

Özel Yetkili Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'ne sunulmak üzere,
Sayın Avukat Metin İriz'e,

Tarafıma yapmış olduğunuz 28 Ekim 2010 tarihli müracaat üzerine ve sunmuş olduğunuz dosya içeriği çerçevesinde yapılan inceleme sonucu işbu bilimsel mütalaa hazırlanmıştır.

Bilimsel Mütalaa

I) Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yargıtay İlke Kararı Açısından Uzman Mütalaasının Yasal Dayanağı

A) Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)

01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK'nın 178. maddesi şöyle demektedir:

“Çağrılması reddedilen tanığın ve uzman kişinin doğrudan mahkemeye getirilmesi

Madde 178 – (1) *Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir.”*

Bu madde, mahkemenin uzman kişiyi dinlemesini zorunlu kılmaktadır ve yoruma tabi değildir.

B) Yargıtay İlke Kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 9.10.2007 tarih, 2006/7-336 esas, 2007/198 karar sayılı ilke kararı, yasanın bu hükümleri paralelinde şöyle demektedir:

“Soruşturma ve kovuşturma makamlarınca derlenmiş bilirkişi mütalaaları ile tarafların kendi girişimleriyle aldırılmış oldukları özel bilimsel görüşlerin duruşma evresinde tartışılma ve değerlendirilmesi usulünün farklı olmayıp aynı hükümlere tabi bulunduğu

gözetilmeyerek (...) ilk hükmün tefhim edildiği oturumda, kişilerin kendi girişimleriyle düzenletirildiği anlaşılan bilimsel görüşün sahibinin uzman tanık olarak dinlenmesi sonrasında, serdedilen görüşe karşı diyebileceklerini bildirmek üzere süre isteyen sanık müdafilerinin bu istekleri ile ilgili olarak makul süre tanımak ve 5271 sayılı Yasanın 67/6, 68/3, 214/3, 215, 216 ve 217'nci maddelerince değerlendirme yapmak gerekirken, savunma hakkını kısıtlayacak biçimde istemin reddine hükmedilmesi ve bu konudaki bozma kararına usule aykırı gerekçelerle direnilmesi isabetli görülmemiştir."

Bu bilimsel mütalaa, bu yasal dayanak çerçevesinde hazırlanarak başvurucuya sunulmuştur.

II) Olay

Özel yetkili Diyarbakır 6. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülmekte olan 2010/444 sayılı ceza davasında bir kısım sanıklar "anadilleri olan Kürtçe ile beyanda bulunma ve savunma yapma talebinde" bulunmuşlardır.

Sanıkların bu talepleri, adı geçen mahkemenin ara kararıyla reddedilmiştir.

III) Çözümü Gereken Hukuksal Sorun

Bu olayda, sanıkların Türkçeden başka bir dilde savunma yapma talebinin ve bu talebin mahkeme tarafından reddinin, Türkiye Cumhuriyeti iç mevzuatı ve Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan uluslararası belgeler açısından hukuken mümkün olup olmadığı, çözümü gereken hukuksal sorunu oluşturmaktadır.

IV) Olayla İlgili Mevzuat ve Tartışılması

A) Lozan Barış Antlaşması Md. 39/5

Bilindiği üzere, Türkiye'de Cumhuriyet rejimi 29 Ekim 1923 tarihinde kurulmuştur. Devlet ise bundan önce, 24 Temmuz 1923 tarihinde Lozan Barış Antlaşması'yla kurulmuştur. Nitekim Lozan görüşmelerine gönderilen heyet "Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti" adına gitmiştir ve üç delege (Hariciye Vekili, Edirne Milletvekili İsmet Paşa; Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekili, Sinop Milletvekili Dr. Rıza Nur Bey; Eski Vekil, Trabzon Milletvekili Hasan Bey) bu hukuksal varlığın temsilcileridir. Fakat imzalanan Antlaşma'nın dibacesinde taraflar sayılırken "...ve Türkiye" denmesinden de

anlaşılabileceği gibi, Türkiye'nin bir "devlet" olarak hukuksal varlığı bu antlaşmayla tescil edilmiştir. Yani Lozan Barış Antlaşması, Türkiye'nin kurucu antlaşmasıdır.

Antlaşma'nın konumuzla ilgili olan 39/5 maddesi şöyle demektedir:

"Devletin resmî dili bulunmasına rağmen, Türkçeden başka dil konuşan Türk uyruklarına, mahkemelerde kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri bakımından uygun düşen kolaylıklar sağlanacaktır."

Madde tahlil edildiğinde şu hususlar öne çıkmaktadır:

1) "Türkçeden başka dil konuşan Türk uyruklarının" mahkemelerde "kendi dillerini sözlü olarak kullanabilme" hakkı, md. 39/5 tarafından, devletin bir resmî dilinin mevcut olduğu hususu dikkate alınarak düzenlenmiştir.

2) "Uygun düşen kolaylıklar"dan kasıt, en başta, bir tercüman teminidir.

3) "Kendi dilleri"nden kasıt, tarafların anadilidir. Duruşma dilini/resmî dili ne kadar iyi anlarsa anlasın veya konuşursa konuşsun, ilgili tarafın kendini en iyi ifade edebileceği dil, ilke olarak anadildir. Bu husus, savunma hakkı gibi en önemli hususun duruşma sırasında en iyi biçimde icra edilmesini sağlamak gerekçesiyle düşünülmüştür.

4) Buradan kalkarak, şu husus da kuşku götürmez: Mahkemede, "Ben okula/kursa giderek başka diller de öğrendim; bu dillerden birinde konuşmak istiyorum" denemez. Bu, mahkemeyi fuzuli yere işgal edecek bir hak suiistimali olur.

5) "Kendi dilini kullanma" hakkı, maddeye göre yalnızca sözlü olarak geçerlidir. Yazılı olarak mümkün değildir. Sonradan kadük olan ve yerine Lozan Barış Antlaşması geçen 10 Ağustos 1920 tarihli Sevr Barış Antlaşması md. 145/4, "ister sözlü ister yazılı olsun" diyerek, mahkemede "kendi dili"ni yazılı olarak kullanmayı da mümkün kılmıştı. Lozan'da yalnızca "sözlü" kullanma hakkı tanınmıştır. Böylece, Türkçeden başka bir dilin yazılı olarak hiçbir resmî dairede kullanılmaması sağlanmıştır.

6) Madde 39/5, Türkiye Cumhuriyeti'nde Türkçeden başka bir dili, sözlü olarak dahi olsa, resmî dairelerde kullanma hakkının tek örneğidir. Ayrıca, anadili resmî dil Türkçeden farklı olanlara bir "pozitif hak" (çoğunluğun sahip olduğu hakkın ötesinde bir hak) getirmesi açısından, gayrimüslimler dışındaki TC vatandaşlarına pozitif hak getirilmesinin de tek örneğidir.

7) Madde 39/5 hükmü, 12 Eylül askerî darbe rejimi başta olmak üzere Türkiye'de zaman zaman ihlal edilmiş olmakla birlikte, hiçbir biçimde değiştirilemez. Çünkü yine Lozan Barış Antlaşması'nın 37. maddesi hükmüyle Türkiye, Madde 39'un da arasında

bulunduğu kimi Lozan maddelerini hiçbir biçimde değiştirmemeyi çok kesin ifadelerle taahhüt etmiştir:

Türkiye, 38. maddeden 44. maddeye kadar olan maddelerin kapsadığı hükümlerin temel yasalar olarak tanınmasını ve hiçbir kanunun, hiçbir yönetmeliğin ve hiçbir resmî işlemin bu hükümlere aykırı ya da bunlarla çelişir olmamasını ve hiçbir kanun, hiçbir yönetmelik ve hiçbir resmî işlemin söz konusu hükümlerden üstün sayılmamasını yükümlenir”

8) 39. Maddenin tamamı, Lozan Barış Konferansı'na Müttefik Devletler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti'nin birlikte önerisi olarak sunulmuştur. Madde ayrıca, Birinci Dünya Savaşı'nı bitiren benzeri antlaşmaların standart ve ortak hükmüdür.

B) Lozan Barış Antlaşması Md. 39 Hükümüne Yapılmış İtirazlar ve Geçersizlikleri

Md. 39 hakkında, hukuki geçerliği bulunmayan kimi itirazlar öne sürülmüştür. Bunlar ve yanlışlıkları aşağıda belirtilmiştir:

1) “Bu madde sadece gayrimüslim TC vatandaşları içindir.” Bu itiraz, maddede “Gayrimüslim Türk uyruklarına” değil, “Türk uyruklarına” yazdığına dikkat etmemekten ileri gelmektedir.

2) “Sanıklar Türkçe anlıyor/biliyor; onun için Kürtçe savunma yapamazlar.” Oysa, madde 39/5 söz konusu hakkı “Türkçe bilmeyen”lere değil, “*Türkçeden başka dil konuşan*”lara vermektedir. Madde, Türkçe biliyor-bilmiyor ayrımı yapmamaktadır. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, savunma hakkından daha önemli hiçbir hak yoktur ve bu hak en iyi biçimde ancak insanın en iyi bildiği dil olan anadili üzerinden kullanılabilir.

Diğer yandan, bu hakkı açıkça veren 39/5 varken, “*meramını anlatacak kadar Türkçe bilmiyorsa tercüman*” öngören Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) md. 202'den ve “*sanık duruşma dilini anlamıyorsa tercüman getirilir*” diyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6/e'den söz etmek hukuken imkansızdır.

3) “Md. 39/5 gayrimüslim TC vatandaşları dışındakilere, yani Kürtlere uygulanamaz, çünkü Lozan'da bu maddenin yer aldığı kesimin başlığı ‘Azınlıkların Korunması’dır.” Bu iddia, buradan kalkarak, maddenin sadece Türkiye’ce tanınmış azınlıklar yani gayrimüslimler için konmuş olduğunu ve hukuken azınlık statüsünde olmayanlara, mesela Kürtlere uygulanamayacağını ileri sürmektedir.

Lozan Barış Antlaşmasınının 37 ilâ 45. Maddelerini içeren Üçüncü Kesim'in başlığının "Azınlıkların Korunması" olduğu doğrudur. Fakat bu iddia birkaç temel yetersizlikten kaynaklanmaktadır:

a) Yeterli tarih bilgisine sahip olmamak: "Azınlık Hakları" teriminin 16. Yüzyıldaki Reform hareketinden bu yana uluslararası belgelerde kullanılmasına karşılık, "insan hakları" terimi siyaset bilimi literatürüne 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesi'yle girdiği halde, uluslararası sözleşme ve belgelere ancak 26 Haziran 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 1/3 maddesiyle girmiştir. Lozan Barış Antlaşması'nın yapıldığı 1923 tarihinde bu başlığın böyle konulmasının sebebi budur.

Zaten, yukarıda da belirtildiği gibi, bu Üçüncü Kesim'in başka maddelerinde kullanılan "Gayrimüslim Türk uyrukları" terimi yerine 39/5'te "*Türkçeden başka dil konuşan Türk uyrukları*" teriminin kullanılmış olduğu hatırlanırsa, bu tarihsel bilgiye müracaatın bile fuzuli olduğu açıktır.

b) Hukuki yorum tekniklerine yeterince vakıf olmamak: "Azınlık" terimi spesifik (özel) değil, jenerik (genel) bir terimdir. Herhangi bir antlaşma 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi ışığında yorumlanırken, orada geçen spesifik terimler antlaşmanın yapıldığı tarihteki olağan anlamlarında alınırlar. Fakat jenerik terimlerin anlamı, zaman içinde uluslararası hukukta meydana gelen gelişmeler de dikkate alınarak belirlenir. Örneğin, Yunanistan'ın Türkiye aleyhine açtığı Ege Denizi Kıta Sahaneliği davasında Uluslararası Adalet Divanı, 1978 tarihli kararında, "*Yunanistan'ın teritoryal statüsüne ilişkin uyuşmazlıklar*" ifadesini yorumlarken, bu terimin (Yunanistan'ın iddiasının aksine) 1928 veya 1931'deki anlamının kabul edilmesi yerine, hukuktaki gelişmeleri izleyerek 1978'de sahip olduğu anlamın esas alınarak yorumlanması gerektiğini bildirmiştir. Bu nedenle, Lozan'ın yapıldığı 1923 tarihinde uluslararası planda "insan hakları" kavramı olmadığı halde, Lozan'daki "Azınlıkların Korunması" terimini bugün artık bu terimin bir parçası olduğu "insan haklarının korunması" bağlamında almak zorunludur.

c) Lozan'ı yeterince incelememek: Lozan konusunda Türkiye'de çok sayıda yanlış mevcuttur. Fakat bunlardan iki tanesi yaygın ve vahimdir. Birincisi, Antlaşma'nın yalnızca Rumlara, Ermenilere, Yahudilere uygulandığı yanlışlığıdır (çünkü Antlaşma bu isimleri saymaz; tüm gayrimüslimlere hak getirir). İkincisi, Antlaşma'da getirilen hakların yalnızca gayrimüslim azınlıklara ait olduğu yanlışlığıdır. Oysa Antlaşma'nın "Azınlıkların Korunması" başlığı altındaki Üçüncü Kesim'i 4 ayrı gruba hak getirmektedir ve bu nedenle de tam bir insan hakları belgesidir:

- Gayrimüslim TC vatandaşları (md. 38/3, 39/1, 40, 41/1 ve 2, 42/1, 43)
- Türkçeden başka dil konuşan TC vatandaşları (md. 39/5)
- Tüm TC vatandaşları (md. 39/3, 39/4)
- Türkiye’de oturan herkes (md. 38/1 ve 2, 39/2; bu haklar yabancıları bile kapsar).

Mesele şuradadır ki, Lozan’da getirilen azınlık statüsü ile Lozan’da getirilen hakları birbirine karıştırmamak gerekir. Lozan yalnızca gayrimüslimlere uluslararası garanti altında azınlık statüsü vermiştir, fakat yukarıdaki diğer üç gruba da (uluslararası garantiye girmeyen ama iç hukuka giren) kimi haklar getirmiştir.

C) Lozan Barış Antlaşması Md. 39/5’in Türk İç Hukukundaki Yeri

1) Lozan Barış Antlaşması, 23 Ağustos 1923 tarih ve 340 sayılı “Lozan Sulh Muahednamesinin Kabulüne Dair Kanun”la Türk mevzuatına dahil edilmiştir.

2) Md. 39/5, kendisiyle çelişebilecek iç mevzuat hükümleri bulunduğu takdirde (ör. yukarıda zikredilen CMK md. 202), onlar üzerinde üstünlük sahibidir:

a) Yukarıda da belirtilen Lozan md. 37 hükmü nedeniyle iç mevzuata üstündür,

b) Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hüküm olması nedeniyle iç mevzuata üstündür. Çünkü Anayasa md. 90’a 07 Mayıs 2004 tarihinde eklenen 5. fıkra şöyle demektedir:

“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.”

V) Sonuç

Tarafıma tevdi edilen dosya içeriği özenle incelenmiş, yukarıda açıklanan gerekçelerle şu sonuçlara varılmıştır:

A) Söz konusu davada sanıkların en iyi bildikleri dilde konuşmaları ve savunma yapmaları; yasalardan da üstün olan, Türkiye’nin kurucu antlaşması Lozan Barış

Antlaşması md. 39/5'in açık hükmü gereğidir. Oysa olayımıza bakan mahkeme tarafından bir ara kararla engellenmiştir.

B) “Başka dilde savunmak yapmakta ısrar ederse susma hakkını kullanmış sayılacaktır” hükmü bir süredir mahkemelerimizde ara karar veya mahkeme kararı biçiminde görülmektedir. Hatta bazı mahkemeler, aynı suçtan yargılanan iki sanıktan birine Türkçe savunma yaptığı için “duruşmadaki iyi hali” indirimi uygularken, ikincisine sırf Kürtçe savunma yaptığı için aynı indirimi uygulamaktan kaçınmaktadırlar (Cem Emir, Radikal, 22 Eylül 2010).

Lozan 39/5'in açık hükmü karşısında, bu gibi hukuk dışı durumlar Türk adaletini yıpratmaktadır.

C) Mahkemelerimizin bu tutumları yalnızca Lozan 39/5'i ihlalle kalmamakta, ayrıca şu hukuk dışı durumlara yol açmaktadır:

1) Anayasa'nın “Hak Arama Hürriyeti” başlıklı 36. maddesi nedeniyle Savunma Hakkını Engelleme gibi bir hukuk ihlalinde bulunmaktadır,

2) TCK'nın 257. maddesinde düzenlenen Görevi Kötüye Kullanma gibi bir hukuk ihlalinde bulunmaktadır,

3) 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun Disiplin Hükümleri bölümünde yer alan “Yer Değiştirme Cezası” başlıklı md. 68/b'de düzenlenen “*Yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak...*” biçimindeki disiplin maddesini ihlal etmektedir.

Bilgilerinize saygılarımla sunarım. 01 Kasım 2010

Prof. Dr. Baskın Oran

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Uluslararası İlişkiler Bölümü E. Öğretim Üyesi