, 1136 sy. Avukatlık Kanunu’nun 58 vd. maddelerindeki soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulanması gereklidir¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁶ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4360

¹⁰⁸⁷ Yargıtay 4. CD E. 2006/8658 K. 2007/1751 T. 20.02.2007

¹⁰⁸⁸ Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s. 301-302

¹⁰⁸⁹ Donay, **CMK Şerhi**, s. 277-278

¹⁰⁹⁰ Özbek, **CMK İzmir Şerhi**, s. 691-692

¹⁰⁹¹ Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s. 300-303

¹⁰⁹² Donay, **CMK Şerhi**, s. 280

¹⁰⁹³ Aynı yönde bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8098

Bu suç bakımından da görevli mahkeme 5235 sy. kanununun 11. maddesine göre asliye ceza mahkemesidir. Ayrıca yine suçun basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde BsK m. 27/1'e göre de asliye ceza mahkemesi görevli olacaktır. Şu kadar ki bu durumda BsK m. 27/2'ye göre, o yerde asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi varsa davalar iki numaralı olan asliye ceza mahkemesinde görülecektir.

TCK m. 66/4 hükmüne göre zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde “*suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı*” göz önünde bulundurulacaktır. TCK m. 66/1-e bendine göre bu suçun cezasının üst sınırı beş yıldan az olduğu için bu suç bakımından dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Zira TCK m. 66/3 hükmüne göre suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali göz önünde bulundurulsa bile bu suçtan dolayı verilebilecek hapis cezasının azami süresi 4,5 yılı geçemeyecektir.

III. Kapalı Duruşmanın Gizliliğini İhlal Suçu

A. Genel Olarak

Bu suç TCK'nın 285. maddesinin 3. fıkrasında¹⁰⁹⁴ aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“(3) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.”

Ayrıca 12.01.2011 tarihinde kabul edilen ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sy. yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun aleniyet ilkesi ve bunun istisnası olan gizliliğin düzenlendiği 28. maddesinin son fıkrasıyla, “*Hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları hususunda uyarır ve Türk Ceza Kanununun gizliliğin ihlâline ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar ederek bu hususu tutanağa geçirir.*”

¹⁰⁹⁴ 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce TCK m. 285'in ikinci fıkrası olarak düzenlenen bu suç tipinde, üçüncü fıkraya kaydırılması dışında söz konusu kanunla herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

şeklinde bir düzenleme getirilmiş olup, suçun kapsamı böylece hukuk muhakemesini de içine alacak şekilde genişletilmiştir. Bu düzenlemenin bu şekilde yapılmış olması eleştirilebilir. Zira HMK m. 28/4 aslında eksik bir ceza normudur¹⁰⁹⁵ çünkü tipe uygun eylem unsuru HMK’da düzenlenmiş olup, yaptırımını için TCK m. 285’e atıf yapılmıştır. Gerçekten HMK’da öngörülen duruşmanın aleniyeti ilkesinin istisnası ve bu istisnanın ihlalinin yaptırımını TCK m. 285/3 ile ilgilidir. Bu yüzden bu suçu da 285. maddenin 3. fıkrasında öngörülen kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçu kapsamında inceleyeceğiz.

Karşılaştırmalı hukukta da duruşmaların kapalı yapılacağı haller bakımından bir takım yayın yasakları öngörülmüştür. Örneğin Belçika hukukunda duruşmanın yayınlanması ile ilgili üç tane yasak söz konusudur. Belçika hukukunda, kapalı duruşmanın yayınlanması, Gençliğin Korunması Hakkında Kanun’un 80. maddesi kapsamında küçüklerin ve Belçika Ceza Kanunu’nun 378bis maddesi kapsamında cinsel taciz veya tecavüz mağdurlarının kimliklerinin yayınlanması ve Adli Kanunun (Code judiciaire) 1270 ve 1306. maddeleri kapsamında boşanma ve belirli bir sebeple ayrılığa ilişkin duruşmaların yayınlanması yasaklanmıştır¹⁰⁹⁶. Fransız hukukunda da FBsK’nın 39. maddesine göre, şerefe ilişkin davaların içeriklerinin açıklanması, yüklenen suç kişinin özel hayatıyla ilgiliyse, 10 yıldan daha önce cereyan etmiş olaylara ilişkinse, affa veya zamanaşımına uğramışsa veya davanın sonucunda kurulan mahkûmiyet hükmü memnu hakların iadesi veya yargılamanın yenilenmesi sonucu silinmişse yasaktır. Aynı düzenleme ile soybağına, nafakaya, boşanmaya, ayrılığa, evliliğin butlanına, kürtaja ilişkin davaların duruşma içeriklerinin açıklanması ve bu yargılamalara ilişkin belgelerin yayınlanması da yasaklanmıştır¹⁰⁹⁷. Yine Fransız hukukuna göre duruşmanın kapalı yapıldığı hallerde, bu kapalı duruşmaya tek başlarına kabul edilmiş olmadıkça, gazeteciler kapalı duruşmanın içeriğini açıklayamazlar¹⁰⁹⁸. Ayrıca Fransız hukukunda çocuk suçluluğuna ilişkin 2 Şubat 1945 tarihli kanun hükmünde kararnamenin 14. maddesinde öngörülen düzenlemeye göre; çocuk mahkemelerinin duruşma tutanaklarının, kitapta, radyoda, sinemada yayınlanması veya herhangi başka bir biçimde yayını yasaktır¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁵ Hakeri, **a.g.e.**, s. 52

¹⁰⁹⁶ Lemmens, **a.g.e.**, s. 442

¹⁰⁹⁷ Derieux, **a.g.e.**, s. 539

¹⁰⁹⁸ **A.g.e.**, s. 550

¹⁰⁹⁹ **A.g.e.**

B. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Yaşar/Gökcan/Artuç'a göre bu suçla korunan hukuksal değer, duruşmaların kapalı yapılmasındaki kamu yararı ile masumiyet karinesinin ve kişilerin lekelenmeme haklarının korunması gibi yararları içeren adil yargılanma hakkıdır¹¹⁰⁰. Meran'a göre de¹¹⁰¹ bu suçun koruduğu hukuksal değerler, masumiyet karinesi, yargı makamlarının doğruluk, dürüstlük çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşmalarının olanaklı kılınması, kovuşturmada görev alanların her türlü hukuka aykırı baskı ve etkiden uzak görev yapmalarının sağlanmasıdır. Yurtcan'a göre ise bu suçla korunması amaçlanan hukuksal değer lekelenmeme hakkı¹¹⁰², dolayısıyla masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkıdır.

Biz de bu suçla korunan başlıca hukuksal değerın masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkı olduğunu düşünüyörüz. Bununla birlikte kanımızca kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçü kapsamında tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık bakımından bir değerlendirme yaparsak, suçla korunan hukuksal değerler, tanıkların ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nda ayrıntılı olarak gösterilen yakınlarının hayatları, beden bütünlükleri veya malvarlıklarına ilişkin haklarına kadar oldukça geniş bir yelpazede ele alınabilir.

Örneğin Fransız hukukundaki duruşmaların gizliliğine ilişkin düzenlemelerle sanık haklarının yanında kişilerin özel hayatı¹¹⁰³, adaletin selameti, kamu düzeni ve aynı zamanda davalarla ilgili bireylerin ve bunların aileleri veya yakınlarının hakları gibi pek çok hukuksal değerın korunmaya çalışıldığına işaret edilmiştir¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8092

¹¹⁰¹ Meran, **a.g.e.** , s. 353

¹¹⁰² Yurtcan, "TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi"

¹¹⁰³ Derieux, **a.g.e.** , s. 539

¹¹⁰⁴ **A.g.e.** , s. 550

C. Suçun Konusu

1. Ceza Muhakemesi Bakımından

Ceza muhakemesi bakımından suçun konusu, kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki¹¹⁰⁵ ya da suçun oluşması için aleniyetin aranmadığı hal bakımından tanığın korunmasına ilişkin alınan bir gizlilik kararının uygulandığı duruşmadaki açıklama veya görüntülerdir. Yurtcan'a göre¹¹⁰⁶, duruşmada yapılan herhangi bir açıklamadan daha önemli olan kararları da “*Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntüler*” kapsamında anlamak gereklidir. Tabii ki CMK'nın 182. maddesinin 3. fıkrası gereği duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm mutlaka açık duruşmada açıklanacağından yazarın sözünü ettiği kararlar bunların dışında kalan ara kararlardır.

TCK m. 285/3'ün ilk cümlesi ile ikinci cümlesi birbiriyle bağlantılı olarak düzenlenmiştir. Suçun oluşması için aleniyetin aranmadığı ikinci cümle aynen şu şekildedir; “*Ancak, bu suçun oluşması için tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.*” Bize göre bu cümlede “*bu suçun...*” ifadesi ile kastedilen suç şüphesiz ki, ilk cümlede düzenlenen kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçudur. Bunun sonucu olarak, “*tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararı*”nı suçun önşartı olan duruşmayı da göz önüne alarak ve tanığın duruşmada korunması ile sınırlı olarak anlamak ve uygulamak gereklidir. Bize göre aksi bir kabul amaca aykırı olacağı gibi, kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından da büyük sakıncaları beraberinde getirecektir. Nitekim tanıkların korunmasına ilişkin hususlar CMK'nın 58. maddesinde ve 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nda düzenlenmiştir. Ancak Tanık Koruma Kanunu'nda yer alan tedbirler oldukça geniş bir yelpazede yer almakta olup, CMK m. 58/4 gereği tanıklık görevinin yapılmasından sonra tanığın korunmasına yönelik pek çok tedbire de bu kanunda yer verilmiş ve bunlar bakımından da gizlilik yükümlülüğü öngörülmüştür. Kanımızca suçun kapsamını bu denli geniş anlamak kanunilik ve belirlilik ilkeleri karşısında ve TCK'nın suçta ve

¹¹⁰⁵ Meran, **a.g.e.**, s. 354

¹¹⁰⁶ Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliye Karşı Suçlar**, s. 92

cezada kanunilik ilkesini düzenleyen ikinci maddesinin son fıkrasında açıkça düzenlenen kıyas ve genişletici yorum yasakları karşısında mümkün değildir.

Bu bağlamda tanıkların duruşmada dinlenmesi ve duruşma ile ilgili olarak korunmasına ilişkin hususlar CMK'nın 58. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiş bulunmaktadır. Nitekim 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu m. 9/1'de de; bu kanun hükümlerine göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında CMK'nın 58. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanması öngörülmüştür. CMK m. 58/2'ye göre; *“Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.”* Yine CMK m. 58/3'de de; *“Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır.”* hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeleri bir bütün olarak göz önüne aldığımızda TCK m. 285/3 uygulaması bakımından, kimliği saklı tutulan tanığın tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğuna ilişkin açıklamaları, tanığın dinlenmesi sırasında yapılan ses ve görüntülü aktarma ve sorulan sorular özetle bu şekilde kapalı yapılan duruşmalardaki bütün açıklama ve görüntüler suçun konusu olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte kapalı duruşmada tanık olarak dinlenecek kişilerin kimlik bilgileri ve muhafaza edilen diğer kişisel bilgileri kapalı duruşmada açıklanmayacağı, tam tersine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edileceğine göre, bunların açıklanması halinde bu suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir. Bu bilgilerin gizliliğinin soruşturma aşamasında ihlali zaten TCK m. 285/2'deki suçu oluşturacak ve bu suçun oluşması için aleniyetin gerçekleşmesi aranmayacaktır. Bununla birlikte bu bilgilerin gizliliğinin kovuşturma aşamasında ihlal edilmesi halinde gerek TCK m. 285/2 gerekse TCK m. 285/3'deki suçların oluşmayacağını düşünüyoruz. Kanun koyucunun amacı bu olmasa bile kanunilik ve

belirlilik ilkeleri gereğince, bu fiilin maddenin şu anki kaleme alınış tarzıyla bu suçları oluşturacağını kabul etmemek gereklidir.

2. Hukuk Muhakemesi Bakımından

Hukuk muhakemesi bakımından HMK m. 28/4'e göre suçun konusu gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanların o yargılamayla ilgili edindikleri bilgilerdir. HMK m. 28/2'ye göre duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut re'sen mahkemece karar verilebilir. Ayrıca HMK m. 28/3 hükmü gereği tarafların gizlilik talebinin ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde gizli duruşmada incelenip karara bağlanması öngörüldüğünden bu talebin incelendiği gizli duruşmanın ve kararın içeriğiyle gerekçesi de suçun konusu kapsamındadır. HMK m. 28/3'e göre hâkim, bu kararının gerekçelerini, esas hakkındaki kararı ile birlikte açıklayacaktır. Bununla birlikte HMK m. 28 düzenlemesine göre; duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına re'sen mahkemece karar verildiği durumlarda, bu karar verilirken gizli duruşma söz konusu olmayacağından bu karar ve gerekçesinin suçun konusu kapsamında olmadığı söylenmelidir.

D. Suçun Faili

CMK'nın 187. maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Kapalı duruşmada mahkeme, bazı kişilerin hazır bulunmasına izin verebilir. Bu hâlde adı geçenler, duruşmanın kapalı olmasını gerektiren hususları açıklamamaları bakımından uyarılırlar ve bu husus tutanağa yazılır.*” Donay'a göre, kapalı duruşmada mahkemenin hazır bulunmasına izin vereceği bu kişiler yasada açıkça belirtilmemiş, bu konuda takdir yetkisi mahkemeye bırakılmıştır¹¹⁰⁷. Bu kişilere örnek olarak hakim veya avukat stajyerleri¹¹⁰⁸, zabıt katibi, mübaşir¹¹⁰⁹, sanığın yakın akrabaları¹¹¹⁰ gibi kişiler verilmektedir. Gerçekten özellikle hakim ve avukat stajyerleri bakımından CMK m. 227/2'nin; “*Mahkeme başkanı, mahkemesinde staj yapmakta olan hâkim ve avukat*

¹¹⁰⁷ Donay, **CMK Şerhi**, s. 311

¹¹⁰⁸ Parlar/ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4358; Donay, **CMK Şerhi**, s. 311; Özbek/ Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 773

¹¹⁰⁹ Donay, **CMK Şerhi**, s. 311

¹¹¹⁰ Özbek/ Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 773

adaylarının müzakere sırasında hazır bulunmalarına izin verebilir.” şeklindeki düzenlemesinin kıyasen uygulanması neticesinde bu imkanın kapalı duruşmalar bakımından da söz konusu olabileceği söylenmiştir¹¹¹¹. Bize göre de müzakereye bile katılmasına izin verilebilecek olan hakim ve avukat stajyerlerinin kapalı duruşmalara katılabilmesine evleviyetle izin verilebilmesi gerekir, şüphesiz her durumda takdir yetkisi mahkemeye ait olacaktır. Donay’a göre; CMK’nın 188. maddesi gereğince duruşmada hazır bulunması zorunlu kişileri CMK m. 187/1 hükmünün dışında tutmak gerekeceği açıktır¹¹¹².

HMK’nın 28. maddesinin son fıkrasında da CMK m. 187/1’e benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre; *“Hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları hususunda uyarır ve 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar ederek bu hususu tutanağa geçirir.”*

Söz konusu bu düzenlemeler bakımından duruşmanın gizliliğini ihlal suçunun özgü bir suç olarak düzenlendiği söylenebilir. Zira gizlilik bir başka deyişle adli sır saklama yükümlülüğü yalnızca kapalı duruşma/gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunması zorunlu olan veya mahkeme/hakim tarafından hazır bulunmasına izin verilerek bu husus tutanağa geçirilmek suretiyle ihtar edilen/uyarılan kişiler bakımından söz konusu olabilecek ve sadece bu kişiler suçun faili olabilecektir. Bu suç özgü bir suç olmakla birlikte failinin mutlaka kamu görevlisi olması zorunlu değildir. Ceza muhakemesinde sanığın veya mağdurun, hukuk muhakemesinde ise tarafların yakınları veya yakın akrabaları kapalı/gizli duruşmada bulunmasına izin verilen kişilerden olabilirler. Tüzel kişiler suç faili olamayacakları gibi, özel bir düzenleme olmadığı için bu suç sebebiyle tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması da mümkün değildir.

¹¹¹¹ A.g.e. , s. 773-774

¹¹¹² Donay, CMK Şerhi, s. 311

E. Suçun Mağduru

Meran'a göre bu suçun mağduru masumiyet karinesi ihlal olunan kişi veya korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararı ihlal olunan tanıktır¹¹¹³. Diğer yandan Ünver'e göre¹¹¹⁴; suçla korunan hukuksal değer olan adil yargılanma hakkı gizliliği ihlal edilen konunun ilişkin olduğu kimseye ait olmayıp, o kimse o duruşmada suçtan zarar gören olabilir çünkü korunan hukuksal değer olan adil yargılanma hakkının taşıyıcısı adliyedir. Bize göre bir suçun mağduru ancak gerçek kişiler olabileceğinden, bu suçun mağduru toplumu oluşturan bütün bireylerdir. Somut olayda gerçek veya tüzel kişiler bu suçtan zarar gören olabileceği gibi, adliye yani devlet de ancak suçtan zarar gören olabilir¹¹¹⁵.

F. Suçun Önşartı

1. Genel Olarak

Ceza muhakemesi bakımından bu suçun önşartı “*Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşma*”, aleniyetin aranmadığı ikinci fıkra bakımından da “*tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararının verildiği ve uygulandığı duruşma*”dır. HMK m. 28/4’de düzenlenen suç bakımındansa önşart; “*tamamının veya bir kısmının gizli olarak yapılmasına karar verilmiş bir duruşma*”dır. Kanımızca 6352 sy. kanundan önce TCK m. 285’in gerekçesi her ne kadar ağırlıklı olarak ceza muhakemesinden bahsetse de; kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçundaki “*kanuna göre*” ifadesiyle kastedilen kanunun yalnızca CMK olduğu açık değildi. Zira ilgili fıkranın gerekçesi de fıkranın aynen tekrarından ibaret olup, bu hususu açıklığa kavuşturmamaktaydı. Bununla birlikte HMK m. 28/4 gibi eksik ceza normları bile belirlilik ilkesi bakımından eleştiriye açıkken, usul kanunları kapsamında kapalı yapılacak bütün duruşmaları bu suçun önşartı kapsamında kabul etmek de kıyas ve genişletici yorum yasakları karşısında mümkün değildi. Yine de herhangi bir belirsizliğe imkan vermemek bakımından, 6352 sy. kanundan önce bu hususta gerekçede de yer

¹¹¹³ Meran, **a.g.e.** , s. 353-354

¹¹¹⁴ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 351-352

¹¹¹⁵ Meran, **a.g.e.** , s. 354

almayan açıklığın, hiç olmazsa 6352 sy. kanunun söz konusu suça ilişkin gerekçesinde “*kovuşturma evresinde kapalı oturumlarda yapılan açıklamalar ile görüntülerin gizliliğinin ihlali*” ifadesiyle sağlanması olumludur.

Bir tanıma göre duruşma; “*davacı ile davalının yargıç karşısında hazır buldukları yargılama evresi, mahkeme, murafaa*”, ceza muhakemesi bakımından verilen bir başka tanıma göreyse, “*Sanığın üstüne atılan suçu işleyip işlemediğini saptamak üzere, yanların hazır buldukları sırada yüzlerine karşı sözlü olarak yargılama yapılması ve yargılamayı yargı ile sonuçlandırarak işlemlerin tümü*”dür¹¹¹⁶.

Hukuk sözlüğünde duruşma¹¹¹⁷; “*oturum, celse, cilse, murafaa, oturumda (celsede) yapılan soruşturma işlemi, kural olarak mahkeme önünde olan oturumlar*” olarak ifade edilmiştir.

2. Ceza Muhakemesinde Duruşma ve Kapallığı

CMK'nın “*Ara verme*” kenar başlıklı 190. maddesinin 1. fıkrasına göre duruşmaya, ara verilmeksizin devam edilerek hüküm verilir. Ancak, zorunlu hâllerde davanın makul sürede sonuçlandırılmasını olanaklı kılacak surette duruşmaya ara verilebilir. Duruşmaya ara verildiği bu gibi durumlarda, duruşmanın aralarla birbirinden ayrılan her bir bölümüyse oturumdur. Dolayısıyla oturuma ara verilmesi ile duruşmaya ara verilmesi de farklı anlamlara gelmektedir. Örneğin CMK m. 29/2'nin; “*...hâkimin oturum sırasında reddedilmesi hâlinde, bu konuda bir karar verilebilmesi için oturuma ara vermek gerekse bile ara vermeksizin devam olunur.*” şeklinde düzenlenmesinde özellikle oturuma ara verilmemesi düzenlenmiş olup, bu durum duruşmaya ara verilmesi ile birbirine karıştırılmamalıdır.

Bu bağlamda Ünver, TCK m. 285/3'de kullanılan “*duruşma*” terimini amaca aykırı ve anlatım gücü açısından yanıltıcı ve eksik bulmakta, bu konuda madde metnine sıkı sıkıya bağlı lafzi bir yorum yapılmaması gerektiğini savunmaktadır¹¹¹⁸. Yazara göre her zaman duruşmanın değil, bazen sadece bir oturumun/celsenin kapalı

¹¹¹⁶ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

¹¹¹⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 215-216

¹¹¹⁸ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 348

yapılmasına karar verilir veya karar olmasa dahi sadece o oturum/celse gizli yapılmak zorundadır. Bize göre kanunun duruşma terimini kullanması, kapalı yapılan oturumları dışladığı anlamına gelmemektedir. Duruşma terimi Anayasa ile de CMK ile de uyumlu bir terimdir. Lafzi bir yorum yapılsa bile uygulamada tek oturumda yapılan duruşmaya pek rastlanmamakta ve duruşmanın birden fazla oturumdan oluşabileceği/oluştugu CMK'nın “*oturum*”dan söz edilen ilgili pek çok maddesinde de açıkça ortaya konulmaktadır. Yine CMK m. 182/2’de “*duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılması*”ndan söz edilmesinden, duruşmanın kısımlara bölünmeye elverişli olduğu ortaya konmaktadır. İşte duruşmanın ara verme ile birbirinden ayrılan kısımları CMK anlamında “*oturum*”dur. Özetle “*oturum*” kavramı, CMK anlamında “*duruşma*” kavramına dahil olup, TCK m. 285/3’de düzenlenen suçun önşartı anlamında duruşma kavramı da “*oturum*” kavramını kapsamaktadır. Bu anlamda maddeyi eleştirmekle birlikte, Ünver de duruşmanın oturumu/celseyi de kapsadığı mantığıyla bir celsenin/oturumun kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen hallerde de bu suçun oluşacağı kanısındadır¹¹¹⁹.

Ceza muhakemesi bakımından duruşma¹¹²⁰, “*duruşma hazırlığı devresinde saptanan günde, yetkili mahkemenin duruşma salonunda tanık ve bilirkişi yoklamasıyla başlayıp, hükme iştirak edecek hakim veya hakimlerin huzuru, zabıt katibinin yerini alması, savcı ve kural olarak, sanığın ve müdafinin katılımıyla ara vermeksizin, halka açık ve sözlü olarak cereyan eden, delillerin ikame edilip tartışılması suretiyle maddi gerçeğe ulaşılmaya çalışılan ve son sözün sanığa verilmesiyle sona eren, kovuşturma safhasının en önemli devresi*” olarak tanımlanmıştır. Şüphesiz bu tanım duruşmayı genel olarak ortaya koymakta, bütün yönleriyle ortaya koymamaktadır. Örneğin bazı duruşmalarda¹¹²¹ savcı bulunmaz, yine sanığın veya müdafinin duruşmada bulunması zorunluluğunun istisnaları

¹¹¹⁹ **A.g.e.**

¹¹²⁰ Öztürk/Erdem, **a.g.e.**, s. 733

¹¹²¹ CMK 188/2’ye göre sulh ceza mahkemesi önündeki duruşmalarda savcı bulunmaz. Ayrıca 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 26. maddesiyle CMK’nın yürürlük kanununa eklenen geçici 3. maddeyle “*1/1/2014 tarihine kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz ve katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz. Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.*” hükmü getirilmiştir. Asliye Ceza Mahkemesi önündeki duruşmalarda da savcı bulunmaması yönündeki bu geçici değişiklik itham sistemiyle bağdaşmayıp tahkik sistemini anımsatması ve ceza muhakemesinin diyalektiğiyle gösterdiği uyumsuzluk sebebiyle eleştirilmektedir.

mevcuttur, ayrıca duruşma kural olarak halka açıktır, ancak bunun da istisnaları hatta duruşmanın zorunlu olarak kapalı yapıldığı haller de vardır. İşte bu suç duruşmanın açıklığının istisnası olan hallerde, bu hallerin ihlalinin yaptırımını düzenlemektedir.

Yukarıdaki bölümde ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi adil yargılanma hakkının bir unsuru olan duruşmanın açıklığı İHAS'ın 6. maddesinin 1. fıkrasıyla hem medeni haklara ilişkin davalar hem de ceza davaları bakımından teminat altına alınmıştır. Ayrıca Anayasamızın “*Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması*” kenar başlıklı 141. maddesine göre de; “*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.*”

Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur. (...)”

Duruşmanın açıklığı hem CMK'nın “*Duruşmanın Açıklığı*” kenar başlıklı 182. maddesinde, hem de HMK'nın “*Aleniyet ilkesi*” kenar başlıklı 28. maddesinde düzenlenmiştir. CMK m. 182/1'e göre; “*Duruşma herkese açıktır.*” HMK'nın 28. maddesinde ise açıklıktan değil aleniyetten söz edilmiştir. HMK m. 28/1'e göre duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir.

CMK'nın 185. maddesine göre duruşmanın zorunlu kapalılığı, Anayasamızın 141. maddesinin 2. fıkrasının da bir yansıması olarak onsekiz yaşından küçükler bakımından öngörülmüştür. Bu hükmeye göre sanık, onsekiz yaşını doldurmamış ise duruşma kapalı yapılacak, hüküm de kapalı duruşmada açıklanacaktır. Ayrıca CMK'nın “*Devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklık*” kenar başlıklı 47. maddesinin 2. fıkrasına göre; “*Tanıklık konusu bilgilerin Devlet sırrı niteliğini taşıması halinde; tanık, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zâbıt kâtibi dahi olmaksızın dinlenir. Hâkim veya mahkeme başkanı, daha sonra, bu tanık açıklamalarından, sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgileri tutanağa kaydettirir.*” İşte bu düzenleme bakımından da sadece devlet sırrı niteliğindeki bilgilerle ilgili tanıklığın yapıldığı kısım ile ilgili olarak kapalılık zorunludur¹¹²². CMK 47/1'de devlet sırrı “*Açıklanması, Devletin dış ilişkilerine, milli savunmasına ve milli güvenliğine zarar verebilecek; anayasal düzeni ve dış ilişkilerinde tehlike yaratabilecek nitelikteki bilgiler*” olarak tanımlanmıştır.

¹¹²² Özbek/ Doğan, CMK İzmir Şerhi, s. 771

CMK m. 182/2 hükmüne göre; “*Genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına mahkemece karar verilebilir.*” Açıklığın kaldırılması, bir başka deyişle kapalılık mahkemenin takdirine bağlıdır ancak burada “*kesin olarak gereklilik*” arandığından, mahkeme gereklilik değerlendirmesini yaparken kapalılığın bir istisna olduğunu unutmayacak, buna göre karar verecektir¹¹²³.

CMK'nın 184. maddesine göre açıklığın kaldırılması istemine ilişkin olarak yapılacak duruşma, istem üzerine veya mahkemece uygun görülürse kapalı yapılır. Özbek/Doğan'a göre; madde metninde “*istem üzerine veya mahkemece uygun görülürse*” denildiği yani “*veya*” sözcüğü kullanıldığı için, talep edilmesi halinde mahkeme bu duruşmayı mutlaka kapalı yapmak zorundadır, bunu ayrıca uygun görmesi gerekli değildir. Açıklığın kaldırılması istemine ilişkin olarak yapılacak duruşmanın da bu şekilde kapalı yapılması halinde, duruşmanın gizliliğini ihlal suçunun önşartı anlamında kapalı yapılmasına karar verilen bir duruşma olacağı kuşkusuzdur.

CMK'nın 182. ve 184 maddeleri birlikte değerlendirildiğinde bize göre açıklığın kaldırılması diğer bir deyişle duruşmanın kapalı yapılması mahkemenin takdirine bağlı olmakla birlikte taraflarca da talep edilebilir. Her ne kadar 182. maddede bu konuda bir açıklık yoksa da, 184. madde düzenlemesinde “*açıklığın kaldırılması istemi*”nden söz edilmesi buna işarettir. Nitekim Donay da¹¹²⁴ “*kimliğinin kamuoyundan gizlenmesi amacıyla hakkındaki duruşmanın kapalı yapılmasını isteyen kişiler*”den ve bu kişilerin açıklığın kaldırılması hakkındaki duruşmanın da kapalı yapılmasını talep edebileceklerinden söz etmektedir. Yazara göre bu istemde bulunabilecek kişiler sanık ve katılındır.

CMK'nın 186. maddesine göre açıklığın kaldırılması kararı, nedenleriyle birlikte tutanağa geçirilecektir. Yine CMK m. 182/3'e göre; duruşmanın kapalı yapılması konusundaki gerekçeli karar ile hüküm açık duruşmada açıklanacaktır. Bu iki madde birlikte değerlendirildiğinde kapalılık kararının tutanağa geçirilen gerekçesinin açık bir duruşmada açıklanmasının zorunlu olduğu, ancak bu açık duruşmanın mutlaka hükmün açıklandığı duruşma olmasının zorunlu olmadığı

¹¹²³ A.g.e. , s. 763

¹¹²⁴ Donay, CMK Şerhi, s. 309

söylenmelidir. Gerçekten CMK’da bu konuda bir kesinlik yoktur. Bu açık duruşma, açıklığın kaldırılması istemine ilişkin olarak yapılacak duruşmanın açık yapılması halinde bu duruşma olabileceği gibi, daha sonra açık yapılan başka bir duruşma veya hükmün açıklandığı duruşma da olabilir.

CMK’nın “*Kapalı Duruşmada Bulunabilme*” kenar başlıklı 187. maddesinin 3. (son) fıkrasında ise açık duruşmalarla ilgili söz konusu olabilecek bir yayım yasağı düzenlenmiştir. Söz konusu fıkra göre; “*Açık duruşmanın içeriği, millî güvenliğe veya genel ahlâka veya kişilerin saygınlık, onur ve haklarına dokunacak veya suç işlemeye kışkırtacak nitelikte ise; mahkeme, bunları önlemek amacı ile ve gerektiği ölçüde duruşmanın içeriğinin kısmen veya tamamen yayımlanmasını yasaklar ve kararını açık duruşmada açıklar.*” Hükmün ifade tarzından, sayılan şartların varlığı halinde yayım yasağı konulmasının zorunlu olduğu sonucu çıkmaktadır. Ancak sözü edilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini ya da ne ölçüde gerçekleştiğini takdir edecek ve buna uygun olarak yayım yasağının boyutunu belirleyecek olan yine mahkemedir¹¹²⁵.

Ceza muhakemesi bakımından suçun önşartının “*Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşma*” olması karşısında CMK m. 187/3 hükmünün ihlali halinde bize göre duruşmanın gizliliğini ihlal suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmaya açıktır. Zira CMK’nın söz konusu maddesinin başlığı her ne kadar kapalı duruşmadan söz ediyor olsa da, maddenin son fıkrası açık duruşmanın içeriğine ilişkin kısmen veya tamamen mahkemece konulacak yayım yasağını düzenlemektedir. Bizce bu durum kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından sakıncalı ve tartışmaya açık bir durumdur. TCK m. 285/3 ile korunması amaçlanan hukuksal değer ve maddenin “*ratio legis*”i bağlamında düşünüldüğünde, CMK m. 187/3 hükmünün ihlalinin de bu suç kapsamına girmesi gerektiği söylenebilir. Bununla birlikte hem CMK’nın hem de TCK’nın söz konusu ilgili maddelerinin birbirleriyle yeterli uyum içinde ve özenle kaleme alınmamış olması karşısında, bize göre kanunilik ve belirlilik ilkelerinin bir gereği olarak, gerekli düzeltmeler yapılmadığı takdirde CMK m. 187/3’ün ihlalinin bu suç oluşturmaması gerekir¹¹²⁶.

¹¹²⁵ Özbek/ Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 774

¹¹²⁶ Kaldı ki CMK m. 187/3 hükmü bir yayım yasağı olduğundan, bunun ihlalinin suç olduğunu kabul ettiğimizde, bu suçun ancak basın ve yayım yoluyla işlenmesinin mümkün olacağı ortadadır. Bu

Kanımızca açık duruşmalar bakımından söz konusu olabilecek CMK m. 187/3'deki gibi yayım yasaklarının¹¹²⁷ ihlalinin bu suçu oluşturabilmesi için maddenin düzeltilerek yeniden kaleme alınması kanunilik ve belirlilik ilkeleri karşısında bir zorunluluktur.

Bu bağlamda bize göre işaret edilmesi gereken önemli bir husus da CMK m. 187/3 anlamında konulacak yayım yasağının Anayasa'ya uygunluğu ve anayasal temelidir. Gerçekten söz konusu yayım yasağının ihlali halinde TCK m. 285/3'deki suçun oluşacağını kabul ettiğimizde, söz konusu yayım yasağının Anayasal temelini de Anayasa m. 141. hükmü olarak kabul etmiş oluruz. Böyle bir varsayımda Anayasamızın 141. maddesinde öngörülen duruşmanın açıklığı ilkesinin ancak *“genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı”* hallerde sınırlanabilmesi karşısında, söz konusu yayım yasağı bu madde bağlamında Anayasa'ya aykırı olacaktır. Bu noktada 141. maddenin yalnızca duruşmaların *“bir kısmının veya tamamının kapalı yapılması”*ndan söz etmek suretiyle açık duruşmalarla ilgili yayım yasaklarını düzenleme kapsamı dışında bıraktığı söylenmelidir. Gerçekten söz konusu yayım yasağına ilişkin düzenlemenin asıl anayasal dayanağı Anayasamızın 28. maddesinin 5. fıkrasıdır. Bu hükme göre; *“Yargılama görevinin amacına uygun olarak yerine getirilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konamaz.”* İşte söz konusu yayım yasağının Anayasal dayanağı bağlamında bir değerlendirme yaptığımızda da yine, bu yasağın ihlalinin TCK m. 285/3'deki suçu oluşturmayacağı sonucuna varılması gerekecektir.

bağlamda TCK m. 285'in 6352 sy. kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde suçun basın ve yayım yoluyla işlenmesi zaten gizliliğin ihlali suçlarının bir ağırlatıcı nedeni olarak öngörüldüğünden, suçun basın ve yayım yoluyla işlenmesinin hem bu suçun unsuru hem de ağırlatıcı nedeni olarak öngörülmesi mümkün değildi. Böyle bir durumda kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal eden kişinin bunu basın ve yayım yoluyla yapmadığında, açık duruşmaya ilişkin yayım yasağını ihlal edenden daha az ceza alacağı gibi kabul edilemez bir sonuç ortaya çıkıyordu. Özetle bu gerekçeler de CMK m. 187/3'de öngörülen yayım yasağının ihlalinin TCK m. 285/3'deki suçu oluşturmayacağı görüşümüzü desteklemektedir.

¹¹²⁷ Bu kapsamda değerlendirilebilecek bir yayım yasağı 6352 sy. kanunla mülga CMK m. 252/1-e hükmünde de düzenlenmişti. Bu hükme göre mahkeme; *“...duruşmanın düzen ve disiplinini bozan sözlü veya yazılı beyan ve davranışlar ile mahkemeye, mahkeme başkanı veya üyelerden herhangi birine, Cumhuriyet savcısına, müdafie, tutanak kâtibine yahut görevlilere tahkir veya hakaret oluşturan söz ve davranışlar hakkında”* yayım yasağı koyabiliyordu. Görüşümüz doğrultusunda açık duruşma bakımından söz konusu olabilecek bu yayım yasağının ihlali halinde de, TCK m. 285/2'de düzenlenen suçun oluşması söz konusu olmayacaktı. Diğer yandan hükmün yürürlükte olduğu dönemde Donay; bir hususun disiplin bozucu veya tahkir niteliğinde olup olmadığı subjektif (özel) bir değerlendirmeyi gerektirdiğinden, kamunun haber alma hakkına getirilen bu sınırlamanın Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünü benimsemiştir. Bkz. Donay, **CMK Şerhi**, s. 410

Son olarak CMK'nın "*Duruşmada okunması zorunlu belge ve tutanaklar*" kenar başlıklı 209. maddesinin 2. fıkrasına göre sanığa veya mağdura ait kişisel verilerin yer aldığı belgelerin, açıkça istemeleri halinde, kapalı oturumda okunmasına mahkemece karar verilebilecektir. Yukarıdaki açıklamalarımız bağlamında burada sözü edilen "*kapalı oturum*", Anayasa ve TCK anlamında kapalı duruşma olarak anlaşılmalıdır. Bu yüzden, söz konusu hükme göre kapalı yapılan oturumdaki (duruşmadaki) açıklama ve görüntülerin gizliliğinin alenen ihlali halinde de TCK m. 285/3'de düzenlenen suçun oluşacağı kabul edilmelidir.

3. Hukuk Muhakemesinde Duruşmanın Gizliliği

HMK m. 28/4'de hâkimin, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları hususunda uyarması ve gizliliğin ihlali halinde TCK'nın gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağını ihtar ederek bu hususu tutanağa geçirmesi öngörülmüştür. Bize göre burada bu ihtarın yapılmış ve tutanağa geçirilmiş olması suçun önşartı kapsamındadır. Böylece söz konusu düzenlemenin eksik bir ceza normu olmasının da etkisiyle olsa gerek; suçun önşartı olan duruşmanın gizliliği, bu hususta açıkça yapılması gereken ve tutanakla belgelenen ihtara bağlanmaktadır.

G. Suçun Tipe Uygun Eylem Unsuru

1. Ceza Muhakemesi Bakımından

TCK m. 285/3'de düzenlenen suç neticesi harekete bitişik bir suçtur, ihlal edici hareket yapıldığı anda suç oluşur. Bu suç aynı zamanda bir soyut tehlike suçudur. Kanımızca 6352 sy. kanunla gizliliğin kural olduğu soruşturma evresinin gizliliğini ihlal suçu zarar (TCK m. 285/1-a), somut tehlike (TCK m. 285/1-b) ve soyut tehlike (285/2) suçu olarak düzenlenmişken, açıklığı kural olan duruşma aşamasının gizliliğinin ihlalinin soyut tehlike suçu olarak muhafaza edilmesi ve bu anlamda soruşturmanın gizliliğini ihlal suç tipiyle, kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suç tipi arasında bir uyumun gözetilmemesi, büyük bir tutarsızlık ve özensizlik olarak göze çarpmaktadır.

Gerçekten bu suç tipi bakımından duruşmanın gizliliğini ihlal edici hareket gerçekleştirildiği anda tehlikenin olduğu varsayılmakta, kabul edilmektedir. Bu anlamda duruşmanın kapalı yapılmasıyla korunmak istenen hukuksal değerlerin gerçekten bir tehlikeye maruz kalıp kalmadıkları araştırılmayacaktır. Bununla birlikte gizliliği ihlal edici hareketin yapılması sonucu ayrıca bir zarar da gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda da faile aynı ceza verilecektir, gizliliği ihlal edici hareketin yapılmasıyla bir zararın gerçekleşmesi ağırlatıcı bir neden olarak da düzenlenmemiştir. Şüphesiz ki gizliliğin ihlali neticesi ortaya çıkan zarar ayrıca başka bir suç oluşturuyorsa faile bu suçtan dolayı ceza verilebilecektir.

Yine bu suç da serbest hareketli bir suçtur¹¹²⁸, bu suçun hangi ihlal edici hareketle veya hareketlerle işlenebileceği kanunda özel olarak gösterilmemiştir. Aleniyet yani, gizliliği ihlal edici hareketin “*alenen*” yapılması bu fıkranın da ilk cümlesi bakımından bir objektif cezalandırılabilme şartı olmayıp tipe uygun eylemin bir unsurudur.

2. Hukuk Muhakemesi Bakımından

Hukuk muhakemesi bakımından bu suçun tipe uygun eylem unsuru suçun konusu olan gizli yargılama işlemleriyle ilgili bilgilerin açıklanmasıdır. Bu suç neticesi harekete bir bitişik bir suç olup ihlal edici hareket olan açıklamanın yapılmasıyla suç tamamlanır. Bu suç da soyut tehlike suçudur. Açıklamanın yapılmasıyla suç konusu açısından bir tehlikenin gerçekleştiği varsayılmaktadır. Bu suç bakımından açıklamanın alenen gerçekleştirilmesi şartı aranmamıştır. Bize göre bu durum suçun kapsamını çok genişletmektedir. HMK m. 28’in gerekçesine göre maddenin dördüncü fıkrasında müeyyidelerin ihtarı usulü düzenlenmiştir¹¹²⁹. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi gerekçeyi de dikkate aldığımızda eksik bir ceza normu olan m. 28/4’de TCK m. 285’e yapılan atıf yalnızca suçun yaptırım yönündendir. Dolayısıyla TCK m. 285/3’ün birinci cümlesinde aleniyet bu suç bakımından tipe uygun eylemin bir ögesi olarak sayılmış olduğu için bu suç bakımından aleniyetin aranmayacağı sonucuna varılabilir. Bununla birlikte bize göre TCK m. 28/4’de “5237 sayılı Türk Ceza Kanununun gizliliğin ihlaline ilişkin hükmünün uygulanacağı”ndan söz edilmesi karşısında HMK bakımından da suçun

¹¹²⁸ Ünver, *Adliye Karşı Suçlar*, s. 346

¹¹²⁹ HMK’nın gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0574.pdf> ET: 05.06.2012

cezalandırılabilmesi için aleniyetin gerçekleşmesinin aranması gerekip gerekmediği tartışılabilir. Nitekim bir kanunun yalnız diğer bir kanunun koyduğu cezaya yollama yapmayıp, suçu tarif ettikten sonra cezalandırma şartı olarak diğer bir kanun hükmüne yollamada bulunması halinde yollama yapan kanundaki unsurların gerçekleşmesinin cezalandırma için yeterli olmadığı, ayrıca yollama yapılan kanundaki hükümlerin de bir cezalandırma şartı olarak gerçekleşmiş bulunması gerektiği söylenmiştir¹¹³⁰.

H. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu kapsamında hukuka aykırılık başlığı altında yaptığımız tespitler, bu suç bakımından da geçerlidir. Diğer yandan Anayasa m. 138/3’de “*görülmekte olan bir dava*”dan söz edilmesi karşısında, kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal eyleminin yasama sorumsuzluğuna sahip bir kişi tarafından işlenmesi halinde, Anayasa m. 138/3’deki istisna kapsamında kalarak cezalandırılabilceğini düşünüyoruz.

İ. Suçun Manevi Unsuru

Bu suç da soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu gibi ancak genel kast ile işlenebilir. Failin amaç ve saiki önem taşımaz. Eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi yeterlidir. Özel bir düzenleme olmadığı için bu suçun da taksirle veya bilinçli taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bazı yazarlarca bu suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği savunulmuş¹¹³¹, diğer bazı yazarlarca da olası kastla işlenmesinin mümkün olduğu söylenmiştir¹¹³². Daha önce ifade ettiğimiz gibi bir soyut tehlike suçunun olası kastla işlenebilmesi teorik olarak çok düşük bir olasılıkla da olsa mümkündür. Bununla birlikte bir soyut tehlike suçunun olası kastla işlenebileceği yine de kabul edilmemelidir. Bu cezalandırma alanını haddinden fazla genişletecek bir kast karinesi yaratmak olur.

¹¹³⁰ Dönmezer/Erman, **a.g.e.**, c. 1, s. 136

¹¹³¹ Meran, **a.g.e.**, s. 357; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4359

¹¹³² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8097; Ünver, **Adliyyeye Karşı Suçlar**, s. 352

K. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Bu suç bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği söylenmiştir¹¹³³. Bize göre soyut tehlike suçu olarak düzenlenen bu suç bakımından hareketin parçalara bölünebildiği hallerde teorik olarak bu suçun eski TCK anlamında eksik teşebbüse elverişli olduğu söylenebilir. Kapalı duruşmadaki açıklamaların yayınlanması için bir gazeteye gönderilmek üzere postaya verilmesi ve fakat postanın gazeteye ulaşmaması klasik örneği bu suç bakımından da verilebilir. Bununla birlikte kanımızca 5237 sy. TCK'da eksik teşebbüs tam teşebbüs ayrımı ortadan kalktığı ve m. 35/2'ye göre meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre ceza verilmesi gerektiği için, bir soyut tehlike suçuna teşebbüste ortada ceza vermeye değer bir tehlikenin olmadığı sonucuna varılması daha uygundur. Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçuyla ilgili olarak da ifade ettiğimiz gibi soyut tehlike tehlikesinin cezalandırılması, cezalandırma alanını özgürlükler aleyhine alabildiğine genişletecek bir yorum olacaktır.

2. İştirak

Bu suçun özgü suç olmadığı görüşündeki Ünver'e göre¹¹³⁴; kanuni tipte özel bir düzenlemeye de yer verilmemesi karşısında suç ortaklığına ve dolaylı faillığe ilişkin hükümler bu suç hakkında da uygulanabilecektir. Bize göre bu suç da özgü bir suç olarak düzenlendiği için; özgü suçlara iştirake ilişkin yukarıda soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu ile ilgili olarak yaptığımız ayrıntılı açıklamalar, bu suç bakımından da aynen geçerlidir.

¹¹³³ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 353; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8097; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4359

¹¹³⁴ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 353

3. İçtima

a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından

285. maddede düzenlenen suçların zincirleme suç biçiminde işlenmesinin mümkün olacağı söylenmiştir¹¹³⁵. TCK'nın zincirleme suçun düzenlendiği 43. maddesine göre zincirleme suçtan söz edilebilmesi için bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesinin veya aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesinin söz konusu olması gerekmektedir.

Duruşmanın gizliliğini ihlal suçu serbest hareketli bir suç olarak düzenlendiği için duruşmanın gizliliği bu kapsamdaki bir veya birden fazla açıklama veya görüntünün açıklanması suretiyle ihlal edilebilecektir. Bu yüzden bize göre bir duruşmaya ilişkin birden fazla açıklama veya görüntünün gizliliği aynı zamanda ve aynı hareketle ihlal ediliyorsa tek suçtan, ayrı zamanlarda ve fakat aynı suç işleme kararına bağlı olarak ihlal ediliyorsa zincirleme suçtan söz edilmesi yerinde olacaktır.

Suçun önşartı duruşma olduğu için aynı değil farklı duruşmalara ilişkin gizliliğin tek bir fiille ihlali yani aynı neviden fikri içtima halinde, TCK m. 43/2'nin atfıyla yine m. 43/1 hükmü uygulanacaktır. Bu durumda toplumu oluşturan tüm bireylerin suçun mağduru olduğu görüşünden hareketle suç TCK m. 43/1 anlamında “*mağduru belli bir kişi olmayan*” suç olarak kabul edilip TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrası hükmüne göre aynı suçun tek bir fiille birden fazla kişiye karşı işlenmesi olarak değerlendirilmesi ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanması düşünülebilir. Yine farklı davaların duruşmasına ilişkin gizliliğin bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda ihlal edilmesi halinde toplumu oluşturan tüm bireylerin suçun mağduru olduğu görüşünden hareketle suç TCK m. 43/1 anlamında “*mağduru belli bir kişi olmayan*” suç olarak kabul edilip TCK m. 43/1 uygulanmalıdır.

Kanımızca burada zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından “*duruşma*” kavramının “*oturum*” olarak anlaşılması noktasında sorunlar çıkabilir.

¹¹³⁵ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4360; Meran, **a.g.e.** , s. 359

Gerçekten Yaşar/Gökcan/Artuç; “...aynı davayla ilgili olsa bile, her bir duruşmayla ilgili ihlaller ayrı bir suç teşkil eder.” ifadesiyle bu kavramı “oturum” anlamında almakta ve zincirleme suç değerlendirmelerini buna göre yapmaktadır¹¹³⁶. Mağdurun belli bir kişi olmamasından hareket eden bu yazarlara göre farklı oturumlara ilişkin gizliliğin bir suç işleme kararının icrası kapsamında ihlal edilmesi halinde TCK m. 43/1 uygulanmalıdır¹¹³⁷. Kanımızca böyle bir değerlendirme kanun koyucunun amacına uygun olsa bile ceza kanunlarının geniş yorumlanamayacağı kuralı sebebiyle kabul edilemez. Bize göre bir oturumun gizliliğinin ihlali halinde de, duruşmanın birden fazla oturumunun gizliliğinin ihlali halinde de tek bir fiil olduğu kabul edilmelidir. Zira yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız gibi TCK m. 285/3 anlamında duruşma oturumu da kapsamakla birlikte, suç tipi oturumun değil duruşmanın gizliliğinin ihlalini cezalandırmaktadır. Diğer yandan yukarıda açıkladığımız gibi bir duruşmaya ilişkin açıklama veya görüntülerin gizliliği ayrı zamanlarda ve fakat aynı suç işleme kararına bağlı olarak ihlal ediliyorsa zincirleme suçtan söz edilmesi mümkündür. Üstelik söz konusu açıklama ve görüntüler duruşmanın birden fazla oturumuna ilişkin olabilir. Ancak bu durumun birden fazla oturumun gizliliğinin ihlali halinde birden fazla suç oluştuğu şeklinde anlaşılması gerekir.

b. Fikri İçtima Hükümleri veya Özel Norm-Genel Norm İlişkisi Bakımından

Bu suçun da çeşitli suç tipleriyle içtima durumuna girmesi mümkündür. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce duruşmanın gizliliğini ihlal suçunun bir kamu görevlisi tarafından işlenmiş olması durumunda TCK m. 44’deki fikri içtima hükmü gereğince, faile daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 258’e göre ceza verilmesi gerektiği söylenmiştir¹¹³⁸. Ancak bundan böyle suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi halinde TCK m. 285/4’deki ağırlatıcı sebebin uygulanması gerekeceğinden, suçun cezasının üst sınırı 4,5 yıl hapis olarak ortaya çıkacak ve faile duruşmanın gizliliğini ihlal suçundan ceza verilmesi gerekecektir. Buna karşılık diğer bir yazara göre; TCK m. 285/3 ile TCK m. 258 arasında özel norm-genel norm ilişkisi söz konusu olduğundan, böyle bir durumda faile özel norm niteliğinde olan

¹¹³⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8097

¹¹³⁷ **A.g.e.**

¹¹³⁸ Meran, **a.g.e.**, s. 359

TCK m. 285/3'den ceza verilmelidir¹¹³⁹. Kanımızca bu iki suç tipi arasında özel norm-genel norm ilişkisi yoktur. Zira bu suçlar aynı hukuksal değeri korumadıkları gibi, ilave unsurlar taşıması gereken norm diğerinin bütün unsurlarını kapsamamaktadır, ayrıca bu suçlar arasında suçun basit şekli-nitelikli şekli veya genel suç-özü suç gibi bir ilişki de söz konusu değildir.

Yine 3173 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun “açıklama ve yayınlama” kenar başlıklı 6. maddesinde düzenlenen “*terörle mücadelede görev almış kamu görevlilerinin hüviyetlerini açıklama veya yayınlama*” veya “*Kanununun 14. maddesine aykırı olarak muhbirlerin hüviyetlerini açıklama veya yayınlama*” eylemlerinin işlenmesi halinde aynı zamanda duruşmanın gizliliğinin ihlal edilmesi de mümkündür. Bu kapsamda TCK m. 285/3'ün ihlali özellikle tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık şeklinde de ortaya çıkabilir. Kanımızca bu durumda yine failin kamu görevlisi olması hali istisna olmak üzere kanunda öngörülen hapis cezalarının hem alt hem de üst sınırları aynı olmakla birlikte, TCK m. 285'de seçimlik ceza olarak adli para cezası da öngörüldüğünden ve yine TMK'nın 13. maddesindeki “*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmemesi, Seçenek Yaptırımlara Çevirme ve Erteleme Yasağı*” sebebiyle failin TMK'nın 6. maddesine göre cezalandırılması gerekir. Failin kamu görevlisi olması halindeyse TCK m. 285/4'deki ağırlatıcı sebebin uygulanması gerekeceğinden, suçun cezasının üst sınırı 4,5 yıl hapis olarak ortaya çıkacak ve faile duruşmanın gizliliğini ihlal suçundan ceza verilmesi gerekecektir.

Diğer yandan bu suçun işlenmesiyle aynı zamanda TCK m. 329'da düzenlenen devletin güvenliğine veya siyasal yararlarına ilişkin bilgileri açıklama suçu gibi devlet sırlarına karşı bir suçun da işlenmesi mümkündür. Bu durumda fikri içtima kuralı uygulanarak faile daha ağır cezayı gerektiren TCK m. 329 hükmüne göre ceza verilmesi gerekir. Gerçekten özellikle CMK'nın 47. maddesine göre devlet sırrı niteliğindeki bilgilere ilişkin tanıklık yapacak tanığın, sadece mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından zabıt kâtabi dahi olmaksızın dinlendiği duruşmadaki açıklamaların gizliliğinin ihlali halinde bu suçun oluşması olanaklıdır. Şüphesiz ki bu suçun failleri ancak hakim veya hakimler ya da tanık olabilir.

¹¹³⁹ Okuyucu Ergün, **a.g.m.**, s. 269

Bu suç ile çalışmamız kapsamında ele aldığımız diğer adil yargılanma hakkına karşı suçlar da fikri içtima ilişkisi içine girebilir. Şöyle ki duruşmanın gizliliğini ihlal fiili aynı zamanda yargı görevi yapanları, bilirkişileri veya tanıkları hukuka aykırı olarak etkilemek özel kastıyla alenen beyanda bulunmak hareketiyle gerçekleştirilmişse TCK m. 288'deki suça, kapalı duruşmadaki görüntülerin gizliliğinin ihlali bu görüntüler duruşma sırasında yetkisiz olarak nakledilerek yapılmışsa TCK m. 286'daki suça veya bu görüntülerin gizliliği kişilerin suçlu olarak lekelenmelerine neden olacak nitelikte bir yayın eylemiyle ihlal edilirse TCK m. 285/5'deki suça vücut verebilir.

L. Suçun Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler

6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce suçun yaptırımı bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştü. TCK m. 285/3'de failin TCK m. 285/1 hükmüne göre cezalandırılması öngörüldüğü için bu suçun yaptırımı da soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu gibi bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezasıdır¹¹⁴⁰. Bu suçun yaptırımı bakımından TCK m. 285/1'e yapılan atıf 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerle aynen muhafaza edilmiştir. 6352 sy. kanunda soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun yaptırımı ve ağırlatıcı sebepleri¹¹⁴¹ bakımından öngörülen değişiklikler bu suç bakımından da aynen geçerli olduğundan,

¹¹⁴⁰ Mülga 1412 sy. CMUK'nın 377. maddesinin 4. fıkrasında açık ve gizli muhakemeleri yasağa aykırı olarak yayınlamanın cezası ağır para cezası olarak öngörülmüştü. Ayrıca mülga 2253 sy. Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m. 40/1'e göre de, suç işlemiş küçüklerin suçları veya bunların yargılanmaları ile ilgili olarak yapılacak her türlü yayının cezası da ağır para cezası olarak öngörülmüş, ancak fiilin tekrürü halinde üç aydan altı aya kadar hapis cezası verilebileceği öngörülmüştü. Dahası gerekçesinde görüldüğü üzere CMK tasarısında CMK m. 187'nin yaptırımı olarak ağır para cezası öngören son fıkra, tasarı yasalaşırken madde metninden çıkarılmıştır. Bize göre suçun kapsamı TCK m. 285 ile yayın yasağını aşacak şekilde genişletilirken, bir de suçun yaptırımının maddenin 6352 sy. kanundan önceki şeklinde hapis cezasına çevrilmek, üstelik de üst sınırı üç yıl olarak belirlenmek suretiyle ağırlaştırılması ciddi bir ön hazırlığa, kriminolojik ve bilimsel verilere dayanmıyorsa eleştiriye açıktı. Bu yönden 6352 sy. kanunla adli para cezasının bu suç bakımından seçimlik ceza olarak öngörülmesi olumlu olmakla birlikte, hapis cezasının miktarı aynen muhafaza edildiğinden soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu kapsamında bu düzenlemenin orantılılık ilkesine aykırılığı yönünden yaptığımız tespitler aynen geçerlidir.

¹¹⁴¹ CMK'nın 187. maddesinin 2. fıkrasına göre kapalı duruşmanın içeriği hiçbir iletişim aracıyla yayımlanamaz. Bu mutlak bir yasaktır. Özbek/ Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 774; İşte 6352 sy. kanundan önce bu madde anlamında iletişim araçlarını TCK'daki "*basın ve yayın yolu ile*" deyiminin kapsamına aldığı bütün kitle iletişim araçları olarak anlamak gerektiğinden ve bu mutlak yasağın ihlali için suçun zaten "*basın ve yayın yolu ile*" işlenmesi zorunlu olduğundan m. 285/3'de yer alan suçun "*basın ve yayın yoluyla*" işlenmesi halinde cezanın yarı oranında artırılmasının öngörüldüğü ağırlatıcı neden her halukarda uygulanacaktı.

yukarıda bu kapsamda yaptığımız eleştiri, öneri ve tespitler bu suç bakımından da aynen geçerlidir.

M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı

Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu bakımından yukarıda yaptığımız açıklamalar bu suç bakımından da aynen geçerlidir.

IV. Kişilerin Görüntülerinin Yayınlanması Suçu

A. Genel Olarak

Bu suç TCK'nın 285. maddesinin 5. fıkrasında aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“(5) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Fransız hukukunda FBsK'nın 35ter maddesi TCK m. 285/5 karşılığı niteliğinde bir hüküm olup kişilerin kelepçeli olarak görüntülerinin yayınlanmasını suç olarak tanımlamıştır. Bu hükme göre; bir ceza davasına herhangi bir sebeple adı karışmış ancak hakkında mahkûmiyet hükmü bulunmayan bir kişinin rızası olmaksızın kimliği açıklanarak veya kimliği anlaşılacak ve kelepçeli, ayakları bağlı veya tutuklu olarak görünecek şekilde gerekçesi ne olursa olsun görüntülerinin herhangi bir araçla yayımlanması halinde bu suç oluşacaktır¹¹⁴². Yine Belçika hukukunda 8 Nisan 1965 tarihli Gençliğin Korunması Hakkında Kanun'un 80. maddesine göre haklarında soruşturma yapılan veya önleyici bir tedbir uygulanan küçüklerin kimliklerinin metin veya görüntü yoluyla açıklanması suç olarak düzenlenmiştir¹¹⁴³.

¹¹⁴² Derieux, **a.g.e.** , s. 546; Fourrey, **a.g.e.** , s. 34

¹¹⁴³ Lemmens, **a.g.e.** , s. 440

Ayrıca hukukumuzda 5187 sy. BsK'nın 21. maddesinde “*Kimliğin açıklanmaması*” kenar başlığı altında düzenlenen ve yalnızca “*sürelî yayınlar*” yoluyla işlenebilecek dar anlamda basın suçu da bu kapsamda ele alınmalıdır. Söz konusu hükmün c bendine göre “*Onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının, kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanlar birmilyar liradan yirmimilyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bu ceza bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda onmilyar liradan az olamaz.*” İtîma başlığı altında bu suç tipine ayrıntılı olarak temas edeceğimiz için burada ayrıntıya girmiyoruz.

B. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Ünver'e göre, bu suçla soruşturmanın gizliliğini ihlal ve kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçlarından farklı olarak gizlilik ilkesi değil, masumiyet karinesi ve nihai amaç olarak adil yargılanma hakkı korunmaktadır. Kanımızca yazarın bu görüşü kendi görüşleriyle çelişkilidir¹¹⁴⁴. Zira yazar eserinin bütününde, genital muayene suçu hariç bütün adliye karşı suçlarla nihai amaç olarak adil yargılanma hakkının korunduğunu savunmakta¹¹⁴⁵, dahası soruşturmanın gizliliğini ihlal ve kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçlarıyla korunan hukuksal değerler arasında da masumiyet karinesini, bireyin kişilik haklarını ve adil yargılanma hakkını saymaktadır¹¹⁴⁶.

Fransız hukukunda da bu suçla kişinin görüntü hakkı ve haysiyetiyle, masumiyet karinesinin korunmak istendiği söylenmiştir¹¹⁴⁷. Hukumuzda da TCK tasarısı kanunlaşmadan önce, korunmak istenen hukuksal değer bakımından kişinin onur ve saygınlığı ile yakından ilgili olan bu suçun “*Şerefe Karşı Suçlar*” arasında düzenlenmesi de önerilmiştir¹¹⁴⁸.

Birden fazla hukuksal değeri koruduğunu düşündüğümüz bu suç tipi, kişinin görüntü hakkını, kimlik bilgilerini ve dolayısıyla kişilik haklarını korumakla birlikte;

¹¹⁴⁴ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 354

¹¹⁴⁵ **A.g.e.**, s. 31

¹¹⁴⁶ **A.g.e.**, s. 345

¹¹⁴⁷ Derieux, **a.g.e.**, s. 546-547

¹¹⁴⁸ “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı**, s. 148

aslında ve daha ön planda olarak gerek Türk hukukunda gerek karşılaştırmalı hukukta masumiyet karinesini ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını korumaktadır. Bununla birlikte bize göre bu suç tipi adil yargılanma hakkını yalnızca masumiyet karinesi boyutuyla korumakta, kişilerin görüntülerinin yayınlanmasının savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı bakımından yaratabileceği bazı sakıncaları yaptırıma bağlamamaktadır. Şöyle ki görüntü yayını özellikle şüpheli veya sanığın görgü tanıkları tarafından teşhisi bakımından önem arz eder¹¹⁴⁹. Zira yayınlanan fotoğrafları gören veya görüntüleri izleyen bir tanık, olay yerinde gördüğü kişiyi değil medyada gördüğü kişiyi teşhis edebilir¹¹⁵⁰ ki, bu durumun gerek görüntüsü yayınlanan kişinin adil yargılanma hakkına gerekse de genel olarak maddi gerçeğin ortaya çıkmasına ve adalete verebileceği zarar ortadadır. Bize göre bu yönden maddenin yalnızca masumiyet karinesini koruyacak bir şekilde değil bütün yönleriyle görüntü yayınının adil yargılanma hakkına verebileceği zararlar göz önüne alınarak yeniden kaleme alınması tartışılabilir.

C. Suçun Konusu

Suçun konusu, soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekildeki görüntüleridir¹¹⁵¹. Dilimizde görüntü, herhangi bir nesnenin mercek, ayna vb. araçlarla oluşturulan biçimi olarak tanımlanmaktadır¹¹⁵². Maddenin lafzından görüntülerin hakkında suçlu olarak algılanma tehlikesi doğacak kişiye ait olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu anlamda güncel konuların ele alındığı bir haber programda veya sinemada, devam eden bir soruşturma veya kovuşturmayla ilgili medyatik bir şüphelinin veya sanığın, oyuncular tarafından canlandırılması suretiyle görüntü yayınlanması durumunda bu suçun işlenmesi söz konusu olmayacaktır. Nitekim Ünver'e göre de¹¹⁵³; bu görüntülerin suçtan zarar görene ait görüntüler olması gerekli olup, bu açıdan dar kapsamlı olan madde metni suçlu olarak algılanmasına yol açılabilecek kişi dışındaki kimselerin görüntülerini kapsamına almamıştır.

¹¹⁴⁹ Robertson Geoffrey QC / Nicol Andrew G. L. , Media Law, Penguin Books, London, 1992 , s. 275

¹¹⁵⁰ **A.g.e.**

¹¹⁵¹ Meran, **a.g.e.** , s. 354

¹¹⁵² <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

¹¹⁵³ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 355

Kişilerin suçlu olarak lekelenmesi tehlikesini yaratacak görüntülerin çoğunlukla adli işlemlerin icrası sırasında alınan görüntüler olacağından bahisle, suç konusu görüntülerin çoğunlukla CMK'nın 183. maddesinde öngörülen “*Ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı*”nın ihlali suretiyle çekilip yayınlanan görüntüler olacağı söylenebilir. Ancak bu yasak kapsamı dışında kalan durumlarda çekilmiş görüntülerin de diğer şartları varsa bu suçu oluşturmasında bize göre bir engel yoktur. Örneğin herhangi bir adli işlem söz konusu olmaksızın soruşturma veya kovuşturma evrelerinden önce bir kişinin suçüstü halinde veya suç eşyasıyla çekilmiş olan görüntülerinin, daha sonra soruşturma veya kovuşturma evresinde yayınlanması halinde söz konusu görüntüler suçun konusu kapsamına girecektir.

Madde metninde yalnızca görüntülerden söz edilmesinden olsa gerek İlkiz'e göre¹¹⁵⁴, bu düzenleme biçimi yalnızca televizyonları ilgilendiren bir görünüm arz etmektedir. Bize göre görüntü kavramının kapsamına fotoğraflar da gireceğinden bu görüş isabetsizdir. Gerçekten dilimizde fotoğraf; çeşitli araç ve malzeme kullanarak görüntüyü özel bir yüzey üzerinde sabitleme, bu yöntemle aktararak çoğaltılan resim, foto anlamlarına gelmektedir¹¹⁵⁵. Fotoğraf makinesi ise fotoğraf çekerken görüntüyü duyarlıklı yüzey üzerinde tespit etmeye yarayan cihaz olarak tanımlanmıştır¹¹⁵⁶. Bu tanımlar karşısında görüntü kavramının kapsamına fotoğrafların da girdiği, bir başka deyişle fotoğrafların da bir tür görüntü niteliğinde olduğundan kuşku duymaya imkan yoktur.

Suç konusuyla ilgili olarak Donay'a göre¹¹⁵⁷; “...devamlı suç işleyen veya suç işlediği tüm kamuoyu tarafından bilinen bir kişinin görüntülerinin yayınlanması onları damgalayacak nitelikte değildir.” Kanımızca Donay'ın örnek verdiği durumda işlenemez suçtan söz edilebilir. Bununla birlikte daha önce çeşitli suçlardan kesinleşmiş mahkumiyetleri bulunan bir kişinin bile devam eden bir soruşturma veya kovuşturma sırasında masumiyet karinesinden yararlanacağı açıktır. Bu yüzden bu değerlendirmenin dikkatli yapılması ve böyle bir kişinin bile devam eden soruşturma veya kovuşturma konusu suçun faili olduğu izlenimi uyandıracak görüntülerinin yayınlanmaması gerekir.

¹¹⁵⁴ İlkiz, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Basın Yayın Fiilleriyle İlgili Düzenlemeler”, s. 336

¹¹⁵⁵ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

¹¹⁵⁶ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

¹¹⁵⁷ Donay, **TCK Şerhi**, s. 409

D. Suçun Faili

Bu suç özgü bir suç olarak düzenlenmemiştir, faili herhangi bir gerçek kişi olabilir. Bununla birlikte suçun oluşması için görüntünün yayınlanması gerektiğinden, failin çoğunlukla basın veya yayın işiyle uğraşan kişilerden olacağı, ancak herhangi bir kişinin de örneğin amatör kamerayla görüntü çekip internette yayınlamasının da mümkün olacağı söylenmiştir¹¹⁵⁸. Tüzel kişiler suç faili olamayacakları gibi, özel bir düzenleme olmadığı için bu suç sebebiyle tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması da mümkün değildir.

E. Suçun Mağduru

Meran'a göre; suçun mağduru soruşturma veya kovuşturma evresinde suçlu olarak algılanmasına yol açacak şekilde görüntüleri yayınlanan kişidir¹¹⁵⁹. Bize göre adil yargılanma hakkına karşı bu suçun da mağduru toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Meran'ın sözünü ettiği kişiler ise suçtan zarar görendir. Suçtan zarar gören kişi esas olarak soruşturma evresi bakımından şüpheli, kovuşturma evresi bakımındansa sanıktır. Zira CMK'ya göre anılan evrelerde suç şüphesi altında bulunan kişiler bu kişilerdir. Bununla birlikte suçun işlendiği sırada bu kişilerin zorunlu olarak şüpheli veya sanık statüsünde bulunmalarının gerekli olmadığını düşünüyoruz. Bu kişiler bu statüye daha sonra girmiş veya daha önce bu statüye girerek sonradan bu statüden çıkmış kimseler olabileceği gibi, örneğin malen sorumlu gibi bu statülerin dışındaki kimseler de olabilir. Hatta şüpheli veya sanığın yakını, akrabası gibi kimselerin bile şüpheli veya sanıkla yakınlıkları dolayısıyla suçlu olarak lekelenmelerine yol açacak şekilde yayın yapılması ihtimal dahilindedir.

F. Suçun Önşartı

Bu suçun önşartı ceza muhakemesinin “*soruşturma*” veya “*kovuşturma*” evresinde bulunulmasıdır. Nitekim Ünver'e göre de¹¹⁶⁰, eylemin soruşturma veya kovuşturma evrelerinden herhangi birisinde yapılması gerekli ve yeterlidir. Önşart olarak soruşturma ve kovuşturma evrelerini daha önce ayrıntılı olarak ele aldığımız

¹¹⁵⁸ Yaşar/ Gökcan/ Artuç, **a.g.e.**, s. 8095

¹¹⁵⁹ Meran, **a.g.e.**, s. 354

¹¹⁶⁰ Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 354

için burada tekrar etme gereği duymuyoruz. Ancak kanımızca bu suç düzenlenirken “*soruşturma ve kovuşturma evresinde*” ifadesi yerine, “*soruşturma veya kovuşturma evresinde*” ifadesinin kullanılması, yine “*görüntüler*” yerine “*görüntü*” denmesi gerekirdi. Suçun bu kaleme alınış tarzı aşağıda “*Ses veya görüntülerin kayda alınması*” suçu bakımından ayrıntılı olarak ele aldığımız sakıncaları aynen taşımaktadır. Şöyle ki “*veya*” bağlacı yerine “*ve*” bağlacının kullanılması, yalnızca soruşturma veya yalnızca kovuşturma evresinde eylemin işlenmesi halinde kanunilik ilkesi karşısında ceza verilmesini olanaksızlaştıracak, ancak bu da şüphesiz suç tipinin “*ratio legis*”ine aykırı olacağından uygulamada sıkıntılara neden olabilecektir. Bununla birlikte maddedeki aşağıda açıklayacağımız bir takım yazım hatalarını bir ölçüde düzelten 6352 sy. kanunla bu doğrultuda herhangi bir değişikliğe gidilmediğini görüyoruz. Gerçekten kadük kalan tasarıda da bu suç tipine ilişkin herhangi bir değişiklik yer almamakla birlikte, bir takım düzeltmeler yapıldığı 6352 sy. kanunda, bu noktaların da gözden geçirilmesi mümkündür. Kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından maddenin bu hatalar da düzeltilerek yeniden kaleme alınması gerektiğini düşünüyoruz.

G. Suçun Tipe Uygun Eylem Unsuru

Bu suçun tipe uygun eylem unsuru “*kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması*”dır. Suçun 6352 sy. kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde tipe uygun eylem unsuru “*kişilerin suçlu olarak damgamalarını sağlayacak şekilde görüntülerinin yayınlanması*” olarak tanımlanmıştı.

Gerçekten suç tipinin önceki şeklindeki yazım hataları yukarıda söz ettiklerimizle sınırlı değildi. Madde kaleme alınırken Türkçe de yanlış kullanılmıştı¹¹⁶¹. Şöyle ki “*suçlu olarak damgalanmak*” bir olumsuzluk ifade ederken “*sağlamak*” sözcüğü olumlu¹¹⁶², lehe bir davranışı¹¹⁶³ ifade etmekteydi. Bu yüzden 6352 sy. kanundan önce madde metninin “*toplum nazarında suçlu oldukları izlenimi ve kanaati uyandıracak*” şeklinde düzeltilmesini öneren Donay’a göre de¹¹⁶⁴,

¹¹⁶¹ Aynı yönde görüş için bkz. Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliye Karşı Suçlar**, s. 92

¹¹⁶² **A.g.e.**

¹¹⁶³ Donay, **TCK Şerhi**, s. 409

¹¹⁶⁴ **A.g.e.**

“damgalamak” hukuki bir terim olmayıp daha çok kriminoloji biliminde kullanıldığından pozitif bir düzenlemede bunun yerine başka bir terimin kullanılması daha yerinde olurdu. Gerçekten damgalanmak suçun nedenlerini açıklayan suç etolojisinde, damgalanma teorisi “*Labelling Approach*” kapsamında kullanılan bir kavramdır¹¹⁶⁵. Bize göre bu doğrultuda kanunda “*damgalanmak*” sözcüğü yerine “*lekelenmek*” sözcüğünün kullanılması ve lekelenmeme hakkına vurgu yapılmak isteniyorsa, maddenin “*kişilerin suçlu olarak lekelenmelerine neden olacak şekilde*”¹¹⁶⁶ diye kaleme alınması tercih edilebilirdi. Kanımızca kadük kalan tasarıda dikkatlerden kaçan¹¹⁶⁷ bu hataların, 6352 sy. kanunla düzeltilmeye çalışılması olumludur. Yeni düzenlemedeki “*kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde*” ifadesinin öncekine göre dilin kullanımı açısından daha doğru olduğu söylenmelidir. Bununla birlikte metinde “*suçlu olarak algılanmalarına yol açacak*” ibaresi yerine Donay’ın önerdiği “*suçlu oldukları izlenimi uyandıracak*” ibaresinin kullanılması daha isabetli olurdu.

Bazı yazarlar suçun soyut tehlike suçu olduğu görüşünü savunmaktadır¹¹⁶⁸ ancak suç somut tehlike suçudur. Bize göre aslında suç ile korunmak istenen hukuksal değer ve maddenin kaleme alınışındaki özensizlik suçun zarar suçu olup olmadığını bile tartışmaya açtırabilecek niteliktedir. Şöyle ki maddede “*yol açacak şekilde*” ifadesi yerine “*şekilde*” sözcüğünün kullanılmadığı daha kesin bir ifade kullanılsaydı, bu suçun zarar suçu olduğu söylenebilirdi. Bu bağlamda Toroslu’nun öne sürdüğü zarar ve tehlike suçu ayırımının maddi varlıkları ihlal eden suçlarda güvenilir bir biçimde uygulanabileceği ancak korunan varlığın gayri maddi olması halinde zararı tehlikeden ayırmanın güç olduğu görüşüne biz de katılmaktayız¹¹⁶⁹. Örneğin Yurtcan sanki suç bir zarar suçuymuş gibi, suçun oluşması için yapılan yayını gören kişilerin, yayına konu olan kişinin suçlu olduğu konusunda kesin bir

¹¹⁶⁵ Bu teoriye göre damgalanma kişiyi, kendisini suçlu olarak görmesi veya topluma tepki duyması gibi sebeplerle, ikinci bir sapmaya ve tekrar suç işlemeye yönlendirir. Demirbaş, **Kriminoloji**, s. 131-132; Ayrıca damgalanmak bazı yazarlarca suçun önlenmesi mekanizmalarından biri olarak sayılmıştır. Kanımızca medyanın çalışmamızın ilk ana bölümünde ayrıntılı olarak açıkladığımız adil yargılanma hakkı ihlallerinin yarattığı halk hükmünün, suçun önlenmesi bakımından faydalı bir etkisi olabileceği sonucuna varmak çok zordur. Yazara göre: “*Böylece damgalanmak toplum önünde faili suçlu olarak göstermek suretiyle ek bir sosyal cezalandırma için ölçüt olmaktadır. Birey cezanın kendisi sebebiyle değil de, daha çok beklenen damgalanma sebebiyle suç işlemekten çekinir. Muhtemelen kamusal cezanın damgalayıcı etkisi, mahrem veya gizli cezadan daha fazla olur.*” Barlow, **a.g.e.**, s. 455

¹¹⁶⁶ Benzer görüş için bkz. Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliye Karşı Suçlar**, s. 92

¹¹⁶⁷ Aynı yönde bkz. Yurtcan, “TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi”

¹¹⁶⁸ Bu yönde görüşler için Parlar/ Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4358; Meran, **a.g.e.**, s. 357

¹¹⁶⁹ Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, s. 124

kanaate varması gerektiği görüşündedir¹¹⁷⁰. Gerçekten masumiyet karinesinin ihlali tehlikesinin nerede biteceğinin ve nerede artık bu karinenin ihlal edilerek kişilerin toplum gözünde suçlu kabul edilmeye başlandığının tespiti çok güçtür. Bununla birlikte bu suç kişilerin görüntülerinin yayınlanması eyleminin “*kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde*” olmasının aranması dolayısıyla “*lekelenmeme hakkı*”nın ihlali tehlikesinin söz konusu olması ve mahkemenin her olayda yayının bu nitelikte olup olmadığını araştırması gerektiğinden somut tehlike suçudur¹¹⁷¹.

Her yayın ve sadece yayın bu suçu oluşturmaz, yayının yapılışı, sunuluşu, türü, biçimi kişilerin suçlu olarak lekelenmelerine neden olacak nitelikte değilse bu suç oluşmayacaktır¹¹⁷². Yayının bu niteliği araştırılırken, objektif olarak bu yayını izleyen ortalama okuyucu veya izleyicinin algı düzeyinin esas alınması gerektiği söylenmiştir¹¹⁷³. Yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız ceza hukukunda popülizm gerçeği ve medyanın buna etkisi göz önüne alındığında yayının kişilerin suçlu olarak lekelenmesine yol açan niteliğinin tespitinde şüphesiz ki, bu konuda bilgili birinin örneğin bir hukukçunun sübjektif izleniminin değil yayının hitap ettiği halk yığınlarının ortalama bilgi, bilinç ve algı düzeyinin esas alınması gerekeceği açıktır. Ancak örneğin kişilerin yüzlerinin kapatılarak veya kim oldukları anlaşılmayacak şekilde yüzlerinin karartılması veya buğulandırılması suretiyle görüntülerinin yayınlanması halinde bu suç oluşmayacaktır¹¹⁷⁴. Gerçekten madde metninde sadece “*görüntüler*”den söz edildiği için kişilerin görüntüleri kim oldukları anlaşılmayacak şekilde yayınlandığı takdirde, haberde veya yayında kişilerin kimlikleri açıklansa bile kanunilik ilkesi karşısında bu suçun oluştuğundan söz edilemeyecektir. Ancak böyle bir durumda da suçun korumayı amaçladığı hukuksal değer olan masumiyet karinesinin zedelenebileceği ortadadır.

Gerçekten soruşturma veya kovuşturma evresinde kişilerin görüntüleri dışında yazı, açıklama veya ses gibi başka öğelerin yayınlanması yoluyla kişilerin suçlu olarak lekelenmelerine yol açılması halinde maddede belirtilen suç oluşmayacaktır. Bu husus doktrinde eleştiriye uğramıştır. Aynı nitelikteki diğer öğelerin de suçun

¹¹⁷⁰ Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliye Karşı Suçlar**, s. 92-93

¹¹⁷¹ Aynı yönde görüş için bkz. Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 354; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8096

¹¹⁷² Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 354

¹¹⁷³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8096

¹¹⁷⁴ Meran, **a.g.e.**, s. 356

kapsamına alınması gerektiğini savunan Ünver'e göre; “Örneğin bir kimsenin kimliğinin, kimlik bilgilerinin yayınlanması da aynı önlenmek istenen neticeye yol açabileceği gibi, bu suç kapsamında olmayan diğer bir yayın eylemindeki görüntüye veya o görüntünün yayınlandığı bir habere atıfla yapılan yeni bir yayın, yeni yayında görüntü yayını olmasa bile, ikinci haberdeki açıklamaların içeriği önceki habere atıfla birlikte bu suçun önlemeye çalıştığı neticeyi doğurabilecektir.” Yazarın bu eleştirileri dikkate değerdir. Kaldı ki TCK'nın “Ses veya görüntülerin kayda alınması” suçunu düzenleyen 286. maddesinde “ses veya görüntüler”den söz edilirken, 285. maddenin son fıkrasında neden sadece “görüntüler”den söz edildiği anlaşılammaktadır ve bu durum yine kanun koyucunun bir özensizliği olarak göze çarpmaktadır. Bu yüzden örneğin bir televizyon haberinde görüntülerin kimliği açıklayan bir sesle veya bir gazete haberinde kimliği açıklayan yazıyla birlikte sunulması halinde somut tehlikenin ortaya çıkabileceği, ancak başlı başına görüntünün bu nitelikte olmaması halinde kanunilik ilkesi gereği suçun oluşmadığı sonucuna varılabileceği açıktır. Madde metninin bu tür yayınları da kapsayacak biçimde değiştirilmesinin ve belirttiğimiz diğer yanlışlar da düzeltilmek suretiyle yeniden kaleme alınmasının daha uygun olacağını düşünüyoruz. Bu anlamda kimliğin açıklanması veya kimliği anlaşılacak nitelikte görüntü yayını yapılması şeklinde seçimlik hareketli olarak düzenlenmiş olan ve somut tehlikeyi oluşturacak görüntünün niteliğini de ayrıntılı ve belirli olarak ortaya koyan FBsK'nın 35ter maddesindeki gibi bir düzenlenme yapılması yararlı olabilir.

Ünver'e göre¹¹⁷⁵; “Tipe uygun eylem unsuru, belirtilen nitelikteki bir yayının yapılmasıyla tamamlanmış ve bitmiş olur, temadi etmez. Eylem neticesi harekete bitişik icrai bir hareketle gerçekleştirilebilir...” Ünver'in bu görüşü doğrultusunda suçun neticesi hareket bitişik suç olduğunu kabul ettiğimizde, her bir yayın eylemi ayrı bir suçu oluşturacaktır.

Biz yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Yazar hem suçun somut tehlike suçu olduğunu kabul etmekte, hem de doktrinde sırf hareket suçu, neticesiz suç, şekli suç gibi çeşitli isimlerle anılan neticesi harekete bitişik bir suç olduğu görüşünü savunmaktadır. Ancak somut tehlike suçlarında tehlikenin gerçekleştiği varsayımından hareket edilmediği, somut olarak tehlikenin gerçekleşip

¹¹⁷⁵ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 354

gerçekleşmediği araştırılacağı için, bu suçlar neticesi hareketten ayrı maddi suçlardır ve hareket ile somut tehlike neticesi arasında nedensellik ilişkisi kurulması gerekir. Nitekim Ünver'in de bu görüşü savunurken “*belirtilen nitelikteki yayın*”dan söz etmesi bundandır. Burada “*belirtilen niteliğin*” tespiti için kişilerin suçlu olarak algılanması somut tehlikesinin araştırılması gerektiği açıktır.

Biz bu bağlamda somut tehlike suçlarında somut bir tehlikenin meydana gelmesini suçun tipe uygun eylem unsurunun netice alt unsuru yani suçun bir unsuru olarak değil de objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul eden görüşlere de katılmamaktayız¹¹⁷⁶. Gerçekten bu suç bakımından kişilerin suçlu olarak algılanmaları somut tehlikesini objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettiğimiz takdirde; failin bu şart bakımından kastının aranmayacağı, bu şartın failin hareketinin hukuka aykırılığını etkilemediği ve failin hareketi ile zorunlu bir nedensellik ilişkisi içinde de bulunmadığı gibi isabetli olmayan sonuçlara varmamız gerekecektir. Daha önce ifade ettiğimiz gibi “*kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde*” denilmesi ile “*kişilerin suçlu olarak lekelenmelerine neden olacak şekilde*” denilmek istendiği bize göre ortadadır. “*Neden olma*” ise yapılan hareketle, ortaya çıkan netice arasındaki nedensellik ilişkisine işaret eden bir kavramdır, bu gibi kullanımlara TCK’da bazı maddelerde yer verilmekle birlikte nedensellik ilişkisi konusunda genel bir kurala yer verilmemiştir¹¹⁷⁷.

Aslında burada suçu neticesi hareket bitişik suç olarak kabul eden görüş ile suçu neticesi hareketten ayrı suç olarak kabule eden görüş arasındaki temel fark, birinci görüşün “*yayını*” , ikinci görüşün ise “*kişilerin suçlu olarak algılanmaları tehlikesini*” suçun neticesi olarak kabul etmesidir. Gerçekten suç soyut tehlike suçu olsaydı, yayının yapılması ile tehlikenin yani neticenin oluştuğu ve suçun neticesi harekete bitişik suç olduğu kabul edilebilirdi.

Ancak suç somut tehlike suçudur ve her bir somut olayda görüntü yayını sonucu kişilerin suçlu olarak algılanmaları tehlikesinin ortaya çıkıp çıkmadığının araştırılması gerekmektedir. Bu tehlike örneğin televizyonda sanığın elinde kanlı bir bıçakla etrafa saldırırken çekilmiş video görüntüsünün tek bir kez yayınlanması ile

¹¹⁷⁶ Bu yönde görüşler için bkz. Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 206; Artuk/Gökçen/Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 306-307

¹¹⁷⁷ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.** , s. 276

ortaya çıkabilecektir. Bununla birlikte görüntünün lekelenmeme hakkını tehlikeye atabilecek niteliği daha hafif olduğu takdirde örneğin sanığın yalnızca polis aracına bindirilirken çekilmiş görüntüsünün yayınlanması halinde, söz konusu görüntünün ancak defalarca yayınlanması şartıyla bu tehlikeyi ortaya çıkarabileceği tartışılabilir. Üstelik tehlikenin ortaya çıkması çeşitli gazetelerde yayınlanmış çeşitli fotoğrafların veya çeşitli televizyon kanallarında yayınlanmış çeşitli videoların yayınlanması sonucu olabilir. Bu durumda bardağı taşıran son damla diyebileceğimiz bir görüntü tek başına tehlikeyi ortaya çıkarmaya elverişli değilse, kamuoyunda kişi suçlu olarak lekelenmiş bile olsa, suçun oluşmadığı kabul edilmelidir. Görüldüğü gibi maddenin şu anki düzenleniş biçimi nedensellik araştırması sırasında son derece farklı sonuçlara varılmasına yol açabilecek belirsizliktedir. Ceza hukukunda yorum yasağı ve kanunilik ilkesi karşısında, maddenin koruma amacına uygun bir sonuca varmak da mümkün değildir. Bu sebeple önerilerimiz doğrultusunda maddenin yeniden kaleme alınması gereklidir.

Ünver'e göre maddede yer alan “yayın” teriminin anlamı hususunda, TCK'nın 6/1-g maddesi ile Basın Kanunu'nun 2. maddesindeki düzenlemeler dikkate alınmalıdır¹¹⁷⁸.

Dilimizde yayın, “*Basılıp satışı çıkarılan kitap, gazete vb. ; neşriyat ve radyo ve televizyon aracılığıyla halka sunulan, duyurulan, iletilen eser, program, neşriyat*” olarak; yayım ise “*Yayma işi; kitap, gazete vb. okunacak şeylerin basılıp dağıtılması, neşir; herhangi bir eserin radyo ve televizyon aracılığıyla dinleyiciye, seyirciye ulaştırılması, neşir*” olarak tanımlanmıştır¹¹⁷⁹. İçel/Ünver'e göre 5187 sy. Basın Kanunu 5680 sy. eski Basın Kanunu'ndan farklı olarak “yayın” terimi yerine “yayım” terimini kullanmıştır¹¹⁸⁰. Bize göre aslında her iki yasada bu anlamda bir değişiklik yoktur, zira 5680 sy. Basın Kanunu m. 3/2'de “neşir”den söz edilmektedir, neşir ise yukarıda ifade ettiğimiz gibi dilimizde “yayım” sözcüğünün karşılığıdır, yayın sözcüğünün karşılığı ise “neşriyat” olarak tanımlanmıştır. Bununla birlikte dilimizde yayın ve yayım kavramları hemen hemen aynı anlamda ve sıklıkla birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. 5187 sy. Basın Kanunu'nun 2. maddesinin b bendinde yayım; “*basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması*” olarak

¹¹⁷⁸ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 354

¹¹⁷⁹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

¹¹⁸⁰ İçel/Ünver, **a.g.e.**, s. 128

tanımlanmıştır. 5187 sy. Basın Kanunu'nun 11. maddesinin 1. fıkrasına göre; basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. Basın Kanunu'nun tanımlar başlıklı 2. maddesinin a bendine göre ise basılmış eser yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarıdır.

Burada üzerinde durulması gereken önemli bir husus suçun basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde de suçun neticesi olan somut tehlikenin bazı yazarların iddia ettikleri gibi objektif cezalandırılabilme şartı olmayacağı hususudur. Gerçekten suçun basın dışı kitle iletişim araçları yoluyla işlenmesi bu açıdan bir özellik arz etmez. Ancak suçun basılmış eserler yoluyla işlenmesi hali, BsK'da öngörülen basamaklı sorumluluk sistemi ve basılmış eserler yoluyla işlenen suçun yayım anında oluştuğunun kabul edilmesi sebebiyle ayrıca değerlendirilmelidir. Özek burada eser sahibinin fiili ile eser sahibi sorumlu tutulamadığında BsK'nın 11. maddesinde öngörülen sorumluluk sistemine göre sorumlu tutulananların fiilini ayırmakta, kanunen sorumlu tutulananların fiilinin “yayım” fiili olduğunu ortaya koymaktadır¹¹⁸¹. İncelediğimiz suç bakımından burada “*kişilerin suçlu olarak algılanmaları tehlikesi*” eser sahibinin iradesinin yöneldiği bir netice olup, kanunen sorumlu tutulananların iradesi bu neticeye yönelik değildir. Burada neticeyi failin iradi hareketinin meydana getirdiği dış dünyadaki değişiklik olarak kabul eden tabiatçı görüş temel alınmaktadır¹¹⁸². Yayım neticesi ve kanunen sorumlu tutulananların iradesinin yöneldiği yayıma yönelik hareketi ise ayrı bir hareket ve neticedir. Yine bu bağlamda objektif cezalandırılabilme şartının kabul edildiği durumlarda suç oluşur ve fakat şart gerçekleşmediği için cezalandırılma söz konusu olmaz. Bu yüzden yayımı eser sahibinin hareketinin neticesi, somut tehlikeyi ise objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul etmek doğru olmaz. Zira basın suçlarında sorumluluk bakımından kanunen sorumlu tutulan kişilere ait tabii netice olan yayım tek başına hukuka aykırı nitelik taşımaz ve suç oluşturmaz. Eser sahibinin meydana getirdiği “*suç netice*”, ya da diğer bir ifadeyle yayım neticesinin istenmeyen sonucu, yayımı hukuka aykırı hale getirir. Bu açıdan suç netice kanunen sorumlu tutulananlar yönünden bir sorumluluk nedeni ve sorumluluğun müeyyide ölçüsü olabilir ve fakat cezalandırılabilme şartı değildir¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ Özek, **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, s. 376-379

¹¹⁸² **A.g.e.**, s. 377

¹¹⁸³ **A.g.e.**, s. 379

Yine bu bağlamda doktrinde İçel/Ünver, basın suçunun öğelerinden¹¹⁸⁴ düşünsel içerik ile kanuni tip arasındaki ilişki bakımından, suçun işlenmesi düşünsel içerik dışında ayrı bir neticenin gerçekleşmesine bağlı ise, suçun basın suçu olmayacağını savunan ve “*basın suçu*” kavramının kapsamını çok daraltan görüşlere itibar etmemiştir¹¹⁸⁵. Gerçekten örneğin TCK m. 285/5’de düzenlenen suç bakımından kanuni tip yayım dışında, ayrı bir neticenin yani kişilerin suçlu olarak algılanmaları tehlikesinin gerçekleşmesini aramaktadır. Basılmış eserde yer alan düşünsel içeriğin suçun bütün unsurlarını içermesi yani başlı başına norma aykırılığı oluşturmasını arayan bu görüş kabul edilirse bu suç bakımından 5187 sayılı BsK. m. 11/1’in uygulanması imkânsızlaşacaktır¹¹⁸⁶. Kanımızca basılmış eserler yoluyla işlendiği takdirde “*basın suçu*” olarak kabul edilmesi gereken bu suç bakımından düşünsel içeriğin kanuni tipi ihlal etmeye elverişli bulunması yeterlidir, ayrıca kanuni tipteki tüm unsurların düşünsel içerik tarafından kapsanması zorunlu değildir¹¹⁸⁷.

Ünver’in kısmen katılmadığımız bir görüşüne göre¹¹⁸⁸; “*Yayımdan kasıt, sadece yazılı basın hukuku anlamında yayın olmayıp yayın kavramına giren her tür yayın, yazılı basın, TV, radyo internet vs. yayınları da bu kapsamdadır.*” Bize göre maddede yalnızca görüntülerin yayınından söz edildiği için, diğer yayınlar bakımından mümkün olsa bile radyo yayınları yoluyla bu suçun işlenmesi mümkün olamayacaktır.

Suçun temadiye elverişli olup olmadığı ve ancak icrai bir hareketle işlenebileceği hususları da bizce tartışılmalıdır. Şöyle ki kişilerin suçlu olarak algılanmaları tehlikesini yaratacak nitelikte bir videonun veya fotoğrafın internete konulması halinde, video veya fotoğraf o sitede durduğu müddetçe suç tamamlanmış ancak bitmemiş olacaktır. Yani suç bu durumda kesintisiz (mütemadi) suç niteliğine bürünecektir. Aslında ani suç olarak işlenmeleri mümkün olmakla birlikte, kesintisiz suç olarak da işlenebilen bu gibi suçlara doktrinde muhtemel kesintisiz suçlar veya nispi kesintisiz suçlar gibi isimler verilmektedir. Suç başlangıçta videonun veya fotoğrafın o internet sitesine yüklenmesi şeklinde bir icrai hareketle

¹¹⁸⁴ Yazarlarca basın suçunun öğeleri, basılmış eserin düşünsel içeriği, basılmış eserin yayınlanması ve düşünsel içerik ile kanuni tip arasındaki ilişki olarak sayılmaktadır. İçel/Ünver, **a.g.e.** , s. 256-262

¹¹⁸⁵ **A.g.e.** , s. 261

¹¹⁸⁶ **A.g.e.**

¹¹⁸⁷ **A.g.e.** , s. 262

¹¹⁸⁸ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 354

gerçekleştirildikten sonra, video veya fotoğrafın bu internet sitesinden kaldırılmaması ihmali bir hareket olarak suçun devam etmesine sebep olacaktır. Gerçekten kesintisiz suçlar, icrai veya ihmali bir hareketle işlenebileceği gibi, önce icrai bir hareketle başlayıp, ihmali bir hareketle de devam edebilir. Kesintisiz suçun ayırıcı niteliği failin hareketi ve neticeyi devam ettirme iktidarına sahip olmasıdır. Ancak kesintiyi mutlaka failin gerçekleştirmesi gerekmez, örneğimiz bakımından video veya fotoğrafı siteden failin kendisinin kaldırması sonucu kesinti gerçekleşebileceği gibi, usulüne uygun olarak verilecek bir erişimin engellenmesi kararıyla da kesinti gerçekleşebilir.

Kanımızca maddede “görüntü” yerine “görüntüler”den söz edildiği için kanunilik ilkesi karşısında kişinin tek bir görüntüsünün yayınlanması halinde bu suçun oluşmadığı ileri sürülebilecektir. Bu durum eğer bir hata ise düzeltilmesi gerekeceği şüphesizdir. Nitekim 286. maddedeki benzer sorunla ilgili olarak doktrindeki eleştiriler ve değerlendirmelerimiz aşağıda ayrıntılı olarak görülecektir. Bununla birlikte bize göre bu suçun niteliği itibarıyla kanun koyucu bilinçli olarak böyle bir ifade de kullanmış olabilir. Şöyle ki, maddede yalnızca “görüntü”den söz edilmiş olsaydı, televizyonda tek bir görüntünün çeşitli haber bültenlerinde veya haber programlarında tekrar tekrar yayınlanması halinde eğer bu görüntü kişilerin suçlu olarak lekelenmelerine neden olabilecek nitelikteyse her bir yayının ayrı bir suç oluşturması gerekecekti. Her bir görüntü yayını ile ayrı bir suçun oluştuğunu kabul ettiğimizdeyse bu suç tipi kitle iletişim özgürlüğü açısından büyük bir tehdit noktasına varabilecekti. Bize göre kanun koyucu bu şekilde bir düzenleme ile bu ihtimalin önüne geçmek istemiş olabilir. Eğer kanun koyucunun amacı buysa, bunun amaca ulaşmak için doğru bir tercih olup olmayacağı tartışılmalıdır. Gerçekten yukarıda söz ettiğimiz ihtimal bakımından maddenin bu kaleme alınış tarzı ile tek bir görüntünün çeşitli zamanlarda televizyonda yayınlanması halinde kişilerin suçlu olarak lekelenmelerine neden olabilecek nitelikte olsa bile bu yayınların hiçbirinin bu suçu oluşturmaması gibi kanun koyucunun amaçlamış olamayacağı bir durum da ortaya çıkabilecektir.

Bize göre bu noktada neticesi hareketten ayrılabilen bir somut tehlike suçu olduğunu kabul ettiğimiz bu suçun televizyon yayınları yoluyla işlenmesi halinde kesintisiz (mütemadi) bir suç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği

çözülmesi gereken bir sorundur. Gerçekten bu suç tipi ilk bakışta kesintisiz bir suç olarak değil, olsa olsa içtima başlığı altında değerlendirmemiz gereken zincirleme (müteselsil) suç olabilecek nitelikte görünmektedir¹¹⁸⁹. Bununla birlikte kesintisiz suçta failin hareketi ve neticeyi devam ettirme iktidarına sahip olması gereğini ve bunların devam ettiğini kabul ettiğimizde, televizyon yayınından sorumlu kişinin görüntü veya görüntülerin yayınlanmasından sonra bu görüntü veya görüntülerin yer aldığı haber bülteninin tekrarını yayınlaması ve aradan bu görüntüleri çıkarmaması halinde icrai bir hareketle ortaya çıkan neticenin, failin bu harekete ve neticeye son verme iktidarına sahip olmasına rağmen ihmali bir hareketle devam ettirildiğini görürüz. Böyle bir durumda da her bir yayın için ayrı ayrı bu suçun oluştuğundan ve dolayısıyla zincirleme suçtan mı söz edilecektir yoksa kesintisiz suç mu söz konusu olacaktır? Gerçekten burada netice yayın olarak ele alınırsa, her bir yayın sonunda kesinti gerçekleşeceğinden her bir yayın ile ayrı bir suçun oluştuğu sonucuna varılacaktır. Oysaki yukarıda izah ettiğimiz gibi bu suç bakımından netice yayın değil “*kişilerin suçlu olarak lekelenmeleri*” tehlikesi olduğundan kanımızca bu örnek bakımından kesintisiz suçtan söz etmek doğru olacaktır. Bu sebeple bu tartışmayı içtima başlığı altında değil, tipe uygun eylem unsuru başlığı altında yapmış bulunmaktayız.

H. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Kitle iletişim özgürlüğünün zedelenmemesi bakımından Donay’a göre¹¹⁹⁰, ancak mahkeme tarafından yasaklandığı takdirde görüntü yayını engellenebilmelidir. Kanımızca mevcut düzenleme bakımından bunun mümkün olamayacağı açıktır. Ünver’e göre de bu suçla ilgili olarak kitle iletişim özgürlüğü hakkın icrası kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir¹¹⁹¹. Nitekim 6352 sy. kanunla getirilen yukarıda sözünü ettiğimiz 285. maddenin 6. fıkrası bu suç tipi bakımından da bu hususunun altını çizmektedir. Malumun ilanı niteliğindeki bu düzenlemeye göre; soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması bu suçu oluşturmayacaktır.

¹¹⁸⁹ Mütemudi ve müteselsil suç arasındaki farklar, bu konudaki tartışmalar için bkz. Ayhan Önder, “Mütemudi Suç”, **İÜHFİM**, 1963, c. 29, S. 1-2, s. 87-91

¹¹⁹⁰ Donay, **TCK Şerhi**, s. 409

¹¹⁹¹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 356

Bu suç bakımından Türk hukukunda ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmamıştır. Buna karşılık Fransız hukukunda TCK m. 285/5'in karşılığı olan suç bakımından ilgilinin rızasının olması maddede açıkça bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir¹¹⁹². Kanımızca kitle iletişim özgürlüğünün orantısız sınırlanabileceğine yönelik kaygılar bakımından ilginin rızası halinde görüntü yayınının yapılabilmesi yönünde bir düzenlemeye gidilebilir. Ancak bu yönde bir düzenlemenin de kamuoyunun ilgisini çekmek isteyen şüpheli ve sanıkların yayını bir araç olarak kullanmasına ya da tam tersine rızası olmayan bazı şüpheli veya sanıkların rızaları varmış gibi yayın yapılmasına sebep olabilir.

İ. Suçun Manevi Unsuru

Bu suçun manevi unsuru kast olup, açık bir düzenleme olmadığından bu suçun taksirle ve bilinçli taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bazı yazarların aksi görüşte oldukları izlenimi uyansa da¹¹⁹³, bu suç özel kastla değil genel kastla işlenebileceğinden, failin saik ve amacı önem taşımaz. Özel kast aranmadığından bu suçun olası kastla da işlenebileceği, bu durumda failin cezasının TCK m. 21/2'ye göre zorunlu olarak indirileceği söylenmiştir¹¹⁹⁴. Gerçekten bu suçun somut tehlike suçu olması dolayısıyla zararlı neticeye daha yakın olması kıstasından hareketle olası kastla işlenebileceği iddia edilebilir. Bununla birlikte bize göre teorik olarak mümkün olsa da bir tehlike suçunun olası kastla işlenebileceği kabul edilmemelidir.

K. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Bu suçun teşebbüse elverişli olduğu söylenmiştir¹¹⁹⁵. Ünver'e göre de somut tehlike suçu olarak düzenlenmiş bu suç bakımından, yayın eylemini oluşturan hareketlerin yapılmasına başlanılmakla birlikte bu hareketler henüz tamamlanmadan failin iradesi dışında yayının gerçekleşmesi engellenirse, teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir¹¹⁹⁶. Kanımızca basın suçu niteliğindeki bu suç tipi bakımından

¹¹⁹² Fourrey, **a.g.e.**, s. 34

¹¹⁹³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8097

¹¹⁹⁴ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 355

¹¹⁹⁵ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4359; Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8097

¹¹⁹⁶ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 356

teşebbüs hükümlerinin uygulanması sansür niteliğinde olacağından, mümkün kabul edilmemelidir.

2. İştirak

Bu suç TCK m. 285/1-2 ve 285/3 gibi özgü bir suç olarak düzenlenmediğinden, suç ortaklığına ilişkin genel kurallar bu suç bakımından da uygulanabilir. Ünver'e göre dolaylı faillik kurumunun da bu suç açısından işletilmesi mümkündür¹¹⁹⁷.

3. İçtima

a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından

285. maddede düzenlenen her üç suçun zincirleme suç biçiminde işlenmesinin mümkün olacağı söylenmiştir¹¹⁹⁸. Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı kişinin suçlu olarak lekelenmesine neden olacak şekilde birden fazla kez görüntüsünün yayınlanması halinde TCK m. 43/1'e göre zincirleme suçtan söz edilebilir. Bununla birlikte yukarıda tartıştığımız gibi bir kişinin birden fazla görüntüsünün yayınlanması halinde mutlaka zincirleme suçtan söz etmek doğru olmayabilir, somut tehlikenin tek bir görüntü yayınıyla mı, bu nitelikte birden fazla yayınlı mı oluştuğu önemli olduğu gibi suçun kesintisiz suç olarak işlenip işlenmediğine de dikkat edilmelidir. Bu değerlendirme yapılmazsa, medyada aynı görüntüler haber her tekrar edildiğinde ve hatta haberin tek bir sunuluşunda bile defalarca kullanılabildiğinden neredeyse her zaman bu suçla ilgili zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir ki, kanunun amacının bu olduğu düşünülemez. Yine tek bir görüntü yayınıyla birden fazla kişinin suçlu olarak lekelenmelerine neden olma tehlikesi yaratılmışsa, TCK m. 43/2 hükmünün uygulanması gerekir.

b. Fikri İçtima Hükümleri Bakımından

Bu suç tipinin soruşturma evresinde işlenmesi halinde TCK m. 285/1-2'deki soruşturmanın gizliliğini ihlal suçuyla fikri içtima ilişkisi içine girmesi mümkündür. Benzer şekilde bu suçun, kişilerin duruşmadaki ses veya görüntülerinin yasağa aykırı

¹¹⁹⁷ A.g.e.

¹¹⁹⁸ Parlar/Hatipoğlu, a.g.e. , s. 4360

olarak kayda almak veya nakletmek suretiyle yayınlanması hareketiyle işlenmesi halinde TCK m. 286'daki suçun ve yine görüntüleri yayınlanan duruşmanın kapalı duruşma olması halinde TCK m. 285/3'deki suçun oluşabileceği ortadadır.

c. Basın Kanunu'nda Düzenlenen Kimliğin Açıklanmaması Suçu Bakımından

5187 sy. Basın Kanunu'nun "*Kimliğin Açıklanmaması*"¹¹⁹⁹ kenar başlıklı 21. maddesinin b bendinde cinsel dokunulmazlığa veya genel ahlaka karşı bazı suçlara¹²⁰⁰ ilişkin haberlerde bu suçların mağdurlarının ve c bendinde "*On sekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının*" kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapılması dar anlamda bir basın suçu olarak tanımlanmıştır. Bu suç tipi de TCK m. 285/5 hükmü gibi özellikle suç şüphesi altında bulunan kişiler yönünden masumiyet karinesini ve lekelenmeme hakkını korumaya yöneliktir. Bununla birlikte maddenin kapsamına yalnızca "*on sekiz yaşından küçük suç failleri*" alınmıştır. Bize göre bu suç tipinde "*şüpheli ve sanıktan*" değil de "*fail*"den söz edilmesi dikkate değerdir. Şöyle ki bu suçla amaçlanan yalnızca ceza muhakemesinde şüpheli veya sanığın masumiyet karinesini korumak değil, özellikle mağdur olsun fail olsun "*on sekiz yaşından küçüklerin*" bir başka deyişle çocukların kişilik haklarının korunmasıdır. Nitekim TCK m. 6/1-b'de de çocuk, "*henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*" olarak tanımlanmıştır Bize göre burada failden söz edildiği için suçluğu hükmen sabit olmuş yani artık şüpheli ve sanık statüsünden hükümlü statüsüne geçmiş küçüklerin de kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapılmasıyla bu suç oluşabilecektir. Bu suç bir somut tehlike suçudur, yayının on sekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının "*kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde*" yapıp

¹¹⁹⁹ Bize göre aslında maddenin kenar başlığı hatalıdır. Maddede kimliğin açıklanması suç olarak tanımlanmıştır, dolayısıyla madde kenar başlığının "*Kimliğin Açıklanması*" olarak kaleme alınması gerekirdi.

¹²⁰⁰ Bu düzenleme, "*1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 414, 415, 416, 421, 423, 429, 430, 435 ve 436 ncı maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların*" ifadesiyle mülga TCK'nın "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*" babında yer alan bazı maddelerine yollama yapmıştır. 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 3. maddesi gereğince kanunlarda 765 sayılı TCK'ya yapılan yollamalar 5237 sayılı TCK'nın ilgili maddelerine yapılmış sayılacağından, 5237 sayılı TCK'da düzenlenen cinsel saldırı (m. 102), çocukların cinsel istismarı (m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104), cinsel taciz (m. 105) ve fuhuş (m. 227) suçlarına ilişkin haberlerin bu düzenlemedeki yasak kapsamında anlaşılması gerekir.

yapılmadığının somut olayda hakim tarafından araştırılması bu netice ile yayım hareketi arasında bir nedensellik bağının ortaya konulması gereklidir.

L. Suçun Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler

Bu suçun yaptırımı altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. Bu bağlamda bize göre 6352 sy. kanunla yapılan değişiklikler kapsamında soruşturmanın gizliliğini ihlal ve duruşmanın gizliliğini ihlal suçlarının yaptırımı hapis cezası veya adli para cezası olarak seçenekli hale getirilmesine rağmen, cezası daha hafif olan bu suç bakımından böyle bir seçenekli yaptırımın öngörülmemiş olması hukuk mantığıyla da orantılılık ilkesiyle de bağdaşmamaktadır¹²⁰¹. Gerçekten Fransız hukukunda bu suçun karşılığı olan suçun yaptırımı yalnızca 15000 avro para cezası olarak düzenlenmiştir¹²⁰². Kadük kalan tasarıda da gözden kaçan bu yanlışlık 6352 sy. kanun kanunlaşırken de devam ettirilmiştir.

Bu suçun cezasının üst sınırı iki yıl hapis cezası olarak öngörüldüğü için diğer şartları da varsa bu suç bakımından hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkündür. Bir yıl veya daha az süreli hapis cezasına hükmedilmesi halinde kısa süreli hapis cezası söz konusu olacağı için cezanın TCK'nın 50. maddesinde öngörülen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi de mümkündür. Ayrıca hapis cezası üst sınırdan yani iki yıl olarak verilse bile bu suçtan dolayı verilen hapis cezasının ertelenmesi diğer şartları da varsa mümkün olabilecektir.

Soruşturmanın gizliliğini ihlal veya kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçları bakımından 285. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen ağırlatıcı neden niteliği gereği bu suç bakımından öngörülmemiştir¹²⁰³.

¹²⁰¹ Aynı yönde görüş için bkz. Yurtcan, "TCK Değişiklik Tasarısının (Mart, 2011) Değerlendirilmesi"

¹²⁰² Fourrey, **a.g.e.**, s. 34

¹²⁰³ Ayrıca 285. maddenin değişiklikten önceki halinde yer alan ve 6352 sy. kanunla yürürlükten kaldırılan suçun basın ve yayım yoluyla işlenmesi halinde cezasının artırılmasını gerektiren ağırlatıcı neden, değişiklikten önce de suçun yayım yoluyla işlenmesinin zaten bu suçun maddi unsuruna dahil olması sebebiyle bu suç bakımından değil soruşturmanın gizliliğini ihlal ve kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçları bakımından uygulanabilecekti. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8095

M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı

Suç sebebiyle soruşturma açılmasının mağdurun şikayetine bağlı olduğu Fransız hukukundan farklı olarak¹²⁰⁴, bu suçun kovuşturulması şikayete bağlı değildir¹²⁰⁵. Bu suç Cumhuriyet Savcılığınca re'sen soruşturulur.

Bu suç bakımından görevli mahkeme 5235 sy. kanununun 10. Maddesine göre sulh ceza mahkemesidir. Bununla birlikte bu suçun basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde BsK m. 27/1'e göre asliye ceza mahkemesi görevli olup, BsK m. 27/2'ye göre o yerde asliye ceza mahkemesinin birden fazla dairesi varsa, bu suçtan dolayı açılan davalar iki numaralı mahkemede görülecektir. Basılmış eserler veya televizyon yayınları yoluyla işlenen suçlara ilişkin dava açma süreleriyle ilgili yukarıda söylediklerimiz geçerlidir. Bu suçun dava zamaşımı süresi de TCK m. 66/1-e hükmüne göre sekiz yıldır.

V. Ses veya Görüntülerin Kayda Alınması Suçu

A. Genel Olarak

5237 sy. TCK'nın 286. maddesinde “*Ses veya görüntülerin kayda alınması*” suçu aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“Madde 286- (1) Soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasındaki ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda alan veya nakleden kişi, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Bu suç ile CMK'nın 183. maddesinde düzenlenen “*Ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı*”nın ihlali cezalandırılmaktadır. CMK'nın 183. madde düzenlemesi şu şekildedir:

“(1) 180 inci maddenin beşinci fıkrası ile 196ncı maddenin dördüncü fıkrası hükmü saklı kalmak üzere, adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra

¹²⁰⁴ Fourrey, **a.g.e.** , s. 34

¹²⁰⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8098

duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılamaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da uygulanır.”

Ancak bu suçun kapsamına yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “*Kayıt ve yayın yasağı*” kenar başlıklı 153. maddesi ile hukuk muhakemesinde de düzenlenen söz konusu yasağın ihlali de alınmıştır. HMK'nın 153. maddesine göre;

“(1) Duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz.

(2) Duruşma sırasında bu yasağa aykırı davranan kişi hakkında 151 inci madde hükmü uygulanır.

(3) Kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişi hakkında, ayrıca Türk Ceza Kanununun 286 ncı maddesi hükümleri uygulanır.”

HMK m. 153/3'deki kayıt ve yayın yasağına aykırılık halinde TCK'nın 286. maddesi hükmü uygulanır şeklindeki düzenlemeden, bu yasağın ihlali halinde TCK m. 286'da öngörülen cezai yaptırımın uygulanacağı sonucu çıkmaktadır, yoksa suçun unsurlarını HMK'nın 153. maddesinde öngörülen kayıt ve yayın yasağının oluşturduğunda bize göre şüphe yoktur. Özetle bu suç bakımından HMK'nın TCK'ya yaptığı atfın yalnızca ceza yaptırımı yönünden olduğu açıktır.

8. Uluslar arası Ceza Hukuku Kongresi kararlarında, ceza davalarıyla ilgili olarak adaletin saygınlığına zarar verebilecek veya sanığın, tanıkların ve özellikle hakimlerle jüri üyelerinin davranışlarını etkileyebilecek televizyon, sinema kamerası, fotoğraf makinesi ve diğer her türlü ses ve görüntü alıcı aletin adliye içerisinde kullanılması yasağına vize verilmiştir¹²⁰⁶. Karşılaştırmalı hukukta da duruşmalarda ses ve görüntü kaydedici aletlerin kullanılması yasağına ilişkin benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Örneğin İngiliz hukukunda mahkeme salonunda fotoğraf çekilmesi ve

¹²⁰⁶ IAPL, a.g.e. , s. 61

cep telefonları gibi modern ve gelişmiş teknolojiler dâhil her türlü ses ve görüntü kaydedici aletin kullanılması yasak olup, bu yasağın ihlali hem 1981 tarihli Contempt of Court Act kapsamında hem de 1925 tarihli Criminal Justice Act kapsamında suç olarak kabul edilmektedir¹²⁰⁷. Bazı ülkelerde ise duruşmalarda ses ve görüntü kaydedici aletlerin kullanılması yasağına yer verilmekle birlikte bu yasağın ihlalinin suç olarak düzenlenmediğini görüyoruz. Örneğin İsviçre hukukunda genelde kantonların ceza muhakemesi kanunlarıyla duruşma salonunda veya adliye sarayı girişleri önünde en azından yetkisiz olarak fotoğraf film veya video çekimi yapılması yasaklanmıştır¹²⁰⁸. İspanya, İtalya, Yunanistan, Portekiz, Hollanda hukuklarında ve bazı Amerikan eyaletlerinde ise, mahkeme başkanının izin vermesi şartıyla duruşmanın aktarılmasının mümkün olduğu söylenmiştir¹²⁰⁹. Gerçekten Birleşik Devletler’de federal mahkemelerde görülen davaların duruşmalarında ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılmasına bazı pilot girişimler dışında izin verilmezken¹²¹⁰, eyaletlerin büyük bir çoğunluğunda duruşmalarda bu aletlerin kullanımına izin verilmektedir¹²¹¹. Belçika hukukunda ise açık bir yasal düzenleme olmamakla

¹²⁰⁷ Smarrt, **a.g.e.**, s. 122-124

¹²⁰⁸ Thomas Legler, **Vie privée, image volée**, Stämpfli Editions SA, Berne, 1997, s. 246

¹²⁰⁹ Emmanuel Derieux “Le comptes rendus d’audience”, **Liberté de la presse et droit pénal**, s. 279’den akt. Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.**, s. 485; Söz konusu duruma CMK’nın 183. maddesinin gerekçesinde de; “İtalya, İspanya, Polonya’da, bazen duruşmalar kayda alınarak veya kısmen televizyonda yayınlanmakta ve bu yayınların halkın haber alma gereksinimi karşılama veya eğitim amacıyla yapıldığı öne sürülmektedir.” ifadesiyle temas edilmiştir.

¹²¹⁰ Middleton/Chamberlin, **a.g.e.**, s. 415; Pember, **a.g.e.**, s. 383; Zuckman/Gaynes/Carter/Lushbough Dee, **a.g.e.**, s. 221

¹²¹¹ Duruşmalarda ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağının Birleşik Devletler’deki gelişimine temas etmek yararlıdır. Bu kapsamda ilk dönüm noktası 1935 tarihli Lindbergh ailesinin 18 aylık bebeğini kaçırmaya ve öldürmeye ilişkin Bruno Hauptmann’ın sanık olduğu sansasyonel bir davadır. Bu davada gazeteciler, basını kontrol etmekte zorlanan yargıcın bütün emirlerini yok sayarcasına duruşma salonunda her fırsatta fotoğraf çekmeye devam etmişlerdir. Bu olay üzerine Amerikan Barolar Birliği (Amerikan Bar Association) duruşma salonlarında fotoğraf makinesi ve diğer elektronik aletlerin kullanımını yasaklayan ve ABA Canon of Judicial Conduct no 3A(7) ve ABA Canon of Judicial Ethics no 35 olarak anılan yargısal ahlak ve davranış kuralları kabul etmiştir. Eyaletlerce resmen kabul edilmeyen bu kurallar uygulamada pek çok eyalet tarafından benimsenmiştir. Bu şekilde devam eden süreçte 1965 tarihli Estes v. Texas davası bir başka önemli dönüm noktasıdır. Teksas’da dolandırıcılıktan sanık olarak yargılanarak mahkum olan Billie Sol Estes, eyalet mahkemesindeki duruşmalarda fotoğraf makinesi ve kayıt cihazları bulunması sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’ne temyiz başvurusunda bulunmuştur. Bu başvuru üzerine Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi Estes’in adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine beşe karşı dört oyla karar vermiştir. Bu davadaki önemli bir husus adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar veren beş yargıçtan dördünün yalnızca ve başlı başına televizyon kameralarının duruşma salonunda bulunmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği görüşünü taşımasıdır. Beşinci oyun sahibi yargıç Harlan ise yalnızca kamuya mal olmuş ve aşırı sansasyonel davaların duruşmaları bakımından televizyon kameralarının varlığının adil yargılanma hakkını ihlal edeceği görüşündedir. Birleşik Devletler’de bu kapsamda bir diğer önemli dönüm noktası iki polis memurunun Florida eyalet mahkemesinde soygun suçundan aldıkları mahkumiyeti, adil yargılanma haklarının duruşma salonunda bulunan kameralar sebebiyle ihlal edildiğinden bahisle Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi’nde temyiz ettikleri Chandler v. Florida davasıdır. Bu davada Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi yalnızca adil yargılanma hakkının bazı davalarda tehlikeye

birlikte mahkeme salonunun kapılarını duruşma süresince görsel ve işitsel medyaya açmamak yönünde bir uygulama söz konusudur¹²¹². Bununla birlikte, fotoğraf çekilmesine veya her türlü görsel ve/veya işitsel kayıt yapılmasına mahkeme başkanı izin vermeye yetkilidir¹²¹³.

Hukukumuz bakımından TCK m. 286 hükmüyle yaptırımına bağlanan CMK'nın 183. maddesinin gerekçesinde, bu düzenleme yapılırken Fransız ve Alman kanunlarından esinlendiği ifade edilmiştir. Bu yüzden konuya ilişkin Alman ve Fransız hukuklarındaki düzenlemelere özellikle temas etmek istiyoruz. Alman hukukunda 1964 yılında yapılan düzenlemeye göre Adaletin Düzenlenmesi ve Adli Mekanizma ile ilgili kanunun 169. maddesinin 2. fıkrası kapsamında; duruşmaların başlamasından itibaren her türlü radyo ve televizyon röportajı ile duruşma süresince ses ve görüntü alınması yasaktır¹²¹⁴. Fransız hukukunda ise FBsK'nın 38ter maddesine göre; idari veya adli davalarda duruşmaların başlangıcından itibaren söz veya görüntü kaydeden, tespit eden veya transfer eden her türlü cihazın kullanılması yasaktır¹²¹⁵. Söz konusu yasağa aykırılık halinde 4500 avro para cezasına hükmedilir. Mahkeme ayrıca suçun işlenmesinde kullanılan her türlü materyal ile kayıtları müsadere edebilir. Bu madde hükmüne aykırı olarak elde edilen kayıtların ve belgelerin herhangi bir surette üçüncü kişilere verilmesi veya yayınlanması da yasak olup, aynı ceza ile cezalandırılır. Bununla birlikte duruşmadan önce talep edilmesi halinde mahkeme başkanı, taraflar veya temsilcileri ile savcılığın rıza göstermesi şartıyla, duruşma başlamadan önce görüntü alınmasına izin verebilir¹²¹⁶. Yine Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 308. maddesinin 1. fıkrasına göre; duruşmanın başlamasından itibaren, her türlü sesli kayıt ve nakil cihazının, televizyon veya sinema kamerasının ve fotoğraf makinelerinin kullanılması yasaktır

düşeceği gerekçesiyle, duruşmalarda mutlak ve anayasal bir kamera yasağının meşru kabul edilemeyeceğinin altını çizmiştir. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia eden başvuruçuların, kameraların jüriyi, tanıkları, davanın esasını etkilediğini somut olarak ortaya koymaları gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Middleton/ Chamberlin, **a.g.e.**, s. 407-415; Pember, **a.g.e.**, s. 383-386; Zuckman / Gaynes / Carter/ Lushbough Dee, **a.g.e.**, s. 219-221; Sultan Üzeltürk (Tahmazoğlu), "Duruşmaların Yayınlanması", **İBD**, c. 73, S.1-2-3, 1999, s. 84-85; Kurt Konca, **a.g.e.**, s. 133-136

¹²¹² Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.**, s. 485; Deltour/Gallez, **a.g.e.**, partie 3: les sources du journaliste, s. 22-23

¹²¹³ Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.**, s. 485; Deltour/Gallez, **a.g.e.**, partie 3: les sources du journaliste, s. 22-23

¹²¹⁴ Hoebeke/ Mouffe, **a.g.e.**, s. 485; Legler, **a.g.e.**, s. 247

¹²¹⁵ Fransızca madde metni için bkz.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006070722&dateTexte=20080312> ET: 16.01.2012

¹²¹⁶ Derieux, **a.g.e.**, s. 540

ve bu yasağın ihlali 18000 avro para cezasıyla cezalandırılmaktadır¹²¹⁷. Nitekim CMK'nın 183. maddesinde düzenlenen yasağın yaptırımı da CMK tasarısında maddenin ikinci fıkrasında Fransız düzenlemesine benzer şekilde para cezası olarak öngörülmüştü, bununla birlikte bu fıkra metinden çıkarılmış ve kanunlaşmamıştır. Son olarak Fransız hukuku bakımından; CMK m. 183'ün gerekçesinde de temas edilen 11 Temmuz 1985 tarihli kanun hakkında bilgi vermekte yarar vardır. Bugün için Code du Patrimoine'ın¹²¹⁸ 221-1 ila 222-3. maddeleri arasında toplanan 11 Temmuz 1985 tarihli kanun davaların görsel ve işitsel kaydını düzenlemektedir¹²¹⁹. Code du Patrimoine'ın 221-1. maddesi yalnızca belirli şartlar altında ve söz konusu kaydın, “*adaletin tarihsel arşivlerinin kurulması bakımından bir yararı olması*” şartıyla böyle bir görsel-işitsel kayda izin vermektedir¹²²⁰. Tarihsel adalet arşivlerinin kurulmasına yönelik Fransız hukukundaki düzenlemelere¹²²¹ benzer herhangi bir düzenlemeye hukukumuzda yer verilmemiştir. Ancak kanun koyucunun CMK m. 183'ün gerekçesinde buna temas etmesi, gelecekte bu doğrultuda bir düzenlemenin yapılma ihtimaline delalet olarak yorumlanabilir.

¹²¹⁷ Legler, **a.g.e.**, s. 247; Ayrıca kanun maddesinin Fransızca metni için bkz. http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=D8AE03380992EB624B1BC94FE059DFF3.tpdjo13v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006167465&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20120107 ET: 07.01.2012

¹²¹⁸ http://fr.wikipedia.org/wiki/Code_du_patrimoine ET: 05.06.2012

¹²¹⁹ Derieux, **a.g.e.**, s. 551

¹²²⁰ **A.g.e.**

¹²²¹ Bu düzenlemelere göre davanın görsel ve işitsel kaydı yalnızca, çeşitli kurumların ve tarafların görüşlerini aldıktan sonra, böyle bir kaydın tarihsel arşivlerin kurulması bakımından göstereceği yarara göre, adli makâmın vereceği karar üzerine gerçekleştirilebilir. Kanunun 221-4. maddesine göre kayıtlar duruşmanın düzgün işleyişine ve savunmanın haklarını özgürce kullanmasına zarar vermeyecek şartlarda gerçekleştirilir ve sabit yerlerden yapılır. Duruşmanın sonunda, kayıtlar mahkeme başkanına veya mahkemeye teslim edilir ve bu makamlarca, gelecekte yararlanılmaları veya kullanılmaları amacıyla, muhafazalarıyla görevli arşiv hizmetlerine gönderilir. Code du Patrimoine'ın 221-1. maddesine göre; söz konusu kayıtların incelenmesi davanın kapanmasını takip eden 20 yıl süresince, tarihsel ve bilimsel amaçlarla bir talepte bulunulması halinde Adalet Bakanı ve Kültür Bakanının birlikte verecekleri izinle mümkün olup, bu sürenin dolmasından sonra ise kayıtları incelemek serbesttir. Bununla birlikte görsel işitsel adalet arşivlerindeki belgelerin çoğaltılması ve yayınlanması daha sıkı şartlara bağlanmış olup, davanın kapanmasını takip eden 20 yıl süresince hiçbir çoğaltma veya yayın mümkün değildir. Bu sürenin dolmasından sonra kayıtları incelemek serbest olsa da, bunları çoğaltılması dava açmakta menfaati olduğunu ispatlayan herkesin haklarını kullanacak durumda bulunması şartıyla Paris Asliye Hukuk Mahkemesi başkanının vereceği izinle mümkündür. Davanın kapanmasından itibaren 50 yıl geçtikten sonraysa çoğaltma veya yayın ilke olarak serbesttir. **A.g.e.**, s. 551-552

B. Suç ile Korunan Hukuksal Değer

Ünver'e göre¹²²² bu suçla korunmak istenen hukuksal değerler, suçsuzluk karinesi, savunmanın güçsüzleşmesi önlenmek suretiyle savunma hakkı ve adliye içinde ve mahkeme salonlarında adaletin koşulu olan sükûnetin sağlanmasıdır. Dolayısıyla yazarın bütün bu hukuksal değerleri içine alan adil yargılanma hakkını suçla korunmak istenen hukuksal değer olarak kabul ettiğini söyleyebiliriz.

Bir başka görüşe göre¹²²³; bu suç ile korunan hukuksal değer soruşturma ve kovuşturma işlemleri sırasında ses veya görüntülerin kaydı ve nakledilmesi sonucu adli gerçeğin ortaya çıkarılmasının güçleşmesine engel olmaktır. Yazarın kastettiği herhalde burada “*adli gerçek*” değil ceza muhakemesi sonucu ortaya çıkarılması amaçlanan “*maddi gerçek*” olsa gerekir. Ancak bu suçla korunan hukuksal değer yalnızca maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki bireysel ve kamusal menfaatler dolayısıyla adil yargılanma hakkı değil, bunun yanında kişilerin ses ve görüntülerini de içine alan kişilik hakkı ve özel hayatlarına saygı haklarıdır. Örneğin İsviçre hukukunda ses ve görüntü kaydedici aletlerin kullanılması yasağıyla sanığın, tanıkların ve mağdurların görüntüleri ve kişilik haklarının korunmakta olduğu söylenmiştir¹²²⁴. Nitekim Parlar/Hatipoğlu'na göre¹²²⁵ bu suçla korunan hukuksal değerler adliye, kişilik hakları ve adil yargılanma hakkıdır. Suçun kapsamına HMK'daki kayıt ve yayın yasağının ihlalinin de katılması bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Örneğin bir boşanma davasında bu yasağın ihlali kişilerin adil yargılanma haklarından çok kişilik hakkı ve özel yaşamlarına saygı hakkına bir tecavüz teşkil edebilecektir.

Ayrıca İngiliz hukuku bakımından duruşmalarda ses ve görüntü kaydedici aletlerin kullanılmasının suç olarak kabul edilmesi; ceza adaleti sisteminde büyümekte olan bir sorun olarak görülen jüriye ve tanıklara gözdağı verilmesiyle ilgili olarak ele alınmıştır¹²²⁶. Bu bağlamda bir kişinin jüri üyelerinin, tanıkların, avukatların ve hatta hakimlerin fotoğrafını çekerek tehdit ve korkutma amaçlı

¹²²² Ünver, **Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 356

¹²²³ Meran, **a.g.e.**, s. 361

¹²²⁴ Legler, **a.g.e.**, s. 246

¹²²⁵ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4361, aynı yönde görüş için ayrıca bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8101

¹²²⁶ Smartt, **a.g.e.**, s. 123

kullanabileceğine, böylece tanıkların ve soruşturmada görev alan polis veya diğer görevlilerin kimliklerinin ortaya çıkabileceğine, yine modern teknoloji sayesinde fotoğrafların kolaylıkla kötü niyetli kişilerin eline geçebileceğine ilişkin kaygılar dile getirilmiştir¹²²⁷.

C. Suçun Konusu

Bu suçun konusu ceza muhakemesi bakımından soruşturma veya kovuşturma işlemleri sırasında yetkisiz olarak kayda alınan veya nakledilen ses veya görüntülerdir¹²²⁸. CMK'nın ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağının düzenlendiği 183. maddesinin gerekçesinde; “*Madde her türlü sesli ve görüntülü kayıt ve nakil olanağı sağlayan aletleri yasakladığından fotoğraf çekilmesine engel yoktur.*” şeklinde hatalı bir görüşe yer verilmiştir. Bize göre yukarıda TCK m. 285/5 hükmüyle ilgili olarak açıkladığımız gibi fotoğrafların görüntü kavramı dışında kabul edilmesine olanak yoktur. Gerçekten yeni HMK'da bile fotoğraf çekilmesi yasaklanmışken, bunun daha önce çıkarılan CMK kapsamına alınmamış olmasının da maddenin düzenlenme amacı ve korunmak istenen masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkı, kişilik hakkı gibi hukuksal değerler bakımından da hiçbir mantıklı açıklaması olamayacağını düşünüyoruz. Nitekim maddenin lafzı yani görüntü, fotoğraf, fotoğraf makinesi sözcüklerinin dilimizdeki anlamları bağlamında değerlendirdiğimizde de CMK m. 183'de öngörülen yasağın ve TCK m. 286'da düzenlenen suçun konusuna fotoğrafların da gireceği kuşkusuzdur.

Hukuk muhakemesi bakımındansa suçun konusu; öncelikle duruşma sırasında HMK m. 153/1'in birinci cümlesinde öngörülen kayıt yasağına aykırı olarak çekilen fotoğraflar ya da kayda alınan ses ve görüntülerdir. HMK'nın 153. maddesinin 1. fıkrasında da hatalı olarak “...ses ve görüntü kaydı yapılamaz.” ifadesi kullanılmış ve yalnızca ses kaydının veya yalnızca görüntü kaydının bu suçu oluşturup oluşturmayacağı noktasında belirlilik ilkesine aykırı bir durum yaratılmıştır. HMK'da öngörülen yayın yasağı bakımındansa suçun konusu, HMK m. 153/1'in ikinci cümlesine göre yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde mahkemece yapılabilecek çekimler ve alınan kayıtlardır. Burada sözü edilen mahkemece yapılabilecek çekim ve kayıtlar da, HMK m. 153/1'in birinci cümlesinde yasaklanan

¹²²⁷ A.g.e.

¹²²⁸ Meran, a.g.e. , s. 361; Parlar/Hatipoğlu, a.g.e. , s. 4361

ses ve/veya görüntü ihtiva eden video, fotoğraf, ses kaydı gibi çekim ve kayıtlardır. Yargılamanın zorunlu kıldığı hallerin neler olduğu gerek madde metninde gerek madde gerekçesinde açıklanmış değildir¹²²⁹. Kanımızca bunların HMK'nın ses ve görüntü nakline imkan veren maddeleri kapsamındaki çekim ve kayıtlar olarak anlaşılması uygundur¹²³⁰. HMK'nın 153. maddesiyle dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla yapılan söz konusu çekim ve kayıtların yanında, kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak da yayın yasağı kapsamına ve dolayısıyla suçun konusuna dahil edilmiştir.

HMK'nın 447. maddesinin 2. fıkrasına göre mevzuatta, yürürlükten kaldırılan 18.06.1927 tarihli ve 1086 sy. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa yapılan yollamalar, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelerine yapılmış sayılacaktır. Bu durumda 2577 sy. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller*" kenar başlıklı 31. maddesiyle eski HUMK'a yapılan yollamalar HMK için de geçerli olacaktır. İYUK'un 31. maddesinde duruşma sırasında tarafların mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak hareketlerine karşı yapılacak işlemlerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanması öngörüldüğüne göre, HMK'nın 153. madde düzenlemesinin ve dolayısıyla ses veya görüntülerin kayda alınması suçunun kapsamına idari yargıda görülen idari davaların ve vergi davalarının duruşmalarının da gireceği düşünülebilir. Ancak kıyas ve genişletici yorum yasağı karşısında bu sonuca varmamak gerektiği kanısındayız. Duruşmada ses veya görüntü kaydının İYUK m. 31 anlamında mahkemenin sükununu ve inzibatını bozacak nitelikte kabul edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, eksik ceza normuna yapılan atıf ve sonrasında da bu normun TCK'ya yaptığı atıf neticesinde bir suç tipi kabulüne gitmek doğru olmaz¹²³¹.

¹²²⁹ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, s. 97

¹²³⁰ Bu maddeler bizzat isticvap olunma (HMK m. 172), ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma icrası (HMK m.149), ve yemin edecek kimsenin mahkemenin yargı çevresi dışında olması (HMK m. 236/1) olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte bu maddelerin bazılarının uygulanması bakımından kanunda bir zorunluluk öngörülmediği gibi, maddelerin tamamında da çekim veya kayıt sözcükleri kullanılmamış olup "*nakil*"den söz edilmiştir.

¹²³¹ Böyle bir kabul durumunda, idari davalar ve vergi davaları bakımından suçun konusu HMK m. 153 hükmü gereği yukarıda saydığımız duruşma sırasında yasağa aykırı olarak çekilen fotoğraflar ya da kayda alınan ses ve görüntüler, yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde mahkemece yapılan çekimler ve alınan kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanaktır.

D. Suçun Faili

Bu suç özgü bir suç olarak düzenlenmediğinden faili herhangi bir gerçek kişi olabilir¹²³². Failin medya sektöründe faaliyet gösteren bir kimse olup, olmaması fark yaratmaz¹²³³. Tüzel kişiler suç faili olamayacakları gibi, özel bir düzenleme olmadığı için bu suç sebebiyle tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması da mümkün değildir¹²³⁴.

E. Suçun Mağduru

Bu suçun da mağduru yukarıda ele aldığımız diğer adliye karşı suçlar gibi toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Suçla korunan hukuksal değerler bakımından masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkı, özel hayata saygı hakkı veya kişilik hakkı ihlal edilen şüpheli, sanık, mağdur veya HMK bakımından davanın tarafı olan gerçek veya tüzel kişiler ise ancak bu suçtan zarar gören olabilir. Ses veya görüntülerin yargı görevi yapanları, bilirkişileri veya tanıkları tehdit etme veya korkutma amaçlı kullanılması durumunda bu kişilerin de suçtan zarar gören kapsamında değerlendirilebileceği ortadadır.

F. Suçun Önşartı

1. Ceza Muhakemesi Bakımından

Ceza muhakemesi bakımından suçun önşartı bir soruşturma veya kovuşturma işlemi bulunmasıdır. Soruşturma ve kovuşturma ceza muhakemesi hukuku anlamında soruşturma ve kovuşturmadır. Nitekim yukarıda ifade etmeye çalıştığımız gibi bu suç ile CMK'nın 183. maddesinde düzenlenen “*Ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı*” arasında doğrudan bir ilişki vardır. Ünver'e göre bu husus uygulamada dikkate alınmalıdır¹²³⁵. Ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma evrelerini yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız için burada tekrar etme gereği duymuyoruz.

¹²³² Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4362

¹²³³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8101

¹²³⁴ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 356

¹²³⁵ **A.g.e.**

Aslında madde kaleme alınırken, hatalı olarak kaleme alınmış ve “*soruşturma veya kovuşturma işlemleri*” yerine “*soruşturma ve kovuşturma işlemleri*” ifadesine yer verilmiştir. Ceza muhakemesinde bazı işlemlerin sadece soruşturma, bazı işlemlerinse sadece kovuşturma evresinde söz konusu olabileceği ortadayken, üstelik her soruşturma evresinin zorunlu olarak kovuşturma evresine geçilmesi ile sonuçlanmayabileceği kesinken, maddenin düzenleniş amacının “veya” bağlacı kullanılmasını gerektirdiği ancak, burada bir kaleme alınış hatası yapıldığı açıktır. Gerçekten Ünver’e göre de¹²³⁶; “*buradaki ve bağlacı yerine veya bağlacı kullanılmalı ve soruşturma veya kovuşturmadaki ses veya görüntünün kayıt veya naklinin cezalandırıldığı açıkça vurgulanmalıydı. Madde bu haliyle kanunilik ve belirginlik ilkesi açısından sorunlu ve tartışmaya açıktır. Maddenin düzenleniş amacına aykırı da olsa, maddenin lafzı burada her iki ceza muhakemesi evresindeki ses veya görüntülerin kaydedilmesini veya naklini gerektirir biçimde yorumlamaya zorlamaktadır*” Bize göre de madde bu haliyle kanunilik ilkesi açısından sakıncalar yaratacak niteliktedir, ancak maddenin düzenleniş amacına (ratio legis) uygun olmayan yorumu durumunda da maddenin işlevsiz kalabileceği ortadadır. Yapılması gereken maddenin bir an önce amaca uygun olarak yeniden kaleme alınması bu süreç içerisinde de korunması amaçlanan hukuksal değere ve amaca uygun yorumlanmasıdır¹²³⁷.

2. Hukuk Muhakemesi Bakımından

6100 sy. yeni HMK’nın 153. maddesinde öngörülen kayıt ve yayın yasağına aykırılık bakımındansa suçun önşartı hukuk mahkemeleri önünde görülen “*bir duruşma*” bulunmasıdır. Bunun tek istisnası olarak dava dosyası içerisindeki kişilik haklarına ilişkin her türlü belge ve tutanağın yayını bakımındansa suçun önşartı hukuk mahkemelerinde görülen bir dava bulunmasıdır.

HMK’nın 153. maddesinin son fıkrasında “*Kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişi hakkında, ayrıca Türk Ceza Kanununun 286 ncı maddesi hükümleri uygulanır.*” hükmü yer almakla ve gerekçede¹²³⁸ de kayıt ve yayın yasağının ihlalinin

¹²³⁶ A.g.e. , s. 357

¹²³⁷ A.g.e. , s. 358

¹²³⁸ Gerekçeye göre; “*Duruşmalar sırasında bu kuralın ihlali ‘Duruşma düzeni’ başlıklı 156 ncı maddedeki müeyyideyi icap ettirdiği gibi; ayrıca mahkemenin izni alınmadan kayıt veya çekim yapılması hâli ve duruşmalar dışında kuralın ihlali ile yasağa rağmen yapılan çekimle elde edilen*

yaptırımının TCK hükümleri olduğu hususunun açıklanmasında yarar umulduğu söylenmekle birlikte gerek bu fıkra da gerekse de maddenin önceki fıkralarında gizliliğin ihlali bakımından HMK m. 28/4’de öngörülen ihtar ve tutanağa bağlama gibi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Eksik norm eleştirisi getirdiğimiz HMK m. 153 ve HMK m. 28 düzenlemeleri bakımından böyle bir fark yaratılması doğru olmamıştır. En azından HMK m. 28/4 benzeri bir hükme HMK m. 153 bakımından da yer verilmesi uygun olurdu. Bu noktada TCK m. 4/1’in çokça eleştirilen “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz.*” hükmüne dikkat çekmek gereklidir. Bu hükme göre özel hukuka ait bir kanunu bilmemenin mazeret teşkil edeceği söylenmiştir¹²³⁹. Gerçekten böyle bir ihtar düzenlemesine yer verilmemesi, bu eksik ceza normu bakımından TCK m. 4/1 düzenlemesi de göz önüne alındığında doğru olmamıştır.

G. Suçun Tipe Uygun Eylem Unsuru

1. Ceza Muhakemesi Bakımından

a. Genel Olarak

Bu suçun tipe uygun eylem unsuru soruşturma veya kovuşturma işlemleri sırasındaki “*ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda almak veya nakletmek*” olarak düzenlendiğinden seçimlik hareketli bir suçtur. Yani suçun konusu olan “*ses veya görüntüleri*”in kayıt veya nakil edilmesiyle suç oluşur¹²⁴⁰. Suçun oluşması için kayıt veya nakil hareketlerinden birinin yapılması yeterlidir, ikisinin birlikte yapılması aranmaz.

b. Ses ve Görüntü Alıcı Aletlerin Kullanılması Yasağı

Bu suçun tipe uygun eylem unsuru soruşturma veya kovuşturma işlemleri sırasındaki “*ses veya görüntüleri yetkisiz olarak kayda almak veya nakletmek*”dir. Bu

bilgi ve belgelerin yayımının Türk Ceza Kanunu tarafından müeyyidelendirildiğinin açıklanmasında yarar umulmuştur.”

¹²³⁹ Yarsuvat, “Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri”, s. 22

¹²⁴⁰ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 357; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4362

suçun kapsamını belirleyebilmek için CMK'nın “ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağı”nı düzenleyen 183. maddesinin ve diğer ilgili hükümlerinin ayrıntılı olarak incelenmesi gerekmektedir.

Maddenin başlığında “ses ve görüntü alıcı aletler”den, içeriğindeyse “sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler”den söz edilmektedir. Kanımızca bu iki ifade arasında fark yoktur, kayıt için de nakil için de ses veya görüntünün alınması zorunludur. Ancak yine maddenin başlığında “ses ve görüntü” denilmek suretiyle “ve” bağlacı, içeriğinde ise “sesli veya görüntülü” denilmek suretiyle “veya” bağlacının kullanılması bir özensizlik olarak göze çarpmaktadır. Ayrıca maddede “her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler”in kullanımı yasaklandığı için, bu olanağı sağlayan aletlerin örneğin cep telefonlarının yalnızca konuşmak veya yazılı mesajlaşmak amacıyla bile kullanılmasının bu yasak kapsamına girebileceği gibi bir izlenim doğmaktadır. Burada maddenin amacına göre yorum yapmak gereklidir. Adli işlemlerin ses kaydının veya naklinin bu yasak kapsamına girdiği şüphesizdir, ancak telefonla konuşmanın doğası gereği bir ses nakli söz konusudur ki örneğin bir adli işlem sırasında hazır bulunan avukatın şüphelinin durumunu merak eden bir yakınıyla cep telefonu ile konuşması sırasındaki ses naklinin bu yasak kapsamına girmeyeceği ortadadır. Cep telefonu ile gönderilen yazılı bir kısa mesaj bu yasak kapsamına girmeyecek ancak yasak kapsamındaki ses ve/veya görüntülerin cep telefonundan bir mesaj yoluyla gönderilmesi bu yasak kapsamına girecektir.

Dilimizde kayıt, sesi veya görüntüyü manyetik bant üzerine geçirme işlemi olarak tanımlanmakta; nakil ise bir yerden alıp başka bir yere iletme, aktarma, taşıma, geçirme, aktarım, anlatma, söyleme, hikâye etme, yazı veya resmin aynısını başka bir şeyin üzerine yapma, kopya etme gibi anlamlara gelmektedir¹²⁴¹. Kanımızca kayıt sözcüğünün ses ve görüntüyle ilgili anlamı konusunda, gerek TCK m. 286'da, gerekse de CMK m. 183'de ses ve görüntü kavramlarından söz edilmesi karşısında bir tartışmaya gerek yoktur. Bununla birlikte kayıt kavramını sadece manyetik bant üzerine geçirme olarak anlamamak ve teknolojik gelişmelere paralel olarak ses ve görüntünün manyetik bant dışında cep telefonu gibi kayıt olanağı sağlayan aletlerin hafıza kartlarına geçirilmesini de anlamak gerekmektedir. Ancak

¹²⁴¹ <http://tdkterim.gov.tr/bts/>

nakil kavramının kapsamıyla ilgili aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Gerçekten nakil sözcüğünü maddenin ratio legisine uygun ve ses ve görüntü ile bağlantılı olarak kabul etmezsek, sesli ve görüntülü kayıt olanağı sağlayan bir cep telefonundan gönderilen yazılı kısa mesajların bile bu nakil yasağı kapsamına girdiği sanılabilir. Yine maddede sadece sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler yasaklandığı için, duruşmanın resme aktarılmasına (nakline) bir engel yoktur¹²⁴².

Burada tartışma yaratabilecek ve üzerinde önemle durulması gereken bir husus suçun kapsamına hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak kayıt veya nakil edilen ses ve görüntülerin yayınlanmasının girmediğidir. Örneğin duruşma sırasında mahkemece tutulan kayıtların yayınlanması bu kayıtlar hukuka uygun olduğu için zaten suç oluşturmaz. Kanımızca yasağa aykırı olarak yapılan kayıt veya nakil sonucu elde edilen ses ve görüntülerin yayınlanması halinde bile; yayını yapan kişi sadece gazetecilik mesleğinin icrası kapsamında eline geçen bu ses ve görüntüleri yayınlarsa bu suçun olduğundan söz edilemez. Bir başka deyişle basın mensubunun bu ses ve görüntülerin elde edilmesinde işlemlere katılan bir kişiyi dolaylı fail olarak kullanmasından, azmettirmeye kadar herhangi bir katkısı yoksa yalnızca görüntüleri yayınlaması basın mensubu bakımından bu suçu oluşturmaz. Gerçekten maddede seçimlik hareketler arasında “yayınlamak” sayılmadığı gibi “nakil” seçimlik hareketinin kapsamına da yayınlamanın girdiği düşünülemez. Zira TCK m. 286’yı CMK m. 183 ile bağlantılı olarak anlamak ve amaçsal yorumlamak gereklidir. Bu yüzden her ne kadar TCK m. 286’da “sirasında” değil “sirasındaki” ifadesi kullanılarak eylem değil görüntüler nitelenmiş olsa da, bu ibareyi söz konusu görüntülerin soruşturma veya kovuşturma işlemlerinden sonraki bir zamandaki nakillerinin de suçun kapsamına gireceği şeklinde anlamamak gereklidir. Bir başka deyişle bu suç CMK m. 183 de göz önüne alındığında ancak soruşturma veya kovuşturma işlemleri sırasında, adli işlemlerin icrası sırasında işlenebilir. Bu suç kapsamına yayının girmesi ancak 3G teknolojisiyle bu işlemler sırasında görüntülerin eş zamanlı olarak nakledilerek yayınlanması halinde mümkündür.

CMK’nın 183. maddesi; “.....adliye binası içerisinde ve duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda her türlü sesli veya görüntülü kayıt veya nakil olanağı sağlayan aletler kullanılmaz. Bu hüküm, adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer

¹²⁴² Özbek/ Doğan, CMK İzmir Şerhi, s. 768

adli işlemlerin icrasında da uygulanır.” hükmünü getirmektedir. Maddede adliye binası içerisinde söz edildiği için yasak adliye koridoru gibi yerlerde de geçerlidir¹²⁴³. Donay’a göre, adliye koridorlarında yürüyen bir sanığın, tanığın veya katılanın kamuoyuna teşhiri böylece engellenmiş olacaktır¹²⁴⁴. Farklı görüşteki Özbek/Doğan’a¹²⁴⁵ göreyse bu hüküm adliye koridorunda duruşma bekleyen sanığa ilişkin görüntülü veya sesli kayıt veya nakil yapılmasına engel değildir.

Gerçekten maddenin ikinci cümlesinde yasağın “*adliye binası içerisinde ve dışındaki diğer adli işlemlerin icrasında da*” uygulanması öngörüldüğünden, bu ifade tarzı ilk cümlede sözü edilen yasağın kapsamının da adliye binası içerisindeki koridorlar veya merdivenler ve duruşma salonu dışındaki diğer bütün yerlerde de¹²⁴⁶ adli işlemlerle sınırlı olarak anlaşılması ve uygulanması gerektiğini ortaya koymaktadır¹²⁴⁷. Nitekim yasağın kapsamı adli işlemlerle sınırlanmadığı takdirde, bir mahkeme kaleminde çalışan iş arkadaşlarının veya beraat eden sanıkla avukatının adliye binası içerisinde birlikte hatıra fotoğrafı çektirmesini veya bu gibi kişisel amaçlarla video kaydı yapmasını bile bu yasak kapsamında kabul etmek gerekir ki, bu durum maddenin amacıyla bağdaşmaz. Bu bağlamda CMK’nın 183. maddesine dayanarak 25 Kasım 2005’de Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı’nın adliyeye fotoğraf makinesi sokulmamasına ilişkin işleminin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle açılan davada Ankara 4. İdare Mahkemesi tarafından verilen ve kesinleşen yürütmenin durdurulması kararı dikkate değerdir¹²⁴⁸. Bu kararın gerekçesinde; “5271 sayılı yasanın ilgili maddesiyle getirilen bu düzenlemenin, basın özgürlüğünü de kısıtlayıcı bir şekilde geniş yorumlanılarak, yasa hükmünde öngörülmemesine rağmen fotoğraf makinesinin adliye binası içine alınmaması yönünde tesis edilen işlemde hukuki isabet görülmemiştir.” denilmiştir. Karar olumlu olmakla birlikte pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiş veya devam ettirmişti diyebiliriz. Kararda hakimin duruşmanın düzenini sağlama yetkisini kullanarak fotoğraf makinesi kullanımını yasaklayabileceğine işaret edilmiştir. Bize göre varılan bu sonucu CMK m. 183’deki mutlak yasak bakımından kabul etmek mümkün değildir. Yine fotoğraf makinelerine izin verilip kameraların adliye binasına alınmamasına devam edilmesinin

¹²⁴³ A.g.e. , s. 765

¹²⁴⁴ Donay, **CMK Şerhi**, s. 308

¹²⁴⁵ Özbek/ Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 768

¹²⁴⁶ Donay, “*adliye binası içerisi*” ifadesinin adliyenin bir bahçe içerisinde olması halinde mütemmim cüz olarak bahçeyi de kapsayacağı görüşündedir. Donay, **TCK Şerhi**, s. 410

¹²⁴⁷ Özbek/ Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 765

¹²⁴⁸ <http://bianet.org/bianet/medya/77559-adliyelerde-fotograf-makinesi-serbest> ET: 03.03.2011

Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı tartışmaları gündeme gelmiştir. Bize göre bu tartışmaların başlıca sebebi TCK m. 286 ile CMK m. 183'ün hatalı gerekçeleri, özellikle de fotoğraf makinesi ve kamera arasında yapılan, fotoğrafları görüntü kapsamında kabul etmeyen son derece hatalı yaklaşımdır.

Bu noktada nelerin adli işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği hususunun tespiti önem taşımaktadır. Bu bağlamda tutuklu sanıkların gerek adliye binası içindeki, gerekse adliye binasının dışından içeriye nakli hallerinin adli işlem olarak kabul edilmesi gerektiği söylenmiştir¹²⁴⁹. Bu görüşlerinden anladığımız kadarıyla Özbek/Doğan adliye koridorunda duruşma bekleyen tutuklu sanıklar ile tutuklu olmayanlar arasında maddenin düzenlenme amacına göre bir ayrıma gitmekte ve birinciler bakımından ses veya görüntü kaydı veya naklinin bu yasağın ihlali anlamına geleceği sonucunu çıkarmaktadır. Biz de yazarların bu görüşüne katılmaktayız. Zira böyle bir durumda sanığın örneğin elleri kelepçeli ve iki yanında silahlı jandarmalarla çekilmiş bir görüntüsünün kayıt veya nakli halinde korunmak istenen hukuksal değer olan masumiyet karinesinin ihlal edilebileceği ortadadır. Hatta bu görüntülerin yayınlanması halinde, TCK m. 285/5'deki suçun oluşabileceği de ayrıca tartışılabilir.

Bize göre TCK m. 286 ve CMK m. 183 düzenlemelerine bu anlamda getirilmesi gereken önemli bir eleştiri de birbiriyle son derece ilgili olan bu iki maddenin üstelik de sonucunun bir cezai yaptırım olması sebebiyle bu kadar terim birliğinden yoksun ve kanunilik ile belirlilik ilkeleri bakımından sakıncalar yaratabilecek şekilde kaleme alınmış olmasıdır. CMK'nın 183. maddesinin kendi içerisinde yanlışlıkları yukarıda dile getirdik ancak bu yanlışlıklar çözülsün bile yine de bu maddeyle TCK'nın 286. maddesi arasında tartışmaya açık boşluklar ve terminolojik farklılık devam edecektir. Çünkü TCK m. 286'da soruşturma ve kovuşturma işlemlerinden, CMK m. 183'de ise adli işlemlerden söz edilmektedir.

Özbek/Doğan'a göre maddede duruşma salonu zaten adliye binası içerisinde yer aldığından hükümde adliye binası ve duruşma salonu içerisinde şeklinde yapılan ayrımın bir anlamı yoktur¹²⁵⁰. Biz yazarların bu değerlendirmesine katılmıyoruz. Zira günümüzde güncel bir takım davalar adliye içerisinde değil, bir cezaevi içerisinde

¹²⁴⁹ Özbek/Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 768

¹²⁵⁰ **A.g.e.**, s. 765

yer alan duruşma salonunda görülebilmektedir. Gerçekten mülga CMK m. 252/1-c'ye göre güvenliğin sağlanması bakımından CMK'nın 250. maddesi kapsamına giren suçlarla¹²⁵¹ ilgili davaların duruşmasının başka bir yerde yapılmasına mahkemece karar verilebilmesi mümkündür. Bu imkanın 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra da aynen devam ettiği açıktır. Zira 6352 sy. kanunun Geçici 2. maddesinin 4. fıkrasına göre açılmış olan davalar bakımından özel görevli mahkemeler yargılamaya TMK m. 10'un kovuşturmayla ilişkin hükümlerini uygulayarak devam edeceklerdir. Mülga CMK m. 252/1-c ise, TMK m. 10'un g bendinin “Güvenliğin sağlanması bakımından duruşmanın başka bir yerde yapılmasına karar verilebilir.” hükmüyle mevzuatta aynen muhafaza edilmiştir. Bu bağlamda CMK'nın 19. maddesinde öngörülen durumların davanın nakliyle ilgili olduğunu, bunun duruşmanın başka bir yerde yapılması ile karıştırılmaması gerektiğini ifade etmek gerekir.

Son olarak CMK m. 183'ün “*duruşma başladıktan sonra duruşma salonunda*” şeklindeki ifade biçiminden, yasağın sanki duruşma başlamadan önce duruşma salonunda söz konusu olmayacağı gibi bir sonuç çıktığı söylenmelidir¹²⁵².

c. Ses ve Görüntü Alıcı Aletlerin Kullanılması Yasağının İstisnaları

1) CMK'nın 183. Maddesinde Açıkça Düzenlenen İstisnalar

CMK'nın 183. maddesinde öngörülen yasağın iki istisnası maddede sayılmıştır. Bunlar “*180 inci maddenin beşinci fıkrası ile 196ncı maddenin dördüncü fıkrası*” hükümleridir. Ancak CMK'nın ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağının istisnasını oluşturan maddeleri bu sayılanlarla sınırlı değildir.

Öncelikle CMK'nın 183. maddesinde sayılan istisnalardan CMK m. 180/5 hükmüne göre; “*.....tanık veya bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu*

¹²⁵¹ Bu suçlar CMK m. 250/1'de “1) *Türk Ceza Kanununda yer alan;*

a) *Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu veya uyarıcı Madde imal ve ticareti suçu,*
b) *Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,*

c) *İkinci Kitap Dördüncü Kısımın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci Maddeler hariç)*” olarak sayılmıştır.

¹²⁵² Özbek/Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 765

yöntem uygulanarak ifade alınır. Buna olanak verecek teknik donanımın kurulmasına ve kullanılmasına ilişkin esas ve usuller yönetmelikte gösterilir.” Bu maddede sözü edilen tanık veya bilirkişi, CMK m. 180/1’e göre naiple veya istinabe yoluyla dinlenen tanık veya bilirkişi ya da CMK m. 180/3 hükmüne göre kendi mahkemesi önünde dinlenen tanık veya bilirkişi olabilir.

Yasağın CMK’nın 183. maddesinde sayılan ikinci istisnası, sanığın duruşmadan bağımsız tutulmasıyla ilgili CMK m. 196/4’de öngörülen; “.....*sanığın aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle sorgusunun yapılabilmesi olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak sorgu yapılır.”* hükmüdür.

2) CMK’nın 183. Maddesinde Açıkça Düzenlenmeyen İstisnalar

a) Tanıkların Dinlenmesi ve Korunmasıyla İlgili İstisnalar

Yasağın 183. maddede sayılmayan diğer bir istisnası CMK’nın tanıkların dinlenmesiyle ilgili 52. maddesinin 3. ve 4. fıkrası hükümleridir. Bu düzenlemelere göre tanıkların dinlenmesi sırasındaki görüntü veya sesler kayda alınabilir. Bu suretle elde edilen ses ve görüntü kayıtları, sadece ceza muhakemesinde kullanılır. Ancak mağdur çocukların ve duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin tanıklığında bu kayıt zorunludur. Yine tanıkların korunmasıyla ilgili CMK m. 58/3’e göre de; “*Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir.”* Ancak bu düzenlemeye göre tanığın hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yani nakil yapılması zorunludur.

b) Fizik Kimliğin Tespitiyle İlgili İstisnalar

Fizik kimliğin tespiti CMK'nın aynı kenar başlıklı 81. maddesinde¹²⁵³ düzenlenmiştir. Fizik kimliğin tespiti işleminin, CMK m. 183'deki terimle bir adli işlem olduğunda; TCK m. 286'daki terimle de icra edildiği evreye bağlı olarak soruşturma veya kovuşturma işlemi olacağında kuşku bulunmamaktadır. Bu işlem sırasında da fizik kimliği tespit edilecek şüpheli veya sanığın, maddede öngörülen kişisel verileri ve teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri yanında “fotoğrafi”¹²⁵⁴ ile “sesi ve görüntüleri”nin de kayda alınması söz konusudur. Maddede bu işlemin Cumhuriyet savcısının emriyle yapılması öngörülmüştür. Ancak bize göre fizik kimliğin tespiti işlemine özellikle kovuşturma evresinde hakim veya mahkemenin de karar vermesi mümkün hatta gereklidir. Nitekim maddenin 5353 sy. kanunla değiştirilmeden önceki şeklinde tedbire hakim kararıyla da başvurulabiliyordu. Yine ilgili yönetmelikte hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerinde tedbire hakim veya mahkeme kararıyla da başvurulabileceği düzenlenmiştir. Özetle tedbire hakim veya mahkemenin karar vermesi de mümkün olup, kayda alma işleminin bu durumda da TCK m. 286 anlamında “yetkisiz” bir işlem olmayacağında kuşku yoktur¹²⁵⁵. Burada fizik kimliğin tespiti işleminin niteliği gereği ses ve görüntülerin nakli söz konusu değildir, kaydedilen ses ve görüntüler de diğer toplanan veriler gibi soruşturma veya kovuşturma ile ilgili dosyaya konulacaktır. Kişisel veri niteliğindeki bütün bu kayıtlar ikinci fıkrada sayılan hallerde Cumhuriyet Savcısı huzurunda derhâl yok edilecek ve bu husus tutanağa geçirilecektir.

CMK m. 81 hükmü yanında ayrıca 2559 sy. Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu'nun 5. maddesinde de adli amaçlı olarak da başvurulabilecek bir fizik kimliğin tespiti hali daha düzenlenmiştir. PVSK m. 5/5'e göre, gözaltına alınanların

¹²⁵³ Söz konusu hükme göre; “(1) Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur.

(2) Kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde söz konusu kayıtlar Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.”

¹²⁵⁴ Kanımızca bu maddede de, görüntü kavramı kapsamında yer alan “fotoğraf”ı ayrıca zikretmek hatalıdır.

¹²⁵⁵ Özbek/ Doğan, CMK İzmir Şerhi, s. 295

parmak izleri ile birlikte fotoğrafları da alınarak sisteme kaydedilecektir. Bu hükmün de CMK m. 183'deki yasağın bir istisnası olduğunda şüphe yoktur.

c) Otopsiyle İlgili İstisna

CMK'nın otopsi işleminin düzenlendiği 87. maddesinin 5. fıkrasında da otopsi işlemleri yapılırken cesedin görüntülerinin kayda alınması öngörülmüştür.

d) Özel Soruşturma Tedbirleriyle İlgili İstisnalar

Ayrıca CMK'da düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK m. 135) ve teknik araçlarla izleme (CMK m. 140) gibi özel soruşturma tedbirleri kapsamında gerçekleştirilen ses ve/veya görüntü kayıtları da tedbirlere hukuka uygun olarak başvurulmuş olması koşuluyla CMK'nın 183. maddesinde öngörülen yasağın istisnasını oluşturacak ve dolayısıyla TCK m. 286'da düzenlenen suç oluşturmayacaktır.

e) İfade Alma, Sorgu ve Duruşma Tutanağıyla İlgili İstisnalar

CMK'nın "*İfade ve sorgunun tarzı*" kenar başlıklı 147. maddesinin h bendinde ifade ve sorgu işlemlerinin kaydında teknik imkânlardan yararlanılması öngörülmüştür. Bu kapsamda ifadesi alınan veya sorgusu yapılan şüpheli veya sanığın ses ve görüntüsünün kayda alınması olanaklıdır. CMK'da sorgu şüpheli veya sanığın hâkim veya mahkeme tarafından soruşturma veya kovuşturma konusu suçla ilgili olarak dinlenmesi olarak tanımlanmıştır. Bu kapsamda duruşma tutanağıyla ilgili CMK m. 219/1'in "*Duruşmada yapılan işlemlerin teknik araçlarla kayda alınması halinde, bu kayıtlar vakit geçirilmeksizin yazılı tutanağa dönüştürülerek mahkeme başkanı veya hâkim ile zabıt kâtabi tarafından imzalanır.*" şeklindeki 3. cümlesinde sözü edilen işlemlerin başta sanığın duruşmada sorgusu olmak üzere nitelikleri elverdiği ölçüde öncelikle CMK kapsamında ses ve görüntünün kayıt ve nakline izin verilen yukarıda ele aldığımız işlemler olacağına kuşku yoktur. Doktrinde bu maddenin bu işlemlerle sınırlı olmaksızın duruşmanın tamamı bakımından teknik araçlarla kayıt yapılmasına olanak verdiği söylenmektedir¹²⁵⁶.

¹²⁵⁶ Donay, CMK Şerhi, s. 344; Özbek/Doğan, CMK İzmir Şerhi, s. 855-856

f) Teşhise İlişkin İstisna

PVSK ek m. 6/15'e göre “*Teşhis işlemine tâbi tutulan kişilerin, bu işlem sırasında birlikte fotoğrafları çekilerek veya görüntüleri kayda alınarak, soruşturma dosyasına konur.*” İşte bu kapsamda çekilen fotoğraflar ile kayda alınan görüntüler de CMK'nın 183. maddesindeki yasağın bir istisnasını oluşturmaktadır.

g) Yüce Divan Yargılamasıyla İlgili İstisna

6216 sy. kanun m. 57/4'de Yüce Divan yargılaması bakımından duruşma sırasında başkanın uygun göreceği teknik araçlarla kayıt yapılması ve yine bu kayda dayanılarak düzenlenen duruşma tutanaklarının her sayfasının başkan ile tutanağı düzenleyenler tarafından imzalanması öngörülmüştür. Bu kapsamda alınan kayıtların da yasağın istisnalarından olduğunda kuşku yoktur.

3) Yasağın İstisnalarına İlişkin Değerlendirme

Yukarıda saydığımız yasağın istisnalarının bir kısmının maddede sayılıp, diğer bir kısmının sayılmamış olması Özbek/Doğan tarafından bir eksiklik olarak değerlendirilmiştir¹²⁵⁷. Buna karşılık Donay maddede bu istisnalara hiç yer verilmemesi gerektiğini, bunun gereksiz olduğunu çünkü CMK'nın ses ve görüntü alıcı aletlerin kullanılması yasağının istisnasını oluşturan bütün maddelerinin kanun hükmünü yerine getirme hukuku uygunluk nedeni kapsamında zaten hukuka uygun olacağı görüşünü savunmuştur¹²⁵⁸. Biz de yazarın bu görüşüne katılıyoruz. Kaldı ki yasağın istisnalarının bazılarının maddede sayılarak bazılarının sayılmamış olması, yasağın ihlali TCK'nın 286. maddesinde düzenlenen suç oluşturacağı için kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından da sakıncalıdır.

Bu bağlamda 183. maddede sayılmış olsun veya olmasın CMK'nın 183. maddesinde öngörülen yasağın CMK'da, PVSK'da veya diğer kanunlarda öngörülen bütün istisnaları bakımından TCK m. 286 anlamında “*yetkisiz*” değil kanunun verdiği yetkiye dayanan bir kayıt veya nakil söz konusu olacağı için, bu yetkilere

¹²⁵⁷ Özbek/Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 769

¹²⁵⁸ Donay, **CMK Şerhi**, s. 308

dayanılarak yapılan ses veya görüntülerin kayda alınması veya nakli bu suçu oluşturmaz.

Özbek/Doğan'a göre somut olayın özelliği gerektiriyorsa adliye binası içerisinde adli işlemlerle sınırlı olan yasağın bu işlemlerle sınırlı olmaksızın mutlak olarak uygulanmasına mahkeme başkanı tarafından karar verilebilmelidir¹²⁵⁹. Bize göre bu olanaksızdır, esas olan özgürlük olduğu için kanunda öngörülme, üstelik de ihlali ceza yaptırımıyla karşılanan bir yasağın, kanun açıkça yetki vermedikten sonra hakim kararıyla bile olsa genişletilmesi kabul edilemez. Kaldı ki, hakim veya mahkeme başkanının CMK'nın 192. ve 203. maddelerinde düzenlenen duruşmayı yönetme görevi ve duruşmanın düzenini sağlama yetkisi duruşma salonunun içerisi ve duruşma ile sınırlıdır. Bu görev ve yetkiyi daha geniş olarak kabul etmek adliyedeki her hakimin veya mahkeme başkanının çeşitli kararlar alarak, birbiriyle ters düşebilecek uygulamalara gitmesine açık kapı bırakır ki bu kabul edilemez.

Diğer taraftan Yurtcan, TCK'nın 286. maddesinde “*yetkisiz*” kayıt veya nakilden söz edildiği için duruşmada hakim tarafından kayıt veya nakle izin verilebileceği görüşündedir¹²⁶⁰. Eğer yazar yasağın CMK ve PYSK gibi kanunda düzenlenen istisnalarından söz etmiyorsa, CMK'nın 183. maddesinde öngörülen yasağın emredici ifadesi karşısında bu görüş isabetli değildir. Yine diğer bazı yazarlara göre, kayıt veya nakil için Cumhuriyet Savcısı veya hakimden yazılı veya sözlü olarak izin alınması gereklidir, bu durumda fail “*yetkili*” olacağından eylem hukuka uygun olacaktır¹²⁶¹. Aslında TCK m. 286'nın gerekçesinde de; “*Hâkim veya savcı tarafından uygun görülmesi durumunda, kayıt alma işleminin yapılmasının suç oluşturmayacağı muhakkaktır. Bu nedenle, madde metninde bu kayıt ve nakletme işlemlerinin yetkisiz olarak yapılmasının, söz konusu suçu oluşturacağı kabul edilmiştir.*” şeklinde yazarların görüşünü kısmen destekler bir ifadeye yer verilmiştir.

¹²⁵⁹ Özbek/Doğan, **CMK İzmir Şerhi**, s. 767

¹²⁶⁰ Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliyeye Karşı Suçlar**, s. 96

¹²⁶¹ Yaşar/Gökcan/ Artuç, **a.g.e.** , s. 8102; Meran, **a.g.e.** , s. 362-363; Aynı görüşteki diğer bazı yazarlara göre soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcısı yetkili olduğundan adli kolluk amirleri ve görevlilerinin bu kayıt ve nakle izin verme yetkileri bulunmamaktadır. Bize göre diğerleri gibi yine “*izin*”den söz eden yazarlar gerek “*izin*” ve “*yetki*” kavramları, gerekse suçla korunmak istenen hukuksal değer noktasında yanılmaktadırlar, bu suçla korunmak istenen değerler ve özellikle soruşturma ile ilgili kişilerin kişilik hakları kanunun açıkça yetki vermemesine rağmen hakimlerin veya savcılarının üzerinde takdir yetkisi kullanabileceği konular değildir. Kaldı ki CMK m. 183'deki yasak hakim ve savcılarını da bağlamaktadır. Bu görüşler için bkz. Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4362

Bu gerekçeyi eleştiren Donay'a göre¹²⁶²; “*Bu durumda yargıca takdir yetkisi tanımak doğru değildir. Eğer bir yasaklama kişi lehine getirilmişse, bunu izinle kaldırmak sübjektif değerlendirmelere neden olur. Madde metninde bu kayıt ve nakletme işlemlerinin ‘yetkisiz olarak’ yapılması şartının aranması bu durumu da açıkça belirlememektedir. Buradaki yetki yasanın öngördüğü haller ile sınırlıdır. Bu konuda CMK m. 183 düzenlemesi dikkate alınmalıdır.*”

Biz de Donay'ın görüşünü destekliyor ve maddenin gerekçesiyle gerekçeyle aynı doğrultudaki görüşlere katılmıyoruz. Kanun koyucu eğer kayıt veya nakli Cumhuriyet Savcısı, hakim veya mahkeme başkanının vereceği bir izne bağlamış olsaydı, bu hususu TCK m. 286 metninde açıkça “*izinsiz*” ifadesini kullanarak ifade ederdi, oysa maddede “*yetkisiz*” ifadesi kullanılmıştır. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde¹²⁶³ yetki, “*bir görevi, bir işi yasaların verdiği imkânlarla göre, belli şartlarla yürütmeyi sağlayan hak, salâhiyet*” olarak, Ceza Yargılama Yasası Terimleri Sözlüğü'nde yetki, “*yasadan ya da sözleşmeden doğan türe gücü*” olarak tanımlanmıştır¹²⁶⁴. Gerçekten özellikle ceza ve ceza muhakemesi hukuku bakımından yetki kamusal bir kavram olup, kaynağını Anayasa'dan alması ve kanunla düzenlenip onu kullanan kişilere kanunla verilmesi gerekir. Bu bağlamda TCK m. 286'nın yaptırımını oluşturduğu CMK m. 183'de gereksiz ve hatalı olarak kazuistik bir yöntem izlenmiş olsa da, böyle bir yöntemin izlenmiş olması aslında bu yasak konusunda kanun koyucunun amacını ortaya koymaktadır. Bize göre kanun koyucu yine kanunla belirlenen istisnaları dışında bu yasağı mutlak olarak öngörmüştür. Bu yüzden TCK m. 286'nın gerekçesini de bu doğrultuda anlamak gerekir.

Gerçekten yasak ve yasağın istisnaları CMK ve PYSK gibi kanunlarda açıkça gösterilmiş, üstelik de yasağın ihlali halinde TCK m. 286'ya göre cezai yaptırım öngörülmüşken; bize göre bu yasağın kapsamının hakim kararıyla bile olsa genişletilebilmesi de, daraltılabilmesi de kanunilik ve belirlilik ilkeleri karşısında mümkün değildir. Bu anlamda arama gibi kayıt ve nakle olanak veren bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı adli işlemler sırasında kolluk tarafından kamera kullanılması gibi örnekler tamamen yetkisiz olup, hukuka aykırıdır¹²⁶⁵. Yine bize

¹²⁶² Donay, **TCK Şerhi**, s. 409-410

¹²⁶³ <http://www.tdksozluk.com/sozara.php?qu=yetki&ne=a>

¹²⁶⁴ <http://www.tdkterim.gov.tr/?kelime=yetki&kategori=terim&hng=md>

¹²⁶⁵ Kanımızca 20.09.2011 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan “*Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik*” hükümlerinin de, kanunla belirlenen

göre hakim veya mahkeme başkanının CMK'nın 192. ve 203. maddelerinde düzenlenen duruşmayı yönetme görevi ve duruşmanın düzenini sağlama yetkisi, ses ve görüntü kayıt ve nakline ilişkin olarak kanunun suskun kaldığı alanlarda bunlara izin verme veya bunlara ilişkin yasağı genişletme yetkisini içermez. Ancak kanımızca ses ve görüntü kaydedici aletlerin kullanılması yasağının istisnaları bakımından kanunla belirlenecek şartlar altında ve özellikle sanıkların masumiyet karinesine ve adil yargılanma haklarına zarar vermemek kaydıyla duruşmaların yayınlanabilmesine ilişkin açık bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Böylece dolaylı aleniyetin sağlanması bakımından gerektiğinde bu yola gidilebilir.

Kayıt yetkisinin nakletme yetkisini de sağlayacağı, yetkisiz kaydın ise nakli de engelleyeceği söylenmiştir¹²⁶⁶. CMK'da düzenlenen ve yasağın istisnası niteliğindeki kimi işlemler yönünden yalnızca kayıt (CMK m. 52/3-4, 81, 87/5, CMK m. 135, CMK m. 140/1), kimi işlemler yönündense yalnızca nakil (CMK m. 58/3) (aktarma) yapılmasından söz edilmiştir. Bununla birlikte kaydın çok zaman nakli de gerektirebileceği açık olduğundan, somut olayda kanunun amacına açıkça aykırı olmadıkça kayıt yetkisinin, nakli de kapsadığı kabul edilmelidir.

2. Hukuk Muhakemesi Bakımından

a. Kayıt Yasağının İhlali

Burada suçun unsurları bakımından HMK m. 153/1'de öngörülen yasakları ele almak gerektiğini daha önce ifade etmiştik. Öncelikle HMK m. 153/1'in ilk cümlesinde düzenlenen kayıt yasağının tipe uygun eylem unsuru, duruşma sırasında fotoğraf çekilmesi veya herhangi bir surette ses ve görüntü kaydı yapılmasıdır. Bu yönden suç seçimlik hareketli bir suç olarak görünmektedir. Duruşma sırasında fotoğraf çekilmesi veya herhangi bir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılmasıyla suç oluşur. Şu kadar ki çalışmamız kapsamında yukarıda açıkladığımız gibi görüntü kavramının kapsamına fotoğrafın da girdiğini düşündüğümüz ve kanun koyucunun

sınırlı sayıdaki ses ve görüntü kaydının mümkün olduğu işlemlerin kapsamını genişletecek şekilde anlaşılması ve uygulanması mümkün değildir. Nitekim söz konusu yönetmeliğin 9. maddesinin 1. fıkrasında; *“Görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması olanağının varlığı hâlinde, kanunlardaki usul ve esaslar dairesinde, soruşturma veya kovuşturma aşamasında yapılan her türlü işlem SEGBİS ile kayda alınır.”* ifadesini kanunlarca izin verilen veya zorunlu tutulan her türlü işlem bakımından SEGBİS ile kayda alma mümkündür olarak anlamak zorunludur.

¹²⁶⁶ Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Adliye Karşı Suçlar**, s. 96

“ses ve görüntü” yanında ayrıca fotoğraftan söz etmesini gereksiz bir tekrar olarak gördüğümüz için bu suçun tek hareketli¹²⁶⁷ bir suç olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayız. Nitekim kanun koyucu, bu konudaki yanılığını CMK’nın 183. maddesinde de ortaya koymuş ve “görüntü” kavramına fotoğrafın girmediğini kabul ederek, CMK m. 183’de öngörülen yasağın kapsamına fotoğraf çekilmesinin girmediğini savunmuştur. Ancak bu görüşler doktrinde de haklı olarak taraftar bulmamıştır¹²⁶⁸.

Yine maddede “ses ve görüntü” denilerek “ve” bağlacı kullanılması, maddenin amacı bakımından hatalı olmuştur. Böylece yalnızca ses veya yalnızca görüntü kaydı halinde ve bu görüntü fotoğraf değilse, suçun oluşmayabileceği söylenecektir. Bu durum kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından zaten sakıncalar taşıyan düzenlemeyi daha da belirsiz bir hale sokmaktadır. Nitekim TCK’nın 286. maddesinde daha doğru olarak “ses veya görüntüler” ifadesiyle “veya” bağlacı kullanılmıştır. Ayrıca yine maddede sadece ses ve görüntünün “kaydı” cezalandırılmakta, “nakli” ise madde kapsamı dışında bırakılmaktadır. Örneğin ses veya görüntülerin kayıt edilmeksizin 3G görüntülü konuşma teknolojisiyle yalnızca nakil edilmesi durumunda suç oluşmayacaktır. TCK’nın 286. maddesinde kayıt ve nakil ayrı ayrı seçimlik hareketler olarak sayılmıştır. Eğer bu suçun unsurları HMK’da düzenlendiyse en azından bu unsurların TCK m. 286 ile uyumlu düzenlenmesi, kanunilik ve belirlilik ilkeleri ile maddenin amacı bakımından daha iyi olurdu.

b. Yayın Yasağının İhlali

HMK m. 153’ün son cümlesinde düzenlenen yayın yasağı da tek hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge veya tutanağın yayınlanmasıyla bu suç oluşacaktır. Suç neticesi hareket bitişik bir suç olup yayının yapılmasıyla suç oluşur.

¹²⁶⁷ Kanımızca bu suçun serbest veya bağlı hareketli olup olmadığı değerlendirmesi önem taşımaz. Çünkü neticesi harekete bitişik bu soyut tehlike suçu bakımından hareket de netice de aynıdır. Kunter’e göre de; her suçun hareket unsurunun kanuni tipte tayin ve tasrih edilmesi zaruri değildir. Neticesi harekete bitişik suçlarda hareketin tayin edilmesi neticenin de tayin edilmesi demek olacağına göre kanuni tipte muhakkak bir sarahat olacaktır. Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 14

¹²⁶⁸ Çetin, **a.g.e.**, s. 793

Yayının internet, gazete veya radyo-televizyon yoluyla gerçekleştirilmesi mümkündür. Kanımızca dava dosyası içerisinde tek bir belge veya tutanağın veya tek bir çekim ve kaydın yayınlanması halinde de suç oluşur. Bu suç aynı zamanda bir soyut tehlike suçudur. Yayının yapılmasıyla, suç konusu bakımından tehlikeli neticenin gerçekleştiği varsayılmaktadır. Burada yalnızca yargılamanın zorunlu kıldığı hâllerde, mahkemece yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge veya tutanağın yayını suçun kapsamına alınmıştır. Bu durumda “mahkemece yapılan çekim ve kayıtlar” dışındaki ses veya görüntülerin kaydedilmeden örneğin 3G görüntülü konuşma teknolojisiyle yayınlanması halinde suç oluşmayacaktır.

H. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Ünver’e göre bir kimse yetkili olarak kayıt veya nakil yapmışsa, eylem bazen hukuka uygun, bazen de hukuka aykırı olabilir fakat her halükarda eylem bu madde kapsamında bir eylem olmayacak ve bu suça vücut vermeyecektir¹²⁶⁹. Bize göre yazarın burada kastettiği TCK m. 24/4 gereği “Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği haller...”dir. Örneğin CMK kapsamında ses veya görüntü kayıt veya naklinin mümkün olduğu durumlarda alınan kararlara ilişkin işlemlerin icrası noktasında kolluk memuru kararın içeriğini ve CMK’da yazılı şartlara uygun olarak alınıp alınmadığını araştırma yetkisine sahip değildir, bununla birlikte kolluk memuru kendisine gelen emrin biçimsel olarak hukuka uygunluğunu denetleyebilecektir. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği bu gibi durumlarda emrin yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur. Böyle bir durumda yetkili olarak yapılan kayıt veya nakil muhakeme hukukuna aykırı olacak ancak suç oluşturmayacaktır zira TCK m. 24/3’e göre; “Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.”

Kanımızca Ünver’in bu suçun hukuka aykırılık unsuruyla ilgili görüşleri çelişkilidir¹²⁷⁰. Zira yukarıdaki görüşleri savunan yazar, hemen ardından maddede kullanılan “yetkisiz olarak” ibaresini “hukuka/kanuna aykırı olarak” anlamında kabul etmektedir. Yazara göre; CMK’nın izin verdiği veya bazen yükümlülük olarak

¹²⁶⁹ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 358

¹²⁷⁰ Yazarın bu paragrafta özetleyeceğimiz görüşleri için bkz. **A.g.e.**, s. 358-359

düzenlediği bazı durumlarda, belirli ceza muhakemesi işlemleri yapılırken ses veya görüntülerin kayda alınması kanunun ifadesiyle “*yetkili olarak*”, daha iyi bir ifadeyle “*kanuna/hukuka uygun*” olarak gerçekleştirilirse suç teşkil etmeyecektir. Yine yazar bizim de yanlış bulduğumuz gerekçeyi eleştirmekle birlikte, kaynağı bir kanun hükmü olsa bile hakim veya savcı kayda alma veya nakil işlemini, kanuna veya hukuka aykırı olarak uygun gördüğünde, kişinin o işlemle ilgili “*yetkili*” hale gelmeyeceğini savunmaktadır. Ayrıca yazar maddede geçen “*yetkili*” kelimesinin kişi olarak “*yetkili*” ile karıştırılmaya müsait olması sebebiyle her somut olayda karar veren, uygun gören veya yapan makamın statüsünden bağımsız olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu nedenle yazara göre, sadece hakim veya savcının uygun bulması veya sadece gerçekleştiren kimsenin “*yetkili olması*” değil, hukuka uygun bir kayıt işleminin olup olmamasına göre bir hukuksal değerlendirme yapmak gerekir. Bununla birlikte yazar yine bu görüşleriyle çelişkili biçimde yetkili bir kimse tarafından yapılan hukuka aykırı bir işlemin bu suçu oluşturmayacağı sonucuna varmaktadır.

Kanımızca, maddede “*yetkisiz olarak*” ibaresi kullanıldığı için bunun makam anlamında yetkili kişiyle karıştırılması mümkün değildir. Bize göre yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız CMK, PYSK gibi kanunların ilgili hükümlerine göre yetkili olarak gerçekleştirilen kayıt veya nakiller bakımından bu kayıt ve nakillerin hukuka aykırılığı bir şekilde daha sonra ortaya çıksa bile bu suçu oluşturması mümkün değildir. Kanun koyucu bu düzenleme biçimiyle soruşturma ve kovuşturma makamları bakımından güvenceli bir ara alan bırakmış ve kayıt veya naklin hukuka aykırı olduğu her durumda bu suçu oluşturmayacağını “*yetkisiz olarak*” ibaresini kullanmak suretiyle ortaya koymuştur. Şu kadar ki böyle bir düzenleme yapılmıyaydı bile soruşturma ve kovuşturma makamlarının hukuka aykırı olarak yapacakları kayıt ve nakiller bakımından bu suçun oluşup oluşmayacağı aslında manevi unsur kapsamında da çözülebilirdi. Diğer yandan bu ibarenin yukarıda ayrıntılı olarak ele aldığımız gibi kayıt ve naklin sınırlarını ortaya koymak bakımından da önemli bir işlevi olduğu açıktır.

Yine burada “*yetkisiz olarak*” ibaresinin doktrinde hukuka özel aykırılık olarak adlandırılan durumu ifade edip etmediği de tartışılmalıdır. Kanımızca bu ibare hukuka özel aykırılık hali olarak nitelendirilse bile yukarıda TCK m. 277

kapsamında açıkladığımız gibi manevi unsur kapsamında ele alınması gereken bir hukuka özel aykırılık hali olarak kabul edilemez. Kanımızca burada kullanılan “*yetkisiz olarak*” ibaresinin yalnızca özel bir hukuka uygunluk nedenini ifade etmekte olduğu düşünülebilir¹²⁷¹.

Bu suç bakımından iddia ve savunma hakkının bir hukuka uygunluk nedeni olamayacağı ve müdafinin de bu kapsamda bu suçu işlemesinin mümkün olduğu söylenmelidir¹²⁷².

İ. Suçun Manevi Unsuru

Bu suçun manevi unsuru genel kasttır. Kanunda özel olarak düzenlenmediği için bu suçun taksirle veya bilinçli taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suçun işlenmesi için herhangi bir özel kast veya saik de aranmamıştır¹²⁷³. Örneğin şüpheli konumundaki ve hayranı olduğu bir sanatçının görüntüsünü hatıra olarak saklamak isteyen bir kolluk görevlisi kendisinin de katıldığı adli işlem sırasında bu kişinin görüntüsünü kayda alsa, yine de bu suç oluşacaktır. Bazı yazarlarca bu suçun olası kastla işlenemeyeceği ancak doğrudan kastla işlenebileceği söylenmiştir¹²⁷⁴. Buna karşılık diğer bazı yazarlara göre bu suç olası kastla da işlenebilir¹²⁷⁵. Yukarıda ayrıntılı olarak izah ettiğimiz soyut tehlike suçlarının olası kastla işlenemeyeceği görüşümüz doğrultusunda bu suçun da olası kastla işlenmesi bize göre mümkün değildir.

K. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

Bu suç neticesi harekete bitişik bir suç olmakla birlikte hareketin bölünebildiği hallerde teşebbüsün gerçekleşebileceği konusunda yazarlar arasında görüş birliği vardır. Örneğin duruşma sırasında fotoğraf çekmek üzereyken veya kayıt veya nakil

¹²⁷¹ Katoğlu, **a.g.e.** , s. 125

¹²⁷² Donay, **TCK Şerhi**, s. 410

¹²⁷³ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8102; Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4363, Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 359

¹²⁷⁴ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4363; Meran, **a.g.e.** , s. 364

¹²⁷⁵ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 359; Yaşar/ Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8102

yapmak üzere kamerayı hazır hale getirme aşamasında engellenen bir failin eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığının düşünülebileceği söylenmiştir¹²⁷⁶.

Nitekim Ünver'e göre de kayda alma veya nakil belirli bir zaman dilimine yayılabilir ve bölünebilir hareketlerle gerçekleştirilebilir ve icra hareketlerine başlanmakla birlikte, hareketler failin iradesi dışında kesilmişse, fail hakkında suça teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır¹²⁷⁷. Ancak suç neticesi harekete bitişik bir suç olduğu için az veya çok kayıt veya nakil gerçekleştiği takdirde suçun tamamlanmış olacağında şüphe yoktur¹²⁷⁸. Biz soyut tehlike suçlarına teşebbüsün mümkün olmaması gerektiğini düşündüğümüzden yazarların bu görüşlerine katılmamaktayız.

2. İştirak

Bu suça iştirak bir özellik arz etmediğinden TCK'nın iştirake ve dolaylı faillğe ilişkin genel hükümleri bu suç bakımından da uygulanabilir¹²⁷⁹. Ancak eylemine katılan kişinin mutlaka kayıt veya nakle yetkisiz bir kişi olması gereklidir¹²⁸⁰. İcrai hareketle işlenebilecek bu suça ihmali hareketle iştirakin mümkün olduğu söylenmiştir¹²⁸¹. Gerçekten soruşturma veya kovuşturma evresinde böyle bir kayıt veya nakli önleme yükümlülüğü bulunan kişinin bu kayıt ve nakle engel olmamak şeklindeki ihmali hareketiyle bu suça iştirak etmesi mümkündür. Ayrıca bir medya mensubunun kapalı duruşmada bulunan bir kişiyi araç olarak kullanmak suretiyle ses veya görüntüleri nakletmesi gibi bir durumda bu suç bakımından dolaylı faillik hükümleri de uygulanabilir.

3. İçtima

a. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından

Bir soruşturma veya bir kovuşturma işlemi sırasında gerçekleştirilen kayıt veya nakil hareketleri örneğin birden fazla fotoğraf çekilmiş olması tek suç

¹²⁷⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.**, s. 8102, Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4363, Meran, **a.g.e.**, s. 364

¹²⁷⁷ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 359

¹²⁷⁸ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4363; Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 359, Meran, **a.g.e.**, s. 364

¹²⁷⁹ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.**, s. 4363; Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 360, Meran, **a.g.e.**, s. 364

¹²⁸⁰ Ünver, **Adliye Karşı Suçlar**, s. 360

¹²⁸¹ **A.g.e.**

sayılmalıdır¹²⁸². Aynı soruşturma veya kovuşturma ile ilgili farklı işlemler sırasında eylemin işlenmesi halinde TCK m. 43/1'e göre zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenmiştir¹²⁸³. Bize göre soruşturmayı ve kovuşturmayı bu anlamda ayrı ayrı anlamamak gereklidir. Bir olayla ilgili soruşturma evresindeki bazı işlemler sırasında, daha sonra da aynı olayla ilgili kovuşturma evresine geçildiğinde bu evredeki bazı işlemler sırasında kayıt veya nakil hareketleri gerçekleştirilmiş olabilir. Bu durumda da diğer şartları varsa zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekir. Yine bir soruşturma veya kovuşturmada birden fazla suç bulunsa bile önemli olan soruşturma veya kovuşturmanın tek olması olduğundan, bu soruşturma veya kovuşturmalardaki her bir işlem sırasında hareketin yapılması halinde tek suçun oluşacağı kabul edilmesi gerektiği söylenmiştir¹²⁸⁴. Bize göre bu örnek bakımından soruşturma veya kovuşturma konusu suçun şüphelisi/sanığı olan birden fazla kişi bulunması halinde de, bu kişiler ancak suçtan zarar gören olabileceğinden ve suç TCK m. 43/1'e göre mağduru belli bir kişi olmayan suçlardan olduğundan, bu kişilerden her birine ilişkin olarak kayıt veya naklin tek bir fiille gerçekleştirilmesi suçun tekliğini değiştirmez. Bu yüzden TCK m. 43/2'ye göre zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.

b. Fikri İçtima Hükümleri Bakımından

TCK m. 286'daki suçun işlenmesi suretiyle kayda alınan veya nakledilen görüntülerin kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde yayınlanması halinde gerçek içtimadan söz edilmesi ve failin hem TCK m. 286 hem de TCK m. 285/5'e göre cezalandırılması gerektiği savunulmuştur¹²⁸⁵. Bize göre bu ihtimal her zaman gerçekleşmeyebilir, örneğin sanığın elleri kelepçeli bir şekilde araçtan indirilip adliye binasına alınması sırasında 3G teknolojisi kullanılmak suretiyle görüntülerinin eş zamanlı yayınlanması halinde bize göre TCK m. 44'e göre fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Çünkü böyle bir durumda işlenen bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmiş olmaktadır. Bu takdirde failin, bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan yani TCK m. 285/5'e göre cezalandırılması gerekir.

¹²⁸² Yaşar/Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8102

¹²⁸³ **A.g.e.** , s. 8103

¹²⁸⁴ **A.g.e.**

¹²⁸⁵ Parlar/Hatipoğlu, **a.g.e.** , s. 4363

L. Suçun Yaptırımı ve Cezaya Etki Eden Sebepler

Bu suçun yaptırımını altı aya kadar hapis cezasıdır. Maddede cezanın alt sınırı belirtilmemiştir. Ancak TCK m. 49/1 hükmüne göre süreli hapis cezası kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az olamayacağı için alt sınırın bir ay hapis cezası olarak kabul edilmesi gerekir¹²⁸⁶. Bu suç bakımından şartları varsa hükmün açıklanması geri bırakılabileceği gibi verilen cezanın TCK m. 50'ye göre kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi veya TCK m. 51'e göre ertelenmesi de mümkündür.

Bu suçla ilgili kanunda cezayı ağırlatıcı veya hafifletici herhangi bir nitelikli hale yer verilmemiştir.

M. Muhakeme Usulü, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı

Bu suç şikayete tabi bir suç olmadığı için Cumhuriyet Savcılığı tarafından re'sen soruşturulur. Bu suçların kovuşturulmasında görevli mahkeme 5235 sy. Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 10. maddesi hükmüne göre "*Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları...*" sulh ceza mahkemelerinin görevi içinde olduğundan sulh ceza mahkemesidir. Bu suçun da dava zamanaşımı süresi TCK m. 66/1-e düzenlemesine göre sekiz yıldır.

¹²⁸⁶ Yaşar/ Gökcan/Artuç, **a.g.e.** , s. 8103

SONUÇ

Çalışmamızda açıklamaya çalıştığımız tespitler kitle iletişim özgürlüğü adil yargılanma hakkı çatışmasında pek çok değişkene bağlı sorunsalları ortaya koymaktadır. Değişkenler medyanın küreselleşen dünyada tam bir endüstri halini alması, tekelleşmesi, bireysel ekonomik çıkar amacının kitle iletişim özgürlüğüyle amaçlanan kamunun bilgilenme hakkının önüne geçmesinden başlayarak; kitle iletişim özgürlüğü alanındaki mevzuatın dağınıklığına kadar geniş bir yelpazede yer bulmaktadır. Sorunsallar ise devam eden ceza muhakemesi sürecinde medyanın yarattığı adil yargılanma hakkı ihlalleri ve yine medyanın suç siyasetine etkileri olarak ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda, sınırları oldukça geniş olan bu alanı sınırlandırmaya çalışarak sosyolojik ve kriminolojik bir takım tespitler ışığında, karşılaştırmalı hukuktan da yararlanarak özellikle kitle iletişim özgürlüğü bağlamında Türk hukukunda yer alan adil yargılanma hakkına karşı suçları analiz etmiş bulunmaktayız. Bu son aşamada vardığımız sonuçları özet olarak ve okuyucu açısında da kolaylık olması amacıyla maddeleyerek sıralamaya çalışacağız.

Öncelikle Türk hukukunda adil yargılanma hakkı kitle iletişim özgürlüğü çatışmasını düzenleyen hukuksal duruma ilişkin genel olarak aşağıdaki tespitler yapılabilir.

1. Ülkemizde kitle iletişim özgürlüğü alanını düzenleyen mevzuatın dağınıklığı ortadadır. Ayrıca bu alanda sıkça yapılan veya yapılması planlanan değişiklikler ve TCK'nın 5. maddesine rağmen özel sorumluluk düzenlemeleri getirilmesi gibi hususlar hukuk güvenliğine aykırı bir durum yaratmaktadır.

2. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden önce adil yargılanma hakkı kitle iletişim özgürlüğü çatışmasına ceza hukukunun müdahalesi temel olarak, 5237 sayılı TCK'da yer alan m. 277 hariç m. 285, m. 286 ve m. 288 gibi tamamen yeni suç tipleriyle ve ayrıca Basın Kanunu'nun 19. ve 21. maddesinde düzenlenen dar

anlamda basın suçu olarak anılan suç tipleriyle ortaya çıkmaktaydı. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra ise TCK m. 277'nin, 765 sy. TCK'nın 232. maddesinden tamamen farklı ve yeni bir suç tipi haline geldiğini söylemek yanlış olmaz. Dahası 6352 sy. kanunla BsK m. 19 da yürürlükten kaldırılmış ve TCK m. 277 ile m. 288 genel norm özel norm ilişkisine uygun biçimde ve birbirlerine çok benzer biçimde kaleme alınmıştır. Bu suç tipleriyle adli sırrın korunması ve yargının dış etkilerden korunması amaçlanmakla; özünde hukuksal değer olarak İHAS m. 6'nın lafzı anlamında adil yargılanma hakkının sert çekirdeğinde yer alan bağımsız ve tarafsız mahkeme, masumiyet karinesi, duruşmaların açıklığı ilkesinin istisnası olarak duruşmaların kapalı yapılmasını gerektiren durumlar korunmaktadır.

Çalışmamız kapsamında analiz ettiğimiz suçlara ilişkin vardığımız sonuçları ise aşağıdaki şekilde sistematize edebiliriz. Bu suçların önşartları, tipe uygun eylem unsurları ve konuları bağlamında aşağıdaki hususlar dikkat çekicidir.

1. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra 5237 sy. TCK'nın 277. maddesindeki “*Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs*” suçunun, 765 sy. TCK'nın 232. maddesiyle neredeyse hiç benzerliği kalmamıştır. Oysaki bu değişikliklerden önce TCK'nın 277. maddesi, 765 sy. TCK'nın 232. maddesinin karşılığı olarak öngörülmüştü. Bununla birlikte söz konusu değişikliklerden önce de TCK m. 277, mülga TCK m. 232'den farklılaşan bazı yönleriyle eleştiriye açıktı. Şöyle ki bu suç tipinin maddede örnek olarak sayılan hareket modellerine, “*her ne surette olursa olsun*” ibaresi eklenmek suretiyle serbest hareketli olarak düzenlenmiş olması suç tipinin yapısını mülga TCK m. 232'ye göre ciddi şekilde değiştirmişti. Yine serbest hareketli olarak düzenlenmesi sebebiyle bu suç tipi, diğer hareket modelleri bakımından söz konusu olabilecek özgü suç niteliğini kaybettiği gibi; çalışmamız kapsamında olsun olmasın pek çok suç tipiyle içtima ilişkisi içine girmesi ve böylece bir eylem sebebiyle birden fazla suçtan dava açılmasını sonuçlayabilecek bir niteliğe bürünmüştü. Bu durumun da başta kitle iletişim özgürlüğü ve ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere vereceği zarar açıktı. Bununla birlikte bu dönemde Yargıtay kararlarıyla özellikle bu hareket modelleriyle ilgili ortaya konulan astlık-üstlük ilişkisi, failin konumu gibi ölçütlerin bu açığı bir ölçüde kapattığı söylenebilir. Söz konusu hareket modelleri, 6352 sy. kanunla TCK m. 277'nin metninden çıkarıldığı gibi; suçun konusu

kapsamına yargı görevi yapanların yanı sıra bilirkişi ve tanıklar da dahil edilmiştir. Böylece Anayasa m. 138/2'nin yaptırımını niteliğindeki ve aslında yargı erkinin bağımsızlığını siyasi iktidara karşı koruması gereken bu suç tipi, artık bu amaca değil, farklı amaçlara hizmet edebilecek bir niteliğe bürünmüştür. Kanımızca bu yüzden Yargıtay'ın ortaya koyduğu söz konusu ölçütleri bu suç tipiyle ilgili olarak uygulamada halen dikkate almak gereklidir. Gerçekten bundan böyle “*emir vermek*” ve diğer örnek hareket modelleri maddede sayılmasa da, uygulamada bu içtihatlarda ortaya konulan ölçütlerin “*etkileyebilecek konumda olma*” üst başlığı altında mutlaka dikkate alınması gerekir. 6352 sy. kanunla gerçekleştirilen ve bu saydıklarımızla sınırlı olmayan değişiklikler neticesinde TCK m. 277 ve m. 288 genel norm özel norm ilişkisine göre yeniden düzenlenmiştir. Bu suç tipleri gerçekleştirmeleri için “*teşebbüs*” şartlarının aranacağı birer suç tipi olmaları sebebiyle somut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.

2. 6352 sy. kanunla TCK m. 277 ve m 288'deki suçların önşartı “*görülmekte olan bir dava*” veya “*yapılmakta olan bir soruşturma*” bulunması olarak aynı şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda m. 288'in önceki şeklinde kullanılan ve soruşturmayı niteleyen “*bir olayla ilgili başlatılan*” veya 6352 sy. kanunla değişik m. 277 ve m. 288'de öngörülen “*yapılmakta olan*” ibareleri yerine; “*bir suç işlendiği şüphesi üzerine başlatılan soruşturma*” gibi bir ifadeye maddelerde yer verilmesi kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından gereklidir. Böylece idari soruşturmaların veya disiplin soruşturmalarının maddelerin kapsamına girip girmediği tartışmalarına ve belirsizliğe bir son verilecektir.

3. Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun konusu bakımından 6352 sy. kanunla getirilen ve mülga BsK m. 19/1'de de kullanılan “*işlem içeriği*” ölçütünün bile yeterli belirlilikte olmadığı söylenmelidir.

4. Soruşturmanın gizliliğini ihlal suçu 6352 sayılı kanunla yapılan değişikliklerden sonra; TCK m. 285/1-a bakımından zarar, m. 285/1-b bakımından somut tehlike ve m. 285/2 bakımından soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme biçimi masumiyet karinesini ve adil yargılanma hakkını koruma amacını geri plana atarak, soruşturma makamlarının işlemlerini ve hatta keyfiliğini koruma amacına yönelik bir skala ortaya koymaktadır. Dahası bu değişiklikler yapılırken,

TCK m. 285'deki kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçuyla uyumun gözetilmemesi bir başka eksikliktir.

5. TCK m. 285/1-a'da yer alan; “*suçlu sayılmama karinesinden yararlanma hakkının*” şeklindeki ifadeyle, masumiyet karinesini korumak amacı taşıyan bir düzenlemede “*suçlu*” ibaresine yer verilmesi yanlıştır. Hukuk dilinde “*suçlu sayılmama karinesi*” diye bir terminoloji bulunmamaktadır.

6. Kanunilik ve belirlilik ilkeleri karşısında açık duruşmalar bakımından söz konusu olabilecek CMK m. 187/3'deki yayın yasağının ihlali TCK m. 285/3'de düzenlenen kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçunu oluşturmayacaktır. Bu yayın yasağının da suç kapsamına alınması isteniyorsa bu doğrultuda kanunilik ve belirlilik ilkelerine uygun şekilde maddenin yeniden kaleme alınması gereklidir.

7. TCK m. 285/5'de yalnızca görüntülerden söz edilmesi karşısında, suçla korunmak istenen hukuksal değerın görüntü yayını dışında bir yayımla veya herhangi bir şekilde kimliğin açıklanması suretiyle ihlal edilebileceği ve bu durumda suçun oluşmayacağı ortadadır. Ayrıca suç tipi somut tehlikenin ve nedensellik bağlantısının tespiti noktasında yeterli belirlilikten uzaktır. Bu doğrultuda 6352 sy. kanun kapsamında da herhangi bir değişiklik gerçekleştirilmemiştir. Bu yüzden suç tipinin FBsK'nın 35ter maddesine benzer şekilde yeniden kaleme alınması düşünülebilir. Kanımızca TCK m. 286'da ses veya görüntülerden söz edilirken, TCK m. 285/5'de sadece görüntülerden söz edilmesi gibi eksiklikler yabancı hukuklarda da bulunmakla birlikte madde yeniden düzenlenirken bu hususların da dikkate alınması gereklidir. Bununla birlikte TCK m. 285/5'de suç tipinin önceki şeklinde yer alan Türkçe yanlışlıkları 6352 sy. kanunla bir ölçüde düzeltilmiştir. Suç tipinin yeni halinde öngörülen “*kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması*” formülasyonu, dilin doğru kullanımı bakımından eskiye göre olumlu bir adımdır.

8. TCK'nın 286. maddesindeki suçla ilgili olarak, CMK'nın ses ve görüntü kaydedici aletlerin kullanılması yasağına ilişkin 183. maddesinde nelerin adli işlem olarak değerlendirilmesi gerektiği açık değildir. Yine kanun koyucunun HMK, CMK ve TCK kapsamında fotoğrafı görüntü saymayan, görüntüden farklı olarak kabul

eden hatalı yaklaşımının değişmesi gerekmektedir. Zira teknik ve etimolojik anlamda fotoğrafların da bir tür görüntü olduğunda şüphesizdir. Yine CMK'nın ses ve görüntü kaydedici aletlerin kullanılması yasağına ilişkin 183. maddesinde yasağın yalnızca iki istisnasının sayılması gereksizdir. CMK, PVSK gibi kanunlarda öngörülen hallerde zaten kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamında bunların yasağın istisnalarından olacağı açıktır. Bu gereksiz sayım kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından sakıncalıdır.

9. Ceza muhakemesi bakımından TCK'nın 286. maddesindeki suçun kapsamına kanunda gösterilen hallerde duruşmada tutulan kayıtların yayınının girmeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Dahası yasağa aykırı olarak elde edilen kayıtların bile, suçta iştirak etmemiş basın mensubu tarafından yayınlanması suç oluşturmaz. Bunun tek istisnası ses ve görüntülerin soruşturma veya kovuşturma işlemleriyle eş zamanlı olarak 3G teknolojisiyle nakledilerek yayınlanmasıdır. Kanımızca ses ve görüntü kaydedici aletlerin kullanılması yasağının istisnaları bakımından kanunla belirlenecek şartlar altında ve özellikle sanıkların masumiyet karinesine ve adil yargılanma haklarına zarar vermemek kaydıyla duruşmaların yayınlanabilmesine ilişkin açık bir düzenleme yapılabilir. Böylece dolaylı aleniyetin sağlanması bakımından gerektiğinde bu yola gidilebilir. 6352 sy. kanunla TCK m. 286'da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. İleride madde kapsamında dikkat çektiğimiz hususlara ilişkin değişiklik yapılması uygun olabilir.

Bu suçların hukuka aykırılık unsuru bakımından vardığımız sonuçlar önemlidir.

1. TCK m. 277 ve 288'deki suç tipleri açısından eylemin suç olabilmesi için öncelikle yargılamanın adil olması gereklidir. Bu anlamda adil yargılanmayı sağlamak, adil yargılanma hakkı ihlallerini önlemek amacıyla özellikle müdafinin yazılı veya sözlü beyanda bulunmasının ve hatta genel olarak avukatların ve baroların AvK'dan kaynaklanan görevlerini yaparken bu tür beyanlarda bulunmasının bu suçları oluşturmayaacağı ortadadır.

2. TCK m. 285/1-2 ve 285/3 bakımından da benzer sonuca ulaşılmalıdır. Soruşturmanın gizliliği ilkesiyle korunmak istenen hukuksal değer öncelikle

masumiyet karinesi ve adil yargılanma hakkıdır. Bu yüzden gizlilik yükümlülüğünün özellikle müdafiler bakımından söz konusu olmaması gerektiği, müvekkili bağlamayan bir yükümlülüğün avukatı da bağlamayacağı, bu bağlamda müdafinin masumiyet karinesini ve şüphelinin haklarını koruduğu ölçüde medyaya yapacağı açıklamaların da hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirileceği kabul edilmelidir. Gerçekten soruşturmanın gizliliği yükümlülüğünün, öncelikle soruşturma makamları bakımından söz konusu olması gerektiği kabul edilmelidir. Bu yükümlülüğe soruşturma makamları uyduğu ölçüde medyatik muhakemede adil yargılanma hakkı ihlalleri de azabileceğinden, müdafinin de soruşturmanın gizliliği kapsamında medyaya açıklama yapmaya gerek duymayacaktır. Kural bu olmakla birlikte, elbette ki müdafinin kişisel yarar beklentilerinin çok açık olduğu bir durumu hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirmek mümkün değildir.

3. Özetle avukatların ve özellikle müdafilerin bu suç tipleri bakımından TCK m. 26/1'deki hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni kapsamında savunma dokunulmazlığından yararlanacakları ortadadır. Bununla birlikte TBB'nin 6352 sy. kanuna ilişkin görüşünde getirdiği öneri doğrultusunda, TCK m. 128 benzeri özel bir savunma dokunulmazlığı hukuka uygunluk nedeninin yalnızca TCK m. 277 için değil, genel olarak TCK'nın 277, 288 ve hatta belli şartlarla 285/1-2, 285/3. maddelerindeki suç tipleriyle ilgili olarak öngörülmesi isabetli olabilir.

4. TCK m. 285/5'deki suç bakımından kitle iletişim özgürlüğünün hakkın icrası hukuka uygunluk nedeni kapsamında sınırı belirsizdir. TCK m. 285/6 hükmü de malumun ilanı niteliğinde olup, bu belirliliği sağlamaktan uzaktır. Bu yönden Fransız hukukundaki gibi ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olarak belirlenebileceği gibi, mahkemenin karar vermesi halinde görüntü yayınının engellenmesi ve suçun ancak bu yasağın ihlali durumunda oluşması yönünde bir düzenleme de yapılabilir.

5. TCK m. 286'daki suç bakımından “*yetkisiz olarak*” ibaresinin, hukuka özel aykırılık kapsamında özel bir hukuka uygunluk nedenini ifade ettiği söylenebilir. Böylece yetkili olarak yapılan kayıt veya nakil herhangi bir sebeple usul hukuku anlamında hukuku aykırı da olsa, ceza hukuku anlamında yani bu suçun oluşması bakımından hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir.

Bu suçların manevi unsurları bakımından ise aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır.

1. TCK m. 277'nin önceki şeklinde "*hukuka aykırı olarak etkilemek amacı*" olarak maddenin "*ratio legis*"inde saklı olduğu söylenen özel kast, 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra "*gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacı*" şeklinde açıkça madde metninde düzenlenmiştir. Diğer yandan söz konusu çıkarıma neden olan "*hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs*" ibaresi madde metninde muhafaza edilmektedir. Yine özel kast kapsamında değerlendirilmesi gereken "*davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için*" ibaresi de 6352 sy. kanunla maddeye eklenmiştir. Kanımızca böylece suç tipi tamamıyla ve katmerli bir niyet okumaya bağlanmaktadır. Bu hususların takdirinin nasıl yapılacağı belirsiz olduğundan, suç tipi uygulanamaz veya keyfi olarak uygulanabilir bir hale sokulmuştur. Bu suç özel kastla işlenebilecek bir suç olduğundan olası kastla işlenmesi mümkün değildir. Kaldı ki bu suçun genel kastla işlenebileceği varsayılsa bile bir tehlike suçunun olası kastla işlenebileceğini ileri sürmek çalışmamızda vurguladığımız gibi bir "*kast karinesi*" yaratmak anlamına geleceğinden bu suçun olası kastla işlenmesi de mümkün değildir.

2. 6352 sy. kanundan önceki şeklinde TCK m. 288'deki suç tipi de "*etkilemek amacı*" şeklinde özel kast aranan bir suç olarak düzenlenmişti. 6352 sy. kanundan sonra bu özel kast maddede "*hukuka aykırı olarak etkilemek amacı*" şeklinde formüle edilerek muhafaza edilmiştir. 6352 sy. kanunla bu maddede yer bulan "*hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için*" ibaresi de yine failin amacına ilişkin özel kast niteliğinde bir anlam barındırmakta ve bu suç tipini de katmerli bir niyet okumaya bağlamaktadır. Bu hususların takdiri de belirsiz olup, keyfiliklere açıktır. Mutlaka bu doğrultuda bir düzenleme yapılmak isteniyorsa en azından Fransız Ceza Kanunu'nun 434-16. maddesinde düzenlenen suç tipindeki "*tanık beyanlarını ya da soruşturma veya yargılama makamlarının kararlarını etkilemek amacıyla*" ifadesine benzer sadelikte bir ifade kullanılabilirdi. Kaldı ki Fransa'da da bu maddeye yönelik benzer eleştiriler getirilmekte ve fakat maddenin kaleme alınışından kaynaklanan sıkıntı, mahkemelerin uygulamasıyla aşılmaktadır. Dahası özel norm genel norm ilişkisine

uygun olarak düzenlenen TCK m. 277 ve m. 288’de yer verilen bu ibareler, birebir aynı değil ve fakat çalışmamızda ayrıntılı olarak izah ettiğimiz gibi aynı sözcük veya kavramlar farklı yer ve şekillerde kullanılarak karıştırılmak suretiyle kaleme alınmıştır. Böylece daha da belirsiz bir durum yaratıldığı açıktır. Hem bir tehlike suçu olması sebebiyle hem de özel kastla işlenebilecek bir suç olması sebebiyle bu suçun da olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

3. TCK m. 285/1-2, 285/3, 285/5 ve 286’da düzenlenen suç tipleri ise genel kastla işlenebilecek suç tipleridir. Bununla birlikte yine de TCK m. 285/1-a hariç tehlike suçu niteliğindeki bu suçların olası kastla işlenemeyeceği kabul edilmelidir.

Bu suçlara teşebbüs bakımından aşağıdaki sonuçlar sıralanabilir.

1. Kanımızca TCK m. 277’deki ve m. 288’deki suçlar, oluşmaları için teşebbüs şartlarının arandığı birer somut tehlike suçu oldukları için; çalışmamızda ayrıntılı olarak açıkladığımız nedenlerle teşebbüse elverişli değildir.

2. TCK m. 285/1-a’daki suç zarar suçu olarak düzenlendiği için teşebbüse elverişlidir. TCK m. 285/2 ve TCK m. 285/3’deki suçlar birer soyut tehlike suçu olmaları sebebiyle teşebbüse elverişli değildir. Somut tehlike suçu olarak düzenlenen TCK m. 285/1-b bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği tartışılabilir. Bununla birlikte bu suçun da tehlike tehlikesinin cezalandırılabilir bir ağırlığı olmayacağından bahisle teşebbüse elverişli olmadığını düşünüyoruz. Zira bir somut tehlike suçunun teşebbüse elverişli olduğunu kabul etmek, onu dolaylı olarak soyut tehlike suçu alanına çeker. Oysaki soyut tehlike suçlarının ceza hukukunda varlığı tartışmaya açık olup, uygulamada bunlar bakımından da elverişlilik değerlendirmesi yapılması gerekir. Ayrıca TCK m. 285/1’deki ve m. 285/3’ün ikinci cümlesindeki aleniyet aranan haller bakımından bu suçların basılmış eserler yoluyla işlenmesi halinde, basın suçlarına teşebbüsün mümkün olamayacağı görüşünü benimsediğimiz için, bu suçlara teşebbüs bu yüzden de mümkün olmayacaktır. Aynı gerekçelerle sansür niteliğinde olacağı için her türlü kitle iletişim araçlarıyla yapılacak yayınlar bakımından TCK m. 285/5’deki suçla ilgili olarak da teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını düşünüyoruz.

Bu suçların aralarındaki içtima ilişkisine ilişkin varılacak sonuçlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

1. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra TCK m. 288 ve TCK m. 277'deki suçların özel norm-genel norm ilişkisine göre düzenlenmesinin öngörülmesi olumludur. Bu bağlamda BsK'nın 19. maddesinin yürürlükten kaldırılması da, dar anlamda basın suçu yaratmamak yönündeki eğilime uygundur. Bununla birlikte bu tercih TCK m. 277'nin 765 sy. TCK'nın 232. maddesindeki suçtan farklı biçimde serbest hareketli olarak düzenlenmesinin yaratacağı sakıncaları ortadan kaldırmamaktadır. Bu yüzden TCK m. 277'deki suçun pek çok suç tipiyle fikri içtima ilişkisi içine girmesi mümkün olacaktır. Bize göre bu suç tipinin serbest hareketli bir suç olarak düzenlenmesi temelde hatalı olmuştur. İdeal olan bu maddenin 765 sy. TCK'nın 232. maddesine benzer şekilde seçimlik hareketli olarak düzeltilmesi ve bu suçla cezalandırılmak istenen diğer eylemlerin Fransız hukukundaki gibi farklı suç tipleriyle düzenlenmesidir. Aksi takdirde, bu durum, kanunilik ve belirlilik ilkeleri bakımından sakıncalar yaratabileceği gibi, keyfi veya farklı uygulamalara açık kapı bırakabilecektir.

2. 6352 sy. kanunla yapılan değişikliklerden sonra TCK m. 285/1-a bileşik suç olarak düzenlenmiştir. Hükümde sayılan araç suçlar bakımından gerçek içtima yapılması yönünde bir düzenlemeye de kanunda yer verilmemiştir. Yine kanımızca TCK m. 285/1-2 ve TCK m. 285/3 hükümleriyle, TCK'nın göreve ilişkin sırrın açıklanmasını düzenleyen 258. maddesi arasında özel norm-genel norm ilişkisi yoktur. Bu suç tiplerinin gerek çalışmamız kapsamındaki suç tipleriyle, gerekse TCK m. 258 veya diğer pek çok suç tipiyle fikri içtima ilişkisi içerisine girmesi mümkündür. Kanımızca soruşturmanın gizliliğini ihlal suçunun FCK m. 434-7-2 hükmüne benzer şekilde düzenlenmesi, kapalı duruşmanın gizliliğini ihlal suçunun ise yürürlükten kaldırılarak bu gibi fiillerin TCK m. 258 kapsamında cezalandırılması düşünülebilir.

Çalışmamızda ele aldığımız suç tipleri genel olarak iştirak açısından bir özellik göstermez. Ancak TCK m. 285/1-2 ve m. 285/3 özgü suç olarak düzenlendikleri için bunlara iştirak özellik arz eder.

1. TCK m. 285/1-2 ve 285/3'deki suç tipleri özgü suç tipleridir. Bu sebeple bunların adli sır saklama yükümlülüğüne tabi kişiler dışındaki kişiler tarafından işlenmesine olanak olmadığı düşünülebilir. Zira TCK m. 40/2 hükmü gereğince, özgü suçlarda ancak özel faillik niteliği taşıyanlar fail olabilir; bunlar dışındaki kişilerin şartları varsa ancak yardım eden veya azmettiren olarak sorumlulukları söz konusu olabilir. Bununla birlikte bu suçların oluşması için aleniyetin arandığı halleri bakımından, aleniyetin kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşmesi önem arz etmektedir. Kanımızca böyle bir durumda BsK m. 11'in özel norm ve TCK m. 40/2'nin bir istisnası olduğu dikkate alınmalı eser sahibinin de gizliliğinin ihlal fiillerinden müşterek fail olarak sorumlu tutulacağı kabul edilmelidir.

2. Benzer şekilde basın mensubu özel faillik niteliği taşıyan kimseyi TCK m. 285/1 veya 285/3'ün ilk cümlesindeki suçların işlenmesinde araç olarak kullanmışsa, TCK m. 37/2'ye göre eser sahibinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması da mümkündür. Benzer sonuca ön hazırlığa dayanan yayınlar bakımından uygulanabileceğini düşündüğümüz 6112 sy. kanun m. 46/1'deki özel sorumluluk sistemi bakımından da varılması mümkündür.

Son olarak bu suçların yaptırımlarına ve 6352 sy. kanunla getirilen erteleme düzenlemelerine ilişkin genel bir değerlendirme yapmak gereklidir.

1. TCK m. 277'nin serbest hareketli olarak düzenlenmesi hatalıdır. Bu yüzden, etkilemek amacıyla yazılı veya sözlü beyanda bulunmak eylemi aleniyet şartı gerçekleşmediğinde TCK m. 277'deki suçu oluşturabilecek ve TCK m. 288'deki alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunma eyleminden daha ağır bir cezayla cezalandırılabilir. Bu durumu orantılılık ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.

2. 5237 sy. TCK ile hukukumuza giren TCK m. 288 gibi yeni bir suç tipinin cezasının önce üst sınırı üç yıl hapis cezası olarak belirlenmesi, daha sonra ise 6352 sy. kanunla suçun yaptırımı olarak sadece adli para cezasının öngörülmesi ve suçun önödeme kapsamına alınması orantılılık ilkesine aykırıdır. FCK m. 434-16'ya benzer şekilde bu suçun yaptırımı 6 ay hapis ve adli para cezası olarak belirlenebilir. TCK m. 288/2'nin kaldırılmasından sonra medya ile diğer kişiler arasında ceza

bakımından adaletsizliklere yol açabilecek bir durum ortaya çıktığından, 6352 sy. kanunla BsK m. 19'un yürürlükten kaldırılması bu anlamda da olumludur.

3. TCK m. 285/1-2 ve 285/3'ün bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olan yaptırımlarının 6352 sy. kanunla *“bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası”* olarak seçenekli bir hale sokulmasının öngörülmesi orantılılık ilkesine aykırıdır. Yapılan değişiklikler kapsamında seçimlik hapis cezasının üst sınırının FCK'nın 226-13. maddesinde düzenlenen meslek sırrının açıklanması suçunun yaptırımı gibi bir yıl sınırına çekilmesi veya yine FCK'daki gibi hapis cezası ve adli para cezasının bir arada öngörüldüğü bir düzenlemeye yer verilmesi daha uygun olabilirdi.

4. 6352 sy. kanunla yapılan değişiklikler kapsamında soruşturmanın gizliliğini ihlal ve duruşmanın gizliliğini ihlal suçlarının yaptırımı hapis cezası veya adli para cezası olarak seçenekli olarak öngörülmesine rağmen; cezası altı aydan iki yıla kadar hapis olarak TCK m. 285'in önceki şeklinde bu suçlara göre daha hafif olan TCK m. 285/5'deki suç bakımından, böyle bir seçenekli yaptırımın öngörülmemiş olması hukuk mantığıyla da orantılılık ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Kanımızca bu suçların cezalarında bir azaltmaya ve seçenekli yaptırımın benimsenmesi yoluna gidildiyse, bunun orantılı bir şekilde yapılmaması hatalıdır. Bize göre bu suçun cezasının da FBsK'nın 35ter maddesindeki gibi yalnızca adli para cezası olarak öngörülmesi yolunda bir düzenleme yapılmalıdır.

5. 6352 sy. kanunla medya için getirilen dava ve cezaların ertelenmesi düzenlemesinin, eşitlik ilkesi ve suç siyaseti açısından herkes için uygulanabilir nitelikte olması gereği önemlidir. Ayrıca maddede düzenlenen her üç erteleme hali bakımından soruşturmaya, kovuşturmaya veya infaza devam olunması, erteleme süresi içerisinde *“birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olunması”* şartına bağlanmıştır. Burada herhangi bir suçun değil *“birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç”*un işlenmesinden söz edilmesi karşısında, kanımızca erteleme süreleri medya üzerinde baskıya neden olabilir ve sansür/otosansür etkisi yaratabilir.

KAYNAKÇA

I. Genel Yapıtlar

ALANGOYA H. Yavuz/ YILDIRIM M. Kamil/DEREN YILDIRIM Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, Beta, İstanbul, 2009

ALANGOYA Yavuz/ YILDIRIM Kamil/ YILDIRIM DEREN Nevhis, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu Yayınları, Ufuk Matbaası, İstanbul, 2006

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKCEN Ahmet/ YENİDÜNYA Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008

BARLOW Hugh D. , Introduction to Criminology, HarperCollins College Publishers, New York, 1993

BERGER Vincent, Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme, Paris, Dalloz, 2000

CENTEL Nur/ ZAFER Hamide/ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta, İstanbul, 2008

CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2008

DEMİRBAŞ Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara 2007

DEMİRBAŞ Timur, Kriminoloji, Seçkin, Ankara, 2010

DONAY Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta, 2007

DONAY Süheyl, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, İstanbul, Beta, 2009

DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. 1, Beta, İstanbul, 1997

DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c. 2, Beta, İstanbul, 1999

DÖNMEZER Sulhi, Kriminoloji, Beta, İstanbul, 1994

DURKHEIM Emile, Sosyoloji Dersleri, İletişim, İstanbul, 2006, Çeviren: Ali

Berktaş

GATTEGNO Patrice, Droit Pénal Spécial, Dalloz, Paris, 2003

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/ GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, Turhan Kitabevi, 2007

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003

GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Yönetimsel Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003

HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011

HAKERİ Hakan/ ÜNVER Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009

HOFFMAN Dennis, Criminal Justice, IDG Books, Foster City, 2000,

İÇEL Kayıhan/ DONAY Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım 1. Kitap, Beta, İstanbul, 2006

İÇEL Kayıhan / Evik A. Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler 2. Kitap Suçun Yapısal Unsurları ve Özel Görünüş Biçimleri, Beta, İstanbul, 2007

KUNTER Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1949

KUNTER Nurullah, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954

KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta, İstanbul, 2009, 1. Kitap

KURU Baki/ARSLAN Ramazan/YILMAZ Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, Ankara, 2011

ÖNDER Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta, İstanbul, 1987

ÖZBEK Veli Özer, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi, Seçkin, Ankara, 2005

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu Matbaası, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara, 2006

- ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, Ankara, 2009
- ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, 2008
- PARLAR Ali/ HATİPOĞLU Muzaffer, Açıklamalı Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin, Ankara, 2010
- PEKCANITEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011
- SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2005
- SUDRE Frédéric/MARGUENAUD Jean-Pierre/ADRIANTSIMBAZOVINA Joël/GOUTTENOIRE Adeline/ LEVINET Michel, Les Grands Arrêts de la cour Européenne des Droits de l'Homme, PUF, Paris, 2003
- TANÖR Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, YKY, İstanbul, 2002
- TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara, 2008
- TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005
- TOROSLU Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2007
- ÜSTÜNDAĞ Saim, İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000, s. 11-12
- VÉRON Michel, Droit Pénal Spécial, Sirey, Dalloz, Paris, 2006
- YAŞAR Osman/ GÖKCAN Hasan Tahsin/ ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010
- YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara, Yetkin, 1996
- YURTCAN Erdener, CMK Şerhi, İstanbul, Beta, 2008
- II. Uzmanlık Yapıtları**
- Adalet Barometresi Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri, İBÜ Yayınları, İstanbul, 2008
- Adalet Gözet Yargı Sistemi Üzerine Bir İnceleme, Derleyen: Seda Kalem, İBÜ Yayınları, İstanbul, 2009
- AKSEL İsmail, Türk Yargı Teşkilatı, Seçkin, Ankara, 2010

AYDIN Murat, TCK'nın Genel Hükümleri Açısından Basın Suçlarında Sorumluluk, Adalet, Ankara, 2010

BILGER Philippe, Le droit de la presse, PUF, Paris, 2003

BUNKER Matthew D. , Justice and the Media: Reconciling Fair Trials and A Free Press, Lawrence Erlbaum Associates, Mahwah New Jersey, 1997

CAREY Peter, Media Law, London, Sweet&Maxwell, 1996

CIVARD-RACINAIS Alexandrine, Le Journaliste, L'avocat Et Le Juge: Les Coulisses D'une Relation Ambigüe, Paris; Budapest; Torino, l'Harmattan, 2003

CIVARD-RACINAIS Alexandrine, La Plume Et La Balance, Editions Kimé, Paris, 1995

Commentaire du droit pénal suisse, code pénal suisse, partie spéciale; Volume 9: crimes ou délits contre l'administration de la justice, articles 303-311, édité par Martin Schubarth; commenté par Ursula Cassani, Bern, Stæmfli, 1996

CRONE Tom, Law and The Media (An everyday guide for professionals), Focal Press, İngiltere, 1996

ÇANKAYA Özden/ BATUR YAMANER Melike, Kitle İletişim Özgürlüğü, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006

ÇETİN Erol, Son Değişikliklerle Basın Hukuku, Seçkin, Ankara, 2008

ÇOLAK Nusret İlker, Kitle İletişim Hukuku, Seçkin, Ankara, 2007

DANIŞMAN Ahmet, Le secret des procédures repressives et la liberté de la presse en droit Français, AÜSBF Yayınları No: 366. Basın ve Yayın Yüksek Okulu Yayınları No: 4, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1973

DEBBASCH Charles/ISAR Hervé/ AGOSTINELLİ Xavier, Droit de la Communication, Dalloz, Paris, 2002

DERIEUX Emmanuel, Droit des Médias, LGDJ, Paris, 2008

DONAY Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti. , İstanbul, 1978

DOYLE Charles, Obstruction of Justice: Federal Statutes, Novinka Nova Science Publishers, New York, 2008

DÖNMEZER Sulhi, Basın ve Hukuku, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti, İstanbul, 1976

DÖNMEZER Sulhi, Basın hukuku: Genel prensipler, basın hürriyeti, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti, İstanbul, 1964, c. 1

EKMEKÇİ Dilek, Organize Suçlulukla Mücadelede Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Özel Soruşturma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006

EREM Faruk, Adliye Aleyhinde Cürümler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986

EREM Faruk, Avukatlıkta Meslek Sırını, Konferans Ordu Barosu: 10.6.1972, Sevinç Matbaası, Ankara, 1972

ERMAN Sahir/ ÖZEK Çetin, İzahlı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1964, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1078, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 229

FENECH Georges, Presse-Justice: Liaisons Dangereuses, l'Archipel, Paris, 2007

FOURREY Thomas, La Presse Et L'instruction Judiciaire: Mémoire De DEA De Droit De La Communication, Bruxelles, Bruylant, 2006

GEDİK Ömer, Türk Yargı Kararları Çerçevesinde Türkiye'de Kitle İletişim Özgürlüğü, Seçkin, Ankara, 2008

GEORGEL Jacques, Les Libertés de Communication, Dalloz, Paris, 1996

GERALD J. Edward, News of Crime: Courts and Press in Conflict, Greenwood Press, Connecticut, 1983

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, Haberleşme Hukuku: Basın- Radyo- TV, AÜSBF Yayınları: 292. Basın ve Yayın Yüksek Okulu Yayınları: 1, Ankara Üniversitesi, Ankara, 1970

GÜNER Semih, Avukatlık Hukuku, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2003

GÜRELLİ Nevzat, Basın Suçlarında Hususi Usul (Mukayeseli mevzuatta ve Hukukumuzda), İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 771, İktisat Fakültesi Yayınları No: 100, Gazetecilik Enstitüsü Yayınları No: 4, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1958

HOEBEKE Stéphane/ MOUFFE Bernard, Le Droit de la Press, Bruylant Academia, Belçika, 2005

İÇEL Kayıhan / ÜNVER Yener, Kitle Haberleşme Hukuku, Beta, İstanbul, 2009

İNCEOĞLU Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta, İstanbul, 2008

İNCEOĞLU Sibel, Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri, Beta, İstanbul, 2008

KARAGÜLMEZ Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Seçkin, Ankara, 2009

- KATOĞLU Tuğrul, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Seçkin, Ankara, 2003
- KESKİN Serap, Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık, Alfa, İstanbul, 1997
- KURT KONCA Nesibe, Medeni Uusul Hukukunda Aleniyet İlkesi, Adalet, Ankara, 2009
- LEGLER Thomas, Vie privée, image volée, Stämpfli Editions SA, Berne, 1997
- LEMMENS Koen, La presse et la protection juridique de l'individu, Larcier, Bruxelles, 2004
- MERAN Necati, Basın Yoluyla ve Genel Olarak Hakaret-İftira Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs ve Soruşturmanın Gizliliğini İhlal Suçları, Seçkin, Ankara, 2009
- MIDDLETON Kent R. / CHAMBERLIN Bill F. , The Law of Public Communication, Longman, New York, 1991
- ONGUN Coşkun, Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku, Legal, İstanbul, 2010
- ÖZBEK Kadir/ERTOSUN Ali Suat, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna İlişkin Anayasa Değişikliği Konusunda Analitik Bir İnceleme, Yetkin Basımevi, Ankara, 2010
- ÖZEK Çetin, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti. , İstanbul, 1972
- ÖZEK Çetin, Türk Basın Hukuku, İstanbul Üniversitesi yayımları no: 2381. Hukuk Fakültesi no: 538, İstanbul, 1978
- ÖZEK Çetin, Basın Özgürlüğünden Bilgilenme Hakkına, İstanbul, Alfa, 1999
- ÖZEK Çetin, Türk Ceza Kanununun Elli Yılında Devlete Karşı Suçlar, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti, 1976
- ÖZEL Cevat, Türk Medya Hukuku, Alfa, İstanbul, 1999
- PAYE Jean-Claude, Hukuk Devletin Sonu: Olağanüstü Halden Diktatörlüğe Terörle Mücadele, İmge Kitabevi, Ankara, 2009
- PEMBER Don R. , Mass Media Law, Wm. C. Brown Publishers, USA, 1990
- La Presse et la Protection Des Jeunes, Uzman Danışmanlar: M. Henri Michard ve Prof. T.E. James tarafından Avrupa Cezai Sorunlar Komitesi'ne sunulan rapor, Conseil De L'Europe, Strasbourg, 1967
- RAWLS John, A Theory of Justice, Oxford University Press, İngiltere, 1973

ROBERTSON Geoffrey QC / NICOL Andrew G. L. , Media Law, Penguin Books, London, 1992

SALAS Denis, La Volonté de Punir Essai sur le Populism Pénal, Hachette Littératures, Floransa, 2005

SALİHPAŞAOĞLU Yaşar, Türkiye’de Basın Özgürlüğü, Seçkin, Ankara, 2007

SCHERER, Mark R. , Rights in the Balance (Free Press, Fair Trial, and Nebraska Press Association v. Stuart, Texas Tech University Press, Texas, 2008

SMARTT Ursula, Media Law For Journalists, Sage Publications, London, 2006

SOYASLAN Doğan, Teşebbüs Suçu, Kazancı, Ankara, 1994

SÖZÜER Adem, Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Alfa, İstanbul, 1996

The Press On Trial-Crimes and Trials As Media Events, Greenwood Press, Editör: Lloyd Chiasson Jr. , Westport Connecticut, 1997

TOROSLU Nevzat, Nasıl Bir Ceza Kanunu, V Yayınları, Ankara, 1987

ÜNVER Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin, Ankara, 2003

ÜNVER Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta, İstanbul, 1998

ÜNVER Yener, Adliyeye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298), Seçkin, Ankara, 2010

WILLIAMS Raymond, Televizyon, Teknoloji ve Kültürel Biçim, Çeviren: Ahmet Ulvi Türkbağ, Dost Kitabevi, Ankara, 2003

YAZICI Reşat, Anayasalarımızda Basın Hukuku, Gazeteciler Cemiyeti Yayınları, Gazeteciler Cemiyeti Matbaası, Ankara, 1986

YILDIZ Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur-Suçtan Zarar Gören-Şikayetçi, Seçkin, Ankara, 2008

YURTCAN Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Adliyeye Karşı Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, Barış Matbaası, İstanbul, 2010

ZUCKMAN Harvey L. / GAYNES Martin J. / CARTER T. Barton/ LUSHBOUGH DEE Juliet, Mass Communications Law, West Publishing Co. , St. Paul Minnesota, 1988

III. Makaleler, Bildiriler, Raporlar ve Tartışmalar

“Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı, TCHD Toplantısı, İstanbul Barosu-GSÜ-TCHD Ortak Yayını, Sarı Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 117-149

ADER Basile, “La Relation justice-media”, Rev. Sc. Crim. , 2001, S.1 (Ocak-Mart), s. 71-82

ALACAKAPTAN Uğur, “Ceza Hukukunda Tamamlayıcı Kurallar ya da Öteki Ceza Hukuku”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Seçkin, Ankara, 2009, s. 13-48

ALACAKAPTAN Uğur, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı”, Güncel Hukuk, 2004, S. 5, s. 42-45

ALACAKAPTAN Uğur, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı II”, Güncel Hukuk, 2004, S. 6, s. 40-43

ALEMDAR Korkmaz, “Yargı ve Medya İlişkileri; Batı Deneyimleri, Türkiye’deki Durum, Mevzuat Eksiklikleri ve Hukuk Devleti” konulu tartışma, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, c. 2 (Ceza Hukuku, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku), s. 201-203

ALEMDAR Korkmaz, “Medya ve Etik”, Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar, Hazırlayan: Korkmaz Alemdar, Afa Yayıncılık ve Tüses Vakfı, İstanbul, 1999, s. 253-257

ALPASLAN M. Şükrü, “Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkemeye Saygısızlık Suçu ve Türk Hukukunda Durum”, İÜHFİM, 1974, c. 40, S. 1-4, s. 243-287
<http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmeczua/article/view/4956/4496> ET: 31.01.2012

AMBOS Kai “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargılama Hakları, Silahların Eşitliği, Çelişmeli Ön Soruşturma ve AİHS m. 6” , Çeviren: Yener Ünver, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No:3, Seçkin, Ankara, 2004, s. 15-64

ARTUK Mehmet Emin/YENİDÜNYA Ahmet Caner, “Suçun Önlenmesi ve Medya”, İBD, c. 75, S. 1-2-3, 2001, s. 3-16

ATALAY Akın, “Soruşturmanın Gizliliği İlkesi”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, TCHD Yayınları, İstanbul, 2009, s. 144-162

ATALAY Akın, “Basın Kanunu ve Uygulama Sorunları”, GSÜ Dönmezer-Erman-Kunter Ceza Bilimleri, Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I, Beta, İstanbul, 2007, s. 69-76

“Atölye Tartışmaları”, GSÜ Dönmezer-Erman-Kunter Ceza Bilimleri, Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I, Beta, İstanbul, 2007, s. 31-55

AUVRET Patrick, “Le journaliste, le juge et l’innocent”, Rev. Sc. Crim. , 1996, S. 3, Temmuz-Eylül, s. 625- 634

BALOĞLU Cem, “İfade Özgürlüğü Kapsamında Devlet Memurlarının Basına Bilgi ve Demeç Vermeleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Aralık 2008, S. 28, s. 103-108

BAYRAKTAR Köksal, “Yargı ve Medya İlişkileri; Batı Deneyimleri, Türkiye’deki Durum, Mevzuat Eksiklikleri ve Hukuk Devleti”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, c. 2 (Ceza Hukuku, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku) , s. 193-200

BAYRAKTAR Köksal, “İletişim Özgürlüğü ve Yasal Düzenlemelerden Bir Kesit”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003, S. 2, s. 3-13

BAYRAKTAR Köksal, “Bilgi Edinme Hakkı ve Sır Kavramı”, KHİMD, 2004, S. 3, s. 7-11

BAYRAKTAR Köksal, “Teşebbüs, İştirak, Suçların Birleşmesi”, Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, TCHD Yayınları: 10, Ufuk Reklamcılık Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti. , İstanbul, Nisan 2008, s. 137-147

BEALE Sara Sun, “The News Media’s Influence on The Criminal Justice Policy”, Duke Law School Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No:148, 2007; William and Mary Law Review, 2006, c. 48, S. 2, s. 397-418
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=964647
ET: 20.02.2012

BIYIKLI Hasan, “Basın Kanununda Tanımlanan Suçların Yeniden Düzenlenmesi Sorunu ve Özel Yaşamın Açıklanması Suçları”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, c. 3 (Özel Hukuk, Basın Hukuku) , s. 421-473

BODSON Jocelyne, “Justice et Presse l’exemple de l’Allemagne”, RDPC, 1999, S. 7-8, s. 879-889

CENTEL Nur, “Dürüst Yargılama ve Medya Bakımından Demokrasi Kültürü”, AÜSBF Dergisi, 1994, c. 3-4, s. 57-72

CENTEL Nur, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Yargı Görevi Yaparı Etkileme Suçu”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İBÜ, 2008, s. 135-154

CİNEMEN Ergin, “Yargıyı Etkilemek: Adil Yargıyı Etkilemek, Gizliliğin İhlali Suçlarıyla Ortaya Çıkan Karmaşayı Çözmek İçin Yapılan Kısa Bir Değerlendirme”, Parçalanmış Adalet Türkiye’de Özel Ceza Yargısı, Derleyen: Haluk İnanıcı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011, s. 231-242

DARAGENLİ Vesile Sonay, “Tehlike Suçları”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, Alfa, İstanbul, 1999, s. 163-188

DİNÇ Güney, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Savunma ve Hak Arama Sürecinde Silahların Eşitliği” , Sempozyum İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını No:4, TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 360-373

DOWLER Kenneth, “Media Consumption and Public Attitudes Toward Crime and Justice: The Relationship Between Fear of Crime, Punitive Attitudes, and Perceived Police Effectiveness”, Journal of Criminal Justice and Popular Culture, 2003, c. 10,

S. 2, s. 109-126, <http://www.albany.edu/scj/jcipc/vol10is2/dowler.html> ET: 17.01.2012

DÖNMEZER Sulhi, “Basın Hürriyetini Düzenleyen ve Sınırlayan Mevzuatın Değerlendirilmesi”, İÜHFİM, c. 32, S. 2-4, s. 429-455
<http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmecmua/article/download/4517/4108>

DÜLGER Murat Volkan, “İnternet İletişimin Engellenmesinin Hukuksal Açıdan Değerlendirilmesi ve 5651 sayılı Yasayla Getirilen Düzenleme”, İBD, c. 81, S. 4, 2007, s. 1477-1545
<http://www.dulger.av.tr/assets/pdf/interneterisiminengellenmesi.pdf> ET: 07.04.2012

EKMEKÇİ Dilek, “İnsan Hakları Bakımından Avukatlık Mesleği-I”, Legal Hukuk Dergisi, Ocak 2012, c. 10, S. 109, s.75-105

EKŞİ Oktay “Yargı ve Medya İlişkileri; Batı Deneyimleri, Türkiye’deki Durum, Mevzuat Eksiklikleri ve Hukuk Devleti” konulu tartışma, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, c. 2 (Ceza Hukuku, Ceza Muhakemeleri Usulü Hukuku) , s. 203-206

EMILIANIDES Achilles C. , “Contempt in the Face of the Court and the Right to a Fair Trial: The Implications of Kyprianou v. Cyprus”, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, c. 13, S. 3, 2005, s. 401-412,
<http://web.ebscohost.com/ehost/search?vid=1&hid=101&sid=88929c85-a628-4cdd-8355-c03c329c0d40%40sessionmgr112> ET: 12.10.2009

EREM Faruk, “Adliye ve Basın Haberleri”, ABD, 1967, S. 2, s. 1005-1006

EREM Faruk, “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, AÜHFİM, 1943, c.1, S. 1, s. 35-72
<http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/980/1530.pdf>

ERMAN Sahir, “Basın Suçlarında Müeyyide”, İÜHFİM, 1971, c. 37, S. 1-4, s. 99-120

EVİK Vesile Sonay, “Basın Kanununa İlişkin Düşünceler”, GSÜ Dönmezer-Erman-Kunter Ceza Bilimleri, Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I, Beta, İstanbul, 2007, s. 83-90

EVİK Vesile Sonay/ EVİK Ali Hakan, “Devlet Sırrını ve Yayılması Yasaklanan Bilgileri Açıklama ve Elde Etme Suçları”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, c. 8, S. 3-4, s. 111-147
http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2004_VIII_2_5.pdf ET: 07.04.2012

FEYZİOĞLU Metin, “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, AÜHFD, 1999, c. 48, S. 1-4, s. 135-163
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/293/2671.pdf> ET: 18.02.2012

FRANCILLON Jacques, “Liberté d’expression, Dignité de la Personne et Présomption d’innocence”, RPDP, Nisan 2001, S. 1, s. 195-214

FRANÇOIS Lyn, “Le Droit du Proces Pénal a l’épreuve de la Mediatization”, RPDP, Mart 2003, S. 1, s. 87-98

GODARD Joëlle, “Contempt of court en Angleterre et en Ecosse ou le contrôle des médias pour garantir le bon fonctionnement de la justice”, Rev. Sc. Crim. , S. 2, Nisan-Haziran, 2000, s. 367-382

GOODHART Arthur L. , “Newspapers and Contempt of Court in English Law”, Harvard Law Review, Nisan 1935, c. XLVIII, no:6
<http://heinonline.org/HOL/Welcome>

GÖZÜBÜYÜK Abdullah Pulat, “Adliyeye Karşı Cürümler”, Adalet Dergisi, 1969, S. 8, s. 475-491

GÜRSES Davut, “Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs Suçu (TCK m. 288) Karşısında Müdafinin Esas Hakkındaki Savunması ve Sınırları”, SCD, Beta, İstanbul, 2008, S. 2, s. 157-163

GÜVELİOĞLU Recep, “Medya Yasaları Düzenlemesinde Temel Unsurlar”, YTD, 1996, S. 12, s. 1403- 1406

HATEMİ Kezban, “Hukuk ve Medya”, YTD, 1996, S. 12, s.1399-1402

HEPER Altan, “Yargılama Dolandırıcılığı”, Güncel Hukuk, Temmuz 2009, y. 7, S. 67, s. 36-40

IAPL, Resolutions of the Congress of the International Association of Penal Law (1926-2004), Érès, Toulouse, 2009

İÇEL Kayıhan, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı” , Güncel Hukuk, 2004, S. 5, s. 42-45

İÇEL Kayıhan, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı II” , Güncel Hukuk, 2004, S. 6, s. 40-43

İLKİZ Fikret, “Yayın Yasakları”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, GSÜ Yayınları: 32, Şan Ofset, İstanbul, 2004, s. 479-514

İLKİZ Fikret, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Basın Yayın Fiilleriyle İlgili Düzenlemeler”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Nisan 2005, y. 2, S. 5, s. 308-347

İLKİZ Fikret, “Adli Haberler ve Adil Yargılamayı Etkilemeye Teşebbüs”, Fasikül, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, Seçkin, y. 2, S. 3, Şubat 2010, s.10-16

İLKİZ Fikret, “Basın Özgürlüğü ve Hukuk”, Fasikül, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, Seçkin, y. 3, S. 14, Ocak 2001, s. 31-41

İNAL Tamer, “Bilgi Edinme Hakkı ve Özel Hayata, Haberleşmeye, Ticari Sırlara, Fikir ve Sanat Eserlerine İlişkin Sınırlamalar”, KHİMD, 2004, S. 3, s. 12-29

KAYA Alaaddin, “Polis Medya İlişkileri”, YTD, 1996, S. 12, s. 1147-1159

KESKİN Serap, “Yargıç Bağımsızlığı”, Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 129-154

KOCASAKAL Ümit, “5187 Sayılı Yeni Basın Kanunu ile Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar” GSÜ Dönmezer-Erman-Kunter Ceza Bilimleri, Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Basın Hukuku, Atölye Çalışmaları: I, Beta, İstanbul, 2007, s. 3-27

LUPARIA Luca, “Sondages d’opinion et justice pénale dans l’ère télématique Une analyse comparative”, Rev. Sc. Crim. , 2002, S. 4, s. 781-789

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, “Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Basın Yayına İlişkin Bazı Hükümlerin Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Fasikül, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Yayını, Seçkin, y. 3, S. 14, Ocak 2001, s. 14-30

NAL Sabahattin, “Karşılaştırmalı Hukukta Enformasyon Hakkı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin, Ankara, 2004, s. 709-733

NEULING Christian-Alexander “Ceza Adaleti ve Medya- Hazırlık Soruşturmasında Medya Aleniliği mi Yoksa ‘Adli Susma Yükümlülüğü’ mü?” (Çeviren: Yener Ünver) Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku, Prof. Dr. Hans Joachim Hirsch’e Armağan, Yayına Hazırlayan: Kayıhan İçel/ Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi No: 7, s. 225-239

OKUYUCU ERGÜN Güneş, “Soruşturmanın Gizliliği”, AÜHFD, c. 59, S. 2, 2010, s. 243-275, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2010-59-02/AUHF-2010-59-02-okuyucu-ergun.pdf> ET: 07.04.2012

ÖMEROĞLU M. Nihat, “Yargıyı Etkileme Suçuna Teşebbüs”, Radikal Gazetesi, 25.06.2010 tarihli yazı <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalHaberDetayV3&Date=&ArticleID=1004417&CategoryID=99> ET: 26.12.2011

ÖNDER Ayhan, “Mütemadi Suç” , İÜHFM, 1963, c. 29, S. 1-2, s. 75-120

ÖZEK Çetin, “Adliyeye Karşı Suçların Hukuksal Konusu”, İÜHFM, c. LV, S. 3, 1997, s. 13-50

ÖZEK Çetin, “Basın Suçlarının İşlenmesi ve Takibi ile İlgili Bazı Problemler”, İÜHFM, 1974, c. 40, S. 1-4, s. 41-96

ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem, “Basın Hürriyeti Kavramı, Basın Yoluyla İşlenen Suçlarda Sorumluluk Rejimi ile Cevap ve Düzeltme Hakkı Üzerine Düşünceler”, YTD, 1996, S. 11, s. 272-281

ÖZTÜRK Bahri, “Yeni CMK’da Adil Yargılama Yükümlülüğü Adil Yargılanma Hakkı”, SCD, 2009, S. 1, Beta, İstanbul, 2009, s. 21-36

DELTOUR Pol/ GALLEZ Laurence, Presse&Justice un guide pour les journalistes, Fondation Roi Baudouin, 2004

REINHARD Antoine, “L’affichage médiatique, nouvelle sources du droit pénal, instinct et institutions”, Rev. Sc. Crim. , 2003, Temmuz-Eylül, S. 3, s. 543-552

ROBERTS Julian V. / DOOB Anthony N. , “News Media Influences on Public Views of Sentencing”, Law and Human Behaviour, c. 14, S. 5, 1990, s. 451-468
<http://www.springerlink.com/content/n42w6h424356nk7n/fulltext.pdf>

SELÇUK Sami, “Adil Yargılamayı Etkileme Suçları I”
[http://www.haberx.com/sami_selcuk_dil_yargilamayi_etkileme_suclari\(17,n,10066598,177\).aspx](http://www.haberx.com/sami_selcuk_dil_yargilamayi_etkileme_suclari(17,n,10066598,177).aspx) ET: 21.05.2012

SELÇUK Sami, Adil Yargılamayı Etkileme Suçları II, Star Gazetesi, 19.08.2008 tarihli yazı <http://www.stargazete.com/mobil/guncel/yazar/sami-selcuk/-dil-yargilamayi-etkileme-suclari-ii-haber-121651.mob> ET: 26.12.2011

SİLAHÇIOĞLU Belde, “Türk Ceza Kanunu’nda ve Basın Kanunu’nda Düzenlenen Bazı Adliye Aleyhine Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2006, y. 4, S. 46, s. 3045-3073

SUNAR Gülcan, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Basit Yargılama Usulü ve Çekişmesiz Yargı Hakkındaki Maddelerinin Değerlendirilmesi”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi (22-29 Mart 2008 tarihlerinde Kadir Has Üniversitesi’nde Düzenlenen Toplantı) , İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2008, s. 203-241

ŞAHİN Cumhur, “Sanığın Savunmasını Hazırlamak İçin Gerekli Zamana ve Kolaylıklara Sahip Olma Hakkı (İHAS Md. 6/3-b)”, Adil Yargılanma Hakkı, IGUL Yayınları No:4, Nergiz Yayınları, İstanbul, 2004, s. 305-335

ŞAHİN Haluk, “Devlet Media İlişkileri”, Çağdaş Gelişmelerin Işığında Devlet Media İlişkileri, Eğitim Yayınları No:10, 1988 Yılı 10. Seminer Tutanakları, Hürriyet Ofset A.Ş. , İstanbul, 1988, s. 20-22

ŞEN Ersan, “6352 Sayılı Kanunun Geçici 1. Maddesi: Uygulama ve Eşitlik Sorunu”, <http://www.haber7.com/prof-dr-ersan-sen/haber/962260-6352-sayili-kanunun-gecici-1-maddesi-uygulama-ve-esitlik-sorunu> ET: 21.02.2013

TAEVERNIER Beatrice, “La Présomption d’innocence et la médiatisation de la justice: une cohabitation précaire”, RDPC, Ocak, 2005, s. 33-85

TAŞKIN Ş. Cankat, “Yargı Görevi Yapanı Etkileme Suçu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, 2010, Kasım-Aralık, S. 75-76, s. 168-196 <http://cankattaskin.av.tr/wp-content/uploads/2011/03/TCK-277.pdf> ET: 26.12.2011

TOROSLU Nevzat, “Medya ve Hukuk: Basın Özgürlüğü ve Sınırları”, Medya Gücü ve Demokratik Kurumlar, Hazırlayan: Korkmaz Alemdar, Afa Yayıncılık ve Tüses Vakfı, İstanbul, 1999, s. 56-84

TOSUN Öztekin, “Basın Suçu ve Teşebbüs Sorunu”, İÜHFİM, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, 1982, c. XLV-XLVII, S. 1-4, s. 261-265

UÇUM Mehmet/ ABANOZ Ümit, “Uygulama Yönünden Basın Özgürlüğü ve Basın Hukuku”, GSÜ Dönmezer-Erman-Kunter Ceza Bilimleri, Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I, Beta, İstanbul, 2007, s. 127-199

ÜZELTÜRK (TAHMAZOĞLU) Sultan, “Duruşmaların Yayınlanması”, İBD, c. 73, S.1-2-3, 1999, s. 82-86

VELASQUEZ Marisela, “What the public thinks about sentencing”, The National Legal Eagle, c. 15, S. 1, sonbahar, 2009, s. 9-13
<http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1130&context=nle> ET: 24.12.2011

YARSUVAT Duygun, “Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri”, Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, TCHD Yayınları: 10, Ufuk Reklamcılık Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti. , İstanbul, Nisan 2008, s. 17-32

YARSUVAT Duygun, “Devlet İdaresi Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, İÜHFİM, c. XXX, S. 3-4, 1965, s. 665-691

YARSUVAT Duygun, “Açık Tartışma: Basın Kanunu Tasarısı II” , Güncel Hukuk, 2004, S. 6, s. 40-43

YARSUVAT Duygun, “Kitle İletişim Araçlarının Ceza Adaletine Etkisi”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, No: 10, Ocak 1995, s. 97-104
<http://iudergi.com/tr/index.php/siyasal/article/view/12173/11431> ET: 31.01.2012

YENİSEY Feridun, “Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi”, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, TCHD Yayınları, İstanbul, 2009, s. 232-251

YOKUŞ SEVÜK Handan, “Adil Yargılanma Kapsamında Ceza Yargılamasında Aleniyet İlkesi” , Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, GSÜ Yayınları:32, Şan Ofset, İstanbul, 2004, s.747-764

YURTCAN Erdener, “Adil Yargılanma Hakkı”, KHİMD, 2004, S. 2, s. 24-26

YURTCAN Erdener, “TCK Değişiklik Tasarısının (Mart 2011) Değerlendirilmesi”, 24.03.2011 tarihli makale, <http://www.yeniyaklasimlar.org/m.aspx?id=549> ET: 12.04.2011

YÜZER Şehnaz Doğan, “Basın Yasasının Bazı Maddelerine İlişkin Görüşler”, GSÜ Dönmezer-Erman-Kunter Ceza Bilimleri, Kriminoloji ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Basın Hukuku Atölye Çalışmaları: I, Beta, İstanbul, 2007, s. 201-203

ZAFER Hamide, “Medya Özgürlüğü ve Adli Haberlerin Verilişii”, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 751-774

IV. İnternet Siteleri

www.adalet.gov.tr
www.barobirlik.org.tr
www.basbakanlik.gov.tr
www.basinkonseyi.org.tr
www.bianet.org
www.cidh.oas.org
<http://www.echr.coe.int>
<http://www.gapmyo.edu.tr>
www.haberturk.com
www.hsyk.gov.tr
www.kazanci.com
www.legifrance.gouv.fr
www.medyaetikkonseyi.com
www.mevzuat.gov.tr
www.ntvmsnbc.com
www.ohchr.org
www.resmigazete.gov.tr
www.stargazete.com
www.tbmm.gov.tr
<http://tdkterim.gov.tr/bts/>
www.tdksozluk.com
www.ysk.gov.tr
<http://fr.wikipedia.org>

ÖZGEÇMİŞ

1982 Ankara doğumlu olan Dilek Ekmekçi, ortaokul ve lise tahsilini İzmir Amerikan Lisesi'nde 1999 yılında tamamladıktan sonra, aynı yıl kazandığı İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans öğrenimine başlamıştır. İstanbul Hukuk Fakültesi'ndeki lisans öğrenimini 2003 yılında tamamlayan yazar, aynı yıl Galasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku yüksek lisans programına kabul edilmiştir. Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'ın danışmanlığında tamamladığı, "Organize Suçlulukla Mücadelede Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Özel Soruşturma Tedbirleri" başlıklı yüksek lisans teziyle 2006 yılında bu üniversiteden yüksek lisans diploması almaya hak kazanmıştır. Yazar aynı yıl Galasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora programına kabul edilerek, lisansüstü öğrenimini sürdürmüştür. Yazarın 2007 yılında İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği ortak yayını Av. Dr. Şükrü Alpaslan'a Armağan'da yayımlanan "Tanık Koruma Kanunu Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme" başlıklı ve Legal Hukuk Dergisi'nin Ocak ve Şubat 2012 sayılarında iki parça olarak yayımlanan "İnsan Hakları Bakımından Avukatlık Mesleği" başlıklı makaleleri bulunmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite Galatasaray Üniversitesi
Enstitü Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı Dilek Ekmekçi
Tez Başlığı Kitle İletişim Özgürlüğünün Sınırı Olarak Türk Hukukunda
Adil Yargılanma Hakkına Karşı Suçlar
Savunma Tarihi 25.04.2013
Danışmanı Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ

İmza

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU

Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU

Doç. Dr. Ümit KOCASAKAL

Doç. Dr. Vesile Sonay EVİK

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Sibel YAMAK