



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

“Adalet İçin Bilgi”

18

YIL:5, SAYI:18, Temmuz 2014

www.taayayinlari.gov.tr

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

SAHİBİ/OWNER

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Adına, Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi
*

GENEL EDİTÖR/ GENERAL EDITOR

Ertan AYDIN
Bilimsel Çalışmalar ve Enformasyon Daire Başkanı
*

EDİTÖR/ EDITOR

Aşkın GÜVEN
Hâkim
*

SORUMLU YAZI İŞLERİ MÜDÜRÜ/ EDITOR IN CHIEF

Fethullah SOYUBELLİ
Hâkim
*

YAYIN KURULU/ EDITORIAL BOARD

Yılmaz AKÇİL
Türkiye Adalet Akademisi Başkanı
Danıştay Üyesi

Rifat İNANÇ
Eğitim Merkezi Başkanı

Mehmet GEDİK
Strateji Geliştirme Daire Başkanı

Dr. İhsan BAŞTÜRK
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

Dr. Gürsel ÖZKAN
Ankara İdare Mahkemesi Başkanı
*

GRAFİK TASARIM / GRAPHIC DESIGN

Özgül EMEKÇİ ÖZBUDAK
*

YAYIN YÖNETİM MERKEZİ

PUBLICATION MANAGENEMENT CENTER

Türkiye Adalet Akademisi
Ahlatlıbel Kampüsü, İncek Bulvarı, 06095
Çankaya-Ankara

Tel: 312 489 81 80 **Faks:** 312 489 81 01

E-posta: taad@taayayinlari.gov.tr

Web : www.taa.gov.tr
www.taayayinlari.gov.tr

BASKI

Ankara Açık Ceza İnfaz Kurumu İş Yurdu Müdürlüğü Matbaası,
İstanbul Yolu 13. Km. Ergazi, ŞAŞMAZ / ANKARA

YAZIM VE YAYIM KURALLARI

1. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Hakemli bir dergi olup, dergide Türkçe ulusal hakemli makaleler yayımlanmaktadır.
2. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi üç ayda bir (Ocak, Nisan, Temmuz, Ekim aylarında) yayımlanır.
3. Dergiye gönderilen yazıların daha önce bir başka yayın organında yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekmektedir. Bu konudaki sorumluluk yazarlara aittir.
4. Makalelerin www.taayayinlari.gov.tr adresinde bulunan makale gönder butonu ile gönderilmesi gerekmektedir. Gönderimde herhangi bir sorun yaşanması durumunda, genel editör ve editörler ile iletişim kurulabilir.
5. Makalelerde 12 kelimeyi aşmayan Başlık, 150-250 kelime arası Özet ve 5-8 kelime arası Anahtar Kelimeler bulunmalıdır. Hakemli makalelerde Başlığın, Özeti ve Anahtar kelimelerin Türkçe'nin yanı sıra İngilizce, Fransızca veya Almanca yazılması zorunludur.
6. Yazının ana bölümleri ve kaynakça 12, dipnotlar ise 9,5 punto yazılmalı, 1 satır aralığı ile "Times New Roman" karakteri kullanılmalı, metin iki yana yaslanmalı, sayfanın tüm kenarlarında 2,5 cm boşluk bırakılmalıdır.
7. Dergiye gönderilen makaleler "Giriş", "Gelişme" ve "Sonuç" bölümlerinden oluşmalı ve yazıda dipnot atfı sistemi kullanılmalıdır.
8. Makale, kaynakça dâhil 3.000 kelimedenden az ve 10.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
9. Yazarın akademik unvanı, adı ve soyadı, baş harfleri büyük olmak üzere makale başlığının altında ortalı olarak yazılmalıdır. Yazarın çalıştığı yer ismi ile elektronik posta adresi adına ilişkin dipnotta belirtilmelidir.
10. Makalelerin Yayın Kurulu ve en az 1 hakem tarafından olumlu bulunması gerekmektedir.
11. Yazarlara ve hakemlere "Türkiye Adalet Akademisi Yayın ve Yayın Kurulu Çalışma Yönetmeliği" kapsamında telif ve inceleme ücreti ödenmektedir. Dergide yazısı yayımlanmış olan yazarlara iki adet dergi ücretsiz olarak gönderilmektedir.

- Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir.
- Dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz.
- Derginin elektronik versiyonuna www.taayayinlari.gov.tr adresinden ulaşılabilir.

DANIŐMA KURULU*

Prof. Dr. Adem Sözüer	Prof. Dr. Mehmet Tefik Gülsoy
Prof. Dr. Ahmet Gökçen	Prof. Dr. Mesut Bedri Eryılmaz
Prof. Dr. Ahmet Gürbüz	Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Prof. Dr. Ahmet Mithat Kılıçoğlu	Prof. Dr. Metin Günday
Prof. Dr. Ali Güzel	Prof. Dr. Mithat Sancar
Prof. Dr. Anıl Çeçen	Prof. Dr. Muhammet Özekes
Prof. Dr. Arzu Oğuz	Prof. Dr. Muharrem Kılıç
Prof. Dr. Atilla Özer	Prof. Dr. Mustafa Akkaya
Prof. Dr. Aziz Can Tuncay	Prof. Dr. Mustafa Avcı
Prof. Dr. Bahri Öztürk	Prof. Dr. Mustafa Erdoğan
Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz	Prof. Dr. Mustafa Fadıl Yıldırım
Prof. Dr. Bilge Öztan	Prof. Dr. Mustafa Koçak
Prof. Dr. Cevdet Yavuz	Prof. Dr. Nadir Arıcan
Prof. Dr. Cumhuri Şahin	Prof. Dr. Nevzat Koç
Prof. Dr. Ejder Yılmaz	Prof. Dr. Nuray Ekşi
Prof. Dr. Emine Akyüz	Prof. Dr. Osman Doğru
Prof. Dr. Ender Ethem Atay	Prof. Dr. Osman Pehlivan
Prof. Dr. Enver Bozkurt	Prof. Dr. Ömer Ulukapı
Prof. Dr. Erdal Tercan	Prof. Dr. Salih Cengiz
Prof. Dr. Erkan Küçükgüngör	Prof. Dr. Sami Selçuk
Prof. Dr. Faruk Turhan	Prof. Dr. Selçuk Öztekin
Prof. Dr. Feridun Yenisey	Prof. Dr. Selma Çetiner
Prof. Dr. Fügen Sargin	Prof. Dr. Serap Yazıcı
Prof. Dr. Gökhan Oral	Prof. Dr. Sermet Koç
Prof. Dr. Hakan Hakeri	Prof. Dr. Serpil Salaçin
Prof. Dr. Hakan Pekcanitez	Prof. Dr. Süha Tanrıverdi
Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu	Prof. Dr. Şanal Görgün
Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu	Prof. Dr. Şebnem Korur Fincancı
Prof. Dr. Hasan Bacanlı	Prof. Dr. Şükrü Kızılot
Prof. Dr. Hasan Tunç	Prof. Dr. Tankut Centel
Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz	Prof. Dr. Tayfun Akgüner
Prof. Dr. Hikmet Sami Türk	Prof. Dr. Tefik Odman
Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu	Prof. Dr. Timur Demirbaş
Prof. Dr. İhsan Erdoğan	Prof. Dr. Turan Yıldırım
Prof. Dr. İmdat Elmas	Prof. Dr. Ümit Biçer
Prof. Dr. İsmail Kayar	Prof. Dr. Veli Özer Özbek
Prof. Dr. İsmail Kırca	Prof. Dr. Yasemin Günay Balcı
Prof. Dr. Kamil Ufuk Bilgin	Prof. Dr. Yavuz Atar
Prof. Dr. Kayıhan İçel	Prof. Dr. Yener Ünver
Prof. Dr. Kemal Gözler	Prof. Dr. Yusuf Karakoç
Prof. Dr. Kudret Güven	Prof. Dr. Zehra Odyakmaz
Prof. Dr. M. Fatih Yavuz	

* Danıőma Kurulu Üyelerinin sıralaması isme göre alfabetik olarak yapılmıştır. Derginin hakemler kurulu www.taayayinlari.gov.tr adresinde bulunmaktadır.

İÇİNDEKİLER/CONTENENTS

- ◆ **Prof. Dr. Mahmut KOCA** 1
Temyiz Yolunda Davaya Katılma
Joinder Within the Appeal Process
- ◆ **Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ, LL. M. (Münster)**..... 29
Çevre ve Hukuk Perspektifinden
Hidroelektrik Santrallere İlişkin Bazı Tespitler
*Some Findings Concernings Hydroelectric Power Plants From
the Perspective of Environment and Law*
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL** 79
Elektronik Ortamda Haksız Rekabet
Electronic Unfair Competition
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Erdal YERDELEN** 113
Mütemadi (Kesintisiz) Suç
Dauerverbrechen
- ◆ **Yrd. Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN** 153
İnsan Haklarının Korunması Kapsamında Yasa Dışı Organ veya
Doku Naklinin Türk Hukukuna Yansımaları
*Reflection of Illegal Organ or Tissue Transplantation on Turkish Law
in the Context of Protection of Human Rights*
- ◆ **Dr. Servet ALYANAK** 197
Avrupa Birliği Kamu İhalesi Hukukunda Yeni Bir İhale Usulü:
Rekabetçi Müzakere Usulü
*New Tendering Procedure in European Union Public Procurement Law:
Competitive Dilaogue*
- ◆ **Dr. Yunus HEPER** 235
Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında
1982 Anayasası'nın 14. Maddesindeki Temel Hak ve Özgürlüklerin
Kötüye Kullanılması Yasası
*“Prohibition of Abuse of Fundamental Rights and Freedoms” in the
Decisions of the Constitutional Court of Turkey*
- ◆ **Arş. Grv. Halil ALTINDAĞ**..... 267
Yarı Başkanlık Sistemlerinde Devlet Başkanını Ön Plana Çıkaran

Unsurlar - Fransa Örneği ve Türkiye	
<i>The Elements Featuring Presidents of The Republic in Semi Presidential Systems - Exemple of France and Turkey</i>	
◆ Ayhan KILIÇ	299
Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Vergi Kabahatleri Bakımından Uygulanabilirliği	
<i>The Applicability of the General Principles of the Law of Misdemeanor to Taxation Misdemeanors</i>	
◆ Ergün ŞAHİN	349
Ceza Yargılamasının Tarihçesi	
<i>History of Criminal Procedure</i>	
◆ Halil ÇIĞLI	387
Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararlarına İtiraz ve İtiraz Mercii'nin Yetkileri	
<i>Objections to the Deferment of the Announcement of the Verdict and Authorities Regarding the Authority of Complaint</i>	
◆ İlhami GÜNEŞ	419
Gümrüklerde Fikri Mülkiyet Hakkının Korunması	
<i>Customs Enforcement of Intellectual Property Rights</i>	
◆ Murat KAYANÇİÇEK	443
Aynı Fiilden Dolayı Yeniden Yargılama Yapılan Hâllerde (TCK m. 66/5) Dava Zamanaşımı Süresinin Tespiti	
<i>To Determine the Limitation of Acuses in Cace of Retrial (Art. 66/5 of Turkish Penal Code) Through Same Act</i>	
◆ Nuh UZUN	481
Denetçi Mimar ve Mühendislerin Yapı Denetimine İlişkin Cezai Sorumlulukları	
<i>Auditor's Architects and Engineers Parliamentarians doing Criminal Responsibilities</i>	
◆ Şenol COŞKUN, Fatma KURŞUN	515
Cezaların Şahsiliği İlkesi Bakımından İmar Kanununun 42 nci Maddesinde Belirtilen "Yapının Sahibi" Kavramı	
<i>The Concept of Owner of the Building Described in Article 42 of the Construction Law From the Perspective of the Principle of Individual Criminal Responsibility</i>	

Türkiye Adalet Akademisi Dergisi;



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

MAKALELER / ARTICLES

TEMYİZ YOLUNDA DAVAYA KATILMA *

Joinder Within the Appeal Process

Prof. Dr. Mahmut KOCA **

ÖZET

Davaya katılma, mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlu olanlara, açılan ceza davasında bulunmalarına imkan sağlayan bir haktır. Bir suçun mağduru veya suçtan zarar göreni olmak, kişiye otomatik olarak katılan sıfatını vermemektedir. Bu kişilerin katılan sıfatını alabilmeleri için, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye şikayetçi olduklarını bildirecek talepte bulunmaları ve bu talebin mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekir. Şikayetin ne anlama geldiğini idrak edebilen her suç mağduru veya zarar gören şikayet hakkını kendisi kullanabilir. Bunun için reşit olmaya gerek yoktur. Bu nedenle kendisine karşı işlenen suçtan dolayı şikayetçi olduğunu belirttiğinde, ister seçilmiş ister atanmış olsun vekili onun adına katılma talebinde bulunabilecektir. Buna karşılık mağdur küçüğün şikayetçi olmadığı veya şikayetinden vazgeçtiği hallerde ister seçilmiş ister atanmış olsun vekilin katılma davası açması mümkün değildir. Suçtan zarar görenin ceza mahkemelerinde avukatlığını üstlenen vekilin, suçtan zarar gören adına davaya katılma talebinde bulunması mümkündür. Vekilin böyle bir talepte bulunması için vekaletnamesinde ayrıca bir açıklığın bulunması gerekmez. Fakat vekil edenle vekil olanın iradeleri çatıştığında hiç kuşkusuz vekil edenin iradesine üstünlük tanımak gerekir. Bu konuda CMK'nın 266. Maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen hükmün zorunlu vekil bakımından kıyasen uygulanması da mümkün değildir. Zira sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde kıyas yapılamaz. Yargıtay'ın aksine içtihatlarına katılma imkanı bulunmamaktadır. Kanun yolu muhakemesinde kamu davasına katılmanın üç durumda mümkün olduğu görülmektedir. Buna göre ilk derece mahkemesinde katılma talebinde bulunmuş olmakla birlikte bu talebi reddedilenler ile bu isteği ilk derece mahkemesinde karara bağlanmamış olanların katılma istekleri kanun yolu başvurusunda incelenip karara bağlanacaktır. Buna ilave olarak katılan

* Bu makale, HUKAB ve Yargıtay Başkanlığı tarafından 3 Mayıs 2013 tarihinde Ankara'da düzenlenen "8. Yılında Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza Yargılamasında Yasa Yolu Olarak Temyiz ve İtiraz" konulu Sempozyumda sunulan tebliğin genişletilmesi suretiyle oluşturulmuştur.

** İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, mahmutkoca@sehir.edu.tr.

sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar da kanun yoluna başvurma hakkına ve dolayısıyla davaya katılma yetkisine sahiptirler. Bu kişiler suçtan zarar görmelerine rağmen ilk derece mahkemesinde görülmekte olan davadan haberdar olmamış kişilerdir.

Anahtar Kelimeler: mağdur, suçtan zarar gören, davaya katılma, temyiz, zorunlu vekillik...

ABSTRACT

Joining a case is a right given to victims, those who suffered damages because of crime and those who is responsible as to property for them to be in the criminal action. A person would not become ipso jure the joiner by being the victim or sufferer of the crime. These persons to be the joiner they should make a request for complaint to the court which initiated the public action; and the court to accept such request. For this reason, a person who would could able to know what the complaint does constitute, could use the right to complain as a person. Such person does not have to be major. Thus, a representative of such person, be it appointed or selected, could request the joinder. If the victim who is a minor does not make a complaint for the crime, the representative could not make a joinder request. Lawyer who represents the victim could make a request on behalf of the victim to join. There is no necessity for the lawyer to have a specific power in that regard. However, should there be any conflict between the will of the victim and the declaration of the lawyer, the will of the victim should be preferred. To this end, Article 266 of the Criminal Procedure Code regarding imposed representative could not be applicable by analogy. That is because analogy is not accepted on rules with restrictive and impositive nature. We could not agree with the decisions of the Court of Appeal on the contrary to that rule. It is indicated that there are three ways of joinder in appeal procedure. The requests of joinder made before the court of first instance but denied or not taken into consideration could be adjudicated and resolved at the appeal level. In addition, person who suffered damages could make an application to appeal and could join to the criminal case. These persons were suffered from the crime bot were not aware of the criminal action.

Key Words: victim, persons who suffered of the crime, joinder to a criminal action, imposed representation ...



I. DAVAYA KATILMA

Mağdur, suçtan zarar gören ve malen sorumlu olanların, savcı tarafından açılmış bulunan kamu davasında, ilk derece mahkemesinde hüküm verilinceye kadar, kanunların kendilerine tanıdığı hak ve yetkilere sahip olarak yer almak istemelerine **davaya katılma** denir (CMK m. 237/1)¹. Katılma davasının, kişinin açtığı *tali bir ceza* davası olduğu kabul edilmektedir. Bu davanın kabulü halinde mağdur veya suçtan zarar gören ya da malen sorumlu bulunan kişi, katılan (müdahil) sıfatını kazanır².

Kamu davasına katılmanın faydalı bir kurum olup olmadığı tartışmalıdır. Mukayeseli hukuka bakıldığında, kimi ülkelerin bu kuruma hiç yer vermedikleri, kimilerinin ise bazı suçlarla sınırlı olarak yer verdikleri görülmektedir³. Ancak Mülga CMUK'da olduğu gibi, yeni Ceza Muhakemesi Kanununda da davaya katılma düzenlenmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, şahsi davanın kaldırılmış olması nedeniyle, işlendiğine dair yeterli delil bulunan her suçtan dolayı kural olarak savcının dava açmak mecburiyeti vardır. Savcı, kamusal bir iddia makamı olarak suçları soruşturmak, dava açmak, davayı takip etmek ve yargılama sonunda verilen hükmün infazını sağlamakla görevli bir kamu süjesidir. Savcının her suçtan dolayı kamu adına dava açmaya yetkili kılınması, iddia makamında savcı ile birlikte ve fakat ondan bağımsız olarak suçtan zarar gören ferdin de bulunmasına engel değildir. Zira kimi suçların mağdurlarına muhakemeye katılma imkanı vererek iddia faaliyetini savcıyla birlikte üstlenmesini sağlamanın, hem savcıyı denetlemek, hem de ona yardım etmek bakımından gerekli olduğu kadar, suçtan doğrudan zarar göreni muhakeme faaliyetinin içine katmakla varılan hükmün kolektifliğini, inandırır-

¹ Davaya katılma kavramının tanımında genellikle mağdur veya suçtan zarar gören esas alındığı için, katılanın davaya **savcının yanında** bireysel iddia makamı olarak katıldığına vurgu yapılır. Yeni Kanunun malen sorumlu olana da davaya katılma hakkı vermesi karşısında, kavramın tanımında bu ibareye yer verilmemiştir. Benzer yönde tanım için bkz. **Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Eylül 2012, s. 568.

² **Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu**, Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul, 2008, s. 234; **Nur Centel/Hamide Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Kasım 2008, s. 760.

³ **Kunter/Yenisey/Nuhoglu**, (16), s. 236-237.

cılığını, mağdurun tatmin edilme ihtiyacını karşıladığı da kabul edilmektedir⁴.

Bu makalenin konusunu esas itibariyle “temyiz yolunda davaya katılma” oluşturmaktadır. Ancak temyiz yolunda davaya katılmanın mümkün olabilmesi, kişinin ilk derece mahkemesinde görülmekte olan davaya katılma şartlarına sahip olmasını gerektirmektedir. Bu itibarla ilk önce davaya katılmanın koşulları üzerinde durulacak, daha sonra da temyiz yolunda davaya katılma konusu ele alınacaktır.

II. DAVAYA KATILMANIN ŞARTLARI

A. Mağdur, suçtan zarar gören veya malen sorumlu olmak

Kamu davasına katılabilmenin temel koşulu, suçun mağduru, suçtan zarar gören veya malen sorumlu kişi olmaktır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu katılmayı oldukça genişletmiş ve açılmış bulunan kamu davasına **mağdur, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişiler** ile **malen sorumlu olanların** katılma talebinde bulunabileceklerini kabul etmiştir (CMK m. 237/1). Mülga 1412 sayılı CMUK ise (m. 365), kamu davasına katılmayı yalnızca *suçtan zarar gören* kişilere tanımıştı. Suçtan zarar gören kavramının mağduru da kapsadığı düşünüldüğünde, yeni CMK’nın eskisinden farklı olarak yalnızca malen sorumlu olanlara katılma hakkı verdiği söylenebilecektir.

Mağdur, suçun konusunun ait olduğu kişidir. Suçun konusu saldırıya uğradığında, konunun ait olduğu kişi bir haksızlığa maruz kalmış ve mağdur edilmiş olur. Örneğin hırsızlık suçunda mağdur, çalınan eşyanın sahibi olan kişidir. Keza öldürme ve yaralama suçlarında mağdur, saldırıya uğrayan, yani öldürülen veya yaralanan kişidir⁵. Hakaret suçunda saldırıya uğrayan şerefın, cinsel saldırı suçunda cinsel özgürlüğün, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda özel hayatın sahibi olan kişiler suçun mağdurlardır.

Suçtan zarar gören kavramının ne şekilde anlaşılması gerektiği ise tartışmalıdır. Doktrinde eskiden beri tekrarlanan bir anlayışa göre suçtan zarar

⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, (16), s. 237.

⁵ Bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, Eylül 2013, s. 211-212; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2013, s. 107-108.

gören kavramı, duruma göre dar, duruma göre geniş yorumlanabilecektir⁶. Davaya katılma söz konusu olduğunda kavramın dar yorumlanması gerekir. Buna göre ancak suçun işlenmesinden doğrudan doğruya zarar görenler kamu davasına katılabilecek, “dolayısı ile zarar gören” kişilerin katılma talepleri ise reddedilecektir⁷. Davaya katılma bakımından suçtan doğrudan zarar görenlerin çoğu zaman mağdurla örtüştüğü de kabul edilmektedir⁸.

Yargıtay da, kamu davasına katılmanın en önemli koşulunun suçtan doğrudan doğruya zarar görmek olduğu, dolaylı zararlar nedeniyle kamu davasına katılmanın mümkün olmadığı görüşündedir. Bu nedenle **tazminat ödenmesi, itibar zedelenmesi ve güven kaybı gibi dolaylı zararlara** dayanılarak kamu davasına katılmak ve kanun yollarına başvurmak mümkün değildir⁹. Ancak *Yargıtay*’ın gerek eski gerek yeni kararlarında doğrudan doğruya zarar görme bakımından suçun ve olayın özelliğine göre farklı ölçütler benimsediği ve bazı hallerde dolaylı zarar görenleri de, doğrudan zarar gördüğünden bahisle davaya müdahil olarak kabul ettiği görülmektedir¹⁰.

⁶ Örneğin kavramın kovuşturamama kararına itiraz veya hakim reddi söz konusu olduğunda geniş, şikayet veya kamu davasına katılma halinde ise dar yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir. (bkz. **Cumhur Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 3. Baskı, Ankara, Eylül 2012, s. 132; **Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Özdem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erdem**, (Editör: Bahri Öztürk), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ders Kitabı, 4. Baskı, Ekim 2012, s. 222).

⁷ **Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu**, (16), s. 238; Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I, (3), s. 137.

⁸ **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, (3), s. 132; Öztürk ve diğerleri, s. 223.

⁹ “Kamu davasına katılmanın en önemli koşulu, suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş olmaktır. Dolaylı zararlar nedeniyle kamu davasına katılma olanaklı değildir. Somut olayda, mağdur, oğluna taahhütlü mektup içinde gönderdiği bankamatik kartının yerine ulaşmadığını ve bu kart kullanılarak hesabından para çekildiğini belirterek şikayette bulunmuştur. İşlendiği ileri sürülen suçtan doğrudan doğruya zarar görenler, şikayetçi ile kartın sahibi bankadır. Posta işletmesi müdahale talebinde bulunmuştur. **Ancak tazminat ödenmesi, itibar zedelenmesi ve güven kaybı gibi dolaylı zararlara dayanarak kamu davasına katılma mümkün değildir.** Açıklanan nedenlerle, posta işletmesinin kamu davasına katılması olanaksızdır” (Y.CGK, 25.3.2003, 2003/5-41 E., 2003/54 K.; aynı yönde YCGK, 26.3.2002, 2002/6-92 E., 2002/223 K.; kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰ Örneğin *Yargıtay*, bir ildeki (İçel) Zihinsel Özürlüler Bakım ve Rehabilitasyon Merkezi Müdürünün rüşvet alma suçundan dolayı aleyhine açılan davada, merkezin bağlı bulunduğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü’nün yargılama sonucuna göre **hakkında disiplin işlemi uygulayarak memuriyetten çıkarma cezası vermeye yetkili olması nedeniyle** suçun işlenmesinden doğrudan zararı söz konusu olduğundan Kurumun davaya katılması gerektiğine karar vermiştir (Y. 5. CD., 9.4.1997, 1133/1367, YKD Ocak

Kanaatimizce, suçtan zarar gören kavramının duruma göre dar, duruma göre geniş yorumlanabileceğine ilişkin görüş kabul edilemez. Hukuk güvenliği ve keyfilğin önlenmesi bakımından, kavrama verilecek anlam, kavramın geçtiği her müessese bakımından aynı şekilde anlaşılmalı ve yorumlanmalıdır. Bu itibarla suçtan zarar gören kavramının ne anlama geldiği belirlenmeli ve karşılaşılan her somut olaya uygulanmalıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, CMK m. 237/1’de kamu davasına katılabilecek olanlar sayılırken *mağdur* kavramının yanı sıra *suçtan zarar gören* de ayrıca zikredildiği için, suçtan zarar gören kavramının yalnızca mağdurla sınırlı tutulması mümkün değildir¹¹. Gerçi mağdur, aynı zamanda, bir suçun işlenmesi nedeniyle zarar gören kişidir. Fakat, **suçtan zarar gören**, mağdurdan daha geniş bir kavram olup, her zaman suçun işlenmesi nedeniyle mağdur edilen kişiyi ifade etmez¹². Bu nedenle mağdur ile suçtan zarar gören kavramları birbirinden farklılık taşımaktadır. Örneğin kasten öldürme suçunda mağdur öldürülen kişidir; buna karşılık suçtan zarar gören öldürülenin yakınlarıdır. Kasten yaralama suçunda ise mağdur ile suçtan zarar gören sıfatları aynı kişide birleşmektedir; o da yaralanan kişidir. Her ne kadar yaralananın yakınları da yaralının tedavi edilmesi veya işine gidememesi nedeniyle ekonomik zarara; keza yaralama sonucu sakat kalan yakınlarına üzülmeleri nedeniyle de manevi zarara uğramış iseler de; bu kişileri katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar gören olarak kabul etmek mümkün değildir.

1999, s. 118). Yine mühürlediği LPG dolum tesisinin mühürünün bozulması şeklindeki olayda Büyükşehir Belediyesinin doğrudan zarar görmesi nedeniyle davaya katılma isteğinin reddini hukuka aykırı bulmuştur (Y. 4. CD., 17.2.2002, 847/1153; YKD Temmuz 2000, s. 1124). Keza Yurtta kalan 15 yaşından küçük bir kişiyi rızaen alıkoyma şeklinde gerçekleşen olayda Yetiştirme Yurdu Müdürü olan müşteki Sıdika’nın doğrudan zarar gördüğünden bahisle müdahale talebinin reddine karar verilmesini isabetsiz bulmuştur (Y. 5. CD., 17.6.1998, 2025/2581, YKD Mart 2000, s. 478); (burada zikredilen kararlar Öztürk ve diğerleri, s. 225, dn. 69’dan alınmıştır). Yine YCGK 3.4.2001 tarih ve 2001/5-39, 2001/55 sayılı kararında “zorla ırza geçme” gibi aile düzenine karşı işlenen suçlarda, **mağdure reşit olsa dahi**, - akıl hastası olması halinde de vasi belirtilmesine gerek olmaksızın- koşulsuz olarak ana-babanın davaya katılabileceğine karar vermiştir. Aynı durumda kardeşlerin davaya katılmaları ise a) ana babanın sağ olmamaları; b) mağdurun katılma isteminde bulunan kardeş tarafından bakılıp gözetilmesi koşullarına bağlı tutulmuştur (Kazancı İçtihat Bankası).

¹¹ Bkz. ve krş. **Öztürk ve diğerleri**, s. 223; **Centel/Zafer**, (6), s. 761, 762.

¹² **Özgenç**, Genel Hükümler, (9), s. 212; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, (6), s. 108; **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, (3), s. 132.

Zira suçtan zarar gören, mağdurun dışında, suçun konusuna yönelik saldırıdan hakları doğrudan ihlal edilen kişiler olarak anlaşılmalıdır. Bu itibarla, bir kimsenin suçtan zarar gören olup olmadığı belirlenirken, o kişinin suçun konusuna yönelik saldırıdan subjektif bir hakkının ihlal edilip edilmediğine bakılmalıdır. Suçun konusu ya bir insan ya da bir eşya olabileceğine göre, kasten öldürme suçu dışında, suçun konusunu insanın oluşturduğu hallerde mağdur ile suçtan zarar gören sıfatı aynı kişide birleşecektir. Buna karşılık suçun konusunu bir eşyanın oluşturduğu hallerde, mağdurdan başka, o eşyaya yönelik saldırıdan hakları ihlal edilen diğer kişileri de suçtan zarar gören olarak kabul etmek gerekir. Örneğin kendisine emanet edilen bir eşyayı çaldıran kişi hırsızlık suçunun mağdurudur. Zira hırsızlık suçunu oluşturan haksızlık bu kişiye karşı gerçekleştirilmiştir. Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan emanet eşyanın maliki ise, bu suçtan zarar görendir. Yine kendisine yöneltilen silahla tehdit edildiği için kasadaki paraları soyguncuya veren veznedar yağma suçunun mağduru olduğu halde, banka suçtan zarar görendir¹³. Suçtan zarar görenler, suç teşkil eden haksızlığa doğrudan maruz kalmamakla birlikte, suçun işlenmesi suretiyle suçun konusuyla bağlantılı olarak hakları saldırıya uğrayanlardır. Suçun konusunun saldırıya uğramasının şikâyetçi üzerinde doğrudan doğruya gerçek bir zarar oluşturmadığı hallerde katılma talebi reddedilmelidir. Buna karşılık suçun konusunun, niteliği itibarıyla kişinin hukuki durumu üzerinde subjektif bir değişiklik yaratmaya elverişli olması halinde katılma talebi kabul edilmelidir¹⁴.

Bu itibarla, suçla kişinin haklı çıkarının zedelenmesi¹⁵ veya sırf suçun iş-

¹³ **Özgenç**, Genel Hükümler, (9), s. 212.

¹⁴ Aynı yönde **Yener Ünver/Hakan Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ocak 2012, s. 340.

¹⁵ Yargıtay yakın tarihli bir kararında suçtan zarar gören kavramının ne anlama geldiği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşleri özetledikten ve kavramın sınırları konusunda kesinlik taşıyan bir ölçüte ulaşamadığını tespit ettikten sonra, “Çeşitli yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere yargıç, bir olayda suçtan zarar göreni belirlerken, sanığa yüklenen ve cezalandırılması istenilen fiille haklı bir çıkarı zedelenen kişinin ceza kovuşturması konusundaki isteğini göz önünde tutmak ve bu haklı görüldüğünde kişiye suçtan zarar görme niteliği tanımak durumundadır. Görüldüğü gibi, gerek yargısal kararlarda gerekse öğretilde, katılma için aranan ve yargıcın değerlendirmesi gereken keyfiyet, “haklı çıkarın zedelenmesi” ve “cezalandırma konularındaki psikolojik durumdur.” (YCGK, 15.7.2008, 95/195; karar için bkz. Ünver/Hakeri, (5), s. 338 vd.)

lenmesinden etkilenmiş olmak suçtan zarar görmek bakımından yeterli kabul edilemez. Özellikle suçun mağdurunu belli bir kişinin oluşturmadığı, toplumu oluşturan tüm fertlerin suçun mağduru olarak kabul edildiği hallerde, iddia makamında yalnızca savcının bulunması yeterli görülmelidir. Zira savcı, toplumsal iddia makamı olarak, işlenen suçtan dolayı tüm toplumun haklarını savunmak üzere görevlendirilmiş kişidir. Bu itibarla suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, suçluyu övmek, halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek gibi toplumu oluşturan tüm fertlerin mağduru olduğu suçlarda, toplum adına iddia makamında yalnızca savcı yer almalıdır. Buna karşılık sözgelimi suç işlemek amacıyla kurulan örgütün faaliyeti çerçevesinde belli kişilere karşı suçlar işlenmişse, bu suçların mağduru veya zarar görenleri, sırf kendilerine karşı işlenen suçlarla sınırlı olarak davaya müdahil olabileceklerdir. Örneğin suç işlemek amacıyla kurulan örgütün faaliyeti çerçevesinde tehdit suçuna maruz kalan kişi, suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçundan zarar gördüğü için bu suçun davasına da müdahil olabilecektir. Bununla birlikte, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlendiği iddia edilen tehdit suçundan dolayı sanıklar hakkında beraat kararı verilirse, suçtan zarar görenin müdahillliği de düşecektir.

Ayrıca unutmamak gerekir ki, mağdur ancak gerçek kişiler olabilir. Buna karşılık suçtan zarar görenler gerçek kişiler olabileceği gibi, tüzel kişiler de olabilecektir¹⁶.

Katılma hakkı olan bir diğer kişi grubunu da **malen sorumlu olanlar** teşkil etmektedir. **Bu kişiler** yargılama konusu işin hükme bağlanması ve bunun kesinleşmesinden sonra, maddî ve malî sorumluluk taşıyarak hükmün sonuçlarından etkilenen veya bunlara katlanacak kişilerdir (CMK m. 2/1-i). Örneğin çalışanın yaptığı kazada adam çalıştıran malen sorumlu olan kişidir. Zira bu kişi, çalışanın suçlu bulunması halinde, verilen zararı tazminle yükümlü bulunmaktadır.

Malen sorumlu olanlar, nihayetinde, suçun işlenmesinden dolayı zarara uğrayan kişilerdir. Ancak bu kişilerin suçtan zarar görmesi, suçun konusuyla

¹⁶ **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, (3), s. 131; **Özgenç**, Genel Hükümler, (9), s. 213; **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, (6), s. 108.

ilgili olarak ortaya çıkan bir zarar değildir. Bu kişiler failin suç işlemesi nedeniyle, suçun meydana getirdiği zararı ödemekle karşılaşacak olan kişilerdir. Bu nedenle, malen sorumlu olanlar davaya katıldıklarında, mağdur ve suçtan zarar gören kişilerin aksine, kamusal iddia makamının yanında değil, sanık tarafında bulunacaklardır. CMK, malen sorumlu olanlara da katılma hakkı tanımak suretiyle, katılmayı savcıdan bağımsız ve fakat ona yardımcı bireysel iddia makamı olarak değil, yargılanan uyuşmazlıktan hakları etkilenecek kişilerin davayı yönlendirmesine imkan sağlayan bağımsız bir müessese olarak görmüştür.

B. Katılma ehliyetine sahip olmak

Kanunda davaya katılma talebinde kimlerin bulunabileceği açıkça belirtilmiş ve fakat bu kişilerin katılma ehliyetine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda genel kurallardan hareketle soruna çözüm getirmek mümkündür.

Yukarıda belirtildiği üzere katılma davası, savcının açtığı asıl ceza davasıyla birlikte görülmek üzere kişilerin açtığı tali bir ceza davası olarak kabul edilmektedir. Bu durumda iddia makamında savcı yanında yer alan katılan ceza muhakemesinde taraftır ve ancak dava ehliyetine haiz olan kişilerin katılma talebinde bulunabilecekleri kabul edilmelidir. Buna göre katılan temyiz kudretine sahip ve reşit olmalı ve ayrıca medeni hakları kullanmaktan kısıtlı bulunmamalıdır. Çocukların veya akıl hastası kişilerin kendi başlarına katılma talebinde bulunmaları mümkün değildir; bu kişiler adına kanuni temsilcileri (veli veya vasi) katılma talebinde bulunabilecektir¹⁷.

Mağdur veya suçtan zarar gören vekili aracılığıyla da katılma talebinde bulunabilir. Bunun için vekaletnamede özel bir düzenlemenin bulunmasına gerek yoktur. Ancak katılmanın koşullarından birisini de, mağdur veya suçtan zarar görenin şikayetçi olduğunu bildirmesi oluşturduğu için, vekilin katılma talebinde bulunabilmesi için mağdur veya suçtan zarar görenin bunun aksine bir açıklamalarının bulunmaması gerekir. Bir başka deyişle, mağdur veya suçtan zarar gören ya da kanuni temsilcileri mahkemeye verdikleri dilekçelerinde veya duruşmada tutanağa geçen beyanlarında sanıktan şikayetçi olmadıkları-

¹⁷ **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, (16), s. 239; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 570; **Ünver/Hakeri**, (5), s. 334.

nı belirtmiş iseler, vekilin katılma davası açması mümkün değildir. Zira bu durumda katılmanın koşullarından birisi olan ve katılmanın temelini oluşturan şikayetçi **olma koşulu gerçekleşmemiş** olacaktır. Keza zorunlu vekilliğin bulunduğu hallerde de, kendisine vekil tayin edilen ve fakat reşit olmayan mümeyyiz küçüğün zarar gördüğü suç sebebiyle izne gerek olmadan vekili aracılığıyla doğrudan kamu davasına katılabileceğini kabul etmek gerekir¹⁸. Zira mümeyyiz küçük katılmanın temelini oluşturan şikayetçi olma hakkını tek başına kullanabilecektir. Küçük mümeyyiz değilse kanuni temsilcisi onun adına şikayet hakkını kullanacaktır.

Suçtan zarar gören tüzel kişilerin de kamu davasına katılma hakları bulunmaktadır. Tüzel kişiler, kendilerini temsile yetkili kişi veya organları aracılığıyla davaya katılma talebinde bulunabilirler. Tüzel kişiler iddia veya temsilcileri aracılığıyla iddia veya savunma makamı yanında davaya katılabilirler (CMK m. 249/1). Bu durumda tüzel kişinin organ veya temsilcisi, Kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır (CMK m. 249/2)¹⁹.

C. Şikayetçi olduğunu bildirerek ilk derece mahkemesince hüküm verilinceye kadar talepte bulunmak

Mağdur ve şikayetçiye kovuşturma evresinde tanınan haklardan birisi de, kamu davasına katılma hakkıdır (CMK m. 234, f. 1, bent b/2). Varlığından haberdar olunmayan hakkın bir anlam ifade etmeyeceğini öngören kanun koyucu, mağdur ve şikayetçiye sahip olduğu hakların anlatılıp açıklanmasını ve bu hususun tutanağa yazılmasını istemektedir (CMK m. 234, f. 3). Mağdur ve şikayetçiye bu hakka sahip olduğu kovuşturma evresinde öğretilecektir. Bu hak, mahkeme başkanı veya hakimin mağdur ve şikayetçiyi duruşmaya çağırıp dinlemesinden önce öğretilmelidir. Duruşmadan haberdar olma hakkına da sahip olan mağdur ve şikayetçi (CMK m. 234, f. 1, bent b/1) duruşmadan haberdar edilmez ise, davaya katılma hakkına sahip olduğunu öğrenmemiş ve dolayısıyla bu hakkını kullanmamış olacaktır. Bu eksiklik bozma nedeni sayılmaktadır²⁰.

¹⁸ Centel/Zafer, (6), s. 764.

¹⁹ Bkz. Şahin, Ceza Muhakemesi Hukuku I , (3), s. 138.

²⁰ Y. 2. CD., 26.1.2010, 1153/1265 “Kovuşturma evresinde sanıklar hakkında açılan davanın duruşmasından çağrı kağıdı ile haberdar edilmeyen müşteki kurumun 5271 sayılı CMK.

Mağdur ve şikayetçi kendisine öğretilen kamu davasına katılma hakkını ancak kovuşturma evresinin ilk derece mahkemesindeki aşamasında, hüküm verilinceye kadar kullanabilecektir. Kanunumuz katılma talebinin soruşturma evresinde yapılmasını kabul etmemiştir.

Bir suçun mağduru veya suçtan zarar göreni hatta şikayetçisi olmak, kişiye otomatik olarak katılan sıfatını vermemektedir. Katılma istemi, kamu davasının açılmasından sonra mahkemeye dilekçe verilmesi veya katılma isteğini içeren sözlü başvurunun duruşma tutanağına geçirilmesi suretiyle yapılır. Mağdur ve suçtan zarar gören gerek dilekçesinde, gerek tutanağa geçen sözlü başvurusunda katılma hakkını suçtan şikayetçi **olduklarını belirtmek suretiyle** kullanmalıdır (CMK m. 237/1). Bir başka deyişle mağdur veya suçtan zarar görenin davaya katılabilmesi için bu kişinin şikayetçi olması gerekir²¹. Çünkü şikayetçi olduğunu bildirmeyen kimseye kanunen davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması gerekmemektedir²². Ancak buradaki şikayet teknik anlamda şikayet olmayıp, suçun failinin cezalandırılmasına yönelik irade beyanında bulunulmasıdır. Dolayısıyla katılma şikayeti bakımından suçun resen kovuşturulan bir suç olmasıyla takibi şikayete bağlı suç olması arasında bir fark yoktur. Duruşma sırasında şikayeti belirten ifadeler kullanılırsa, mahkeme başkanı veya hakim suçtan zarar görenden davaya katılmak isteyip istemediğini sormalıdır (CMK m. 238/2).

nun 234. Maddesi uyarınca davaya katılma hakkı bulunduğundan, 5271 sayılı CMK.nun 233/1-2 ve 43/2 maddeleri uyarınca müşteki vekiline telefonla çağrı yapılabilecek ise de, bu halde çağrı kağıdına bağlanan sonuçlar uygulanamayacağından, müşteki kurum vekili çağrı kağıdı ile duruşmaya çağrılarak aynı Kanunun 238/2. Maddesi uyarınca davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması ve davaya katılma istemesi halinde bu hususta olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi bozmayı gerektirmiştir” (karar için bkz. **Ünver/Hakeri**, (5), s. 336).

²¹ Farklı bir değerlendirme için bkz. Özbek/**Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 570.

²² “Soruşturma aşamasında şikayetçi olmayan mağdurun babasının kovuşturma aşamasında şikayetçi olarak davaya katılmasında yasal bir engel bulunmamaktadır. Mağdura atanan vekile ise, yokluğunda yapılan işlemler, şikayetten vazgeçme işlemi hatırlatılıp diyecekleri sorulmuş, mağdur vekili bir diyeceğinin olmadığını bildirmiştir. Mağdur vekili şikayetçi olduğunu belirten bir ifade bulunmadığından kendisine katılma isteminin sorulmasına gerek yoktur. Bu nedenlerle katılan sıfatını almış veya katılma talebi reddedilmiş bulunanlar kapsamında olmadığından mağdur vekilinin temyiz talebinin reddi doğrudur.” (YCGK, 11.7.2006, 2006/9-191 E., 2006/183 K.; Kazancı İçtihat Bankası).

Bu hükümlerden açıkça anlaşıldığı üzere, katılma talebinin gerekçesini kişinin suçtan şikayetçi olması oluşturmaktadır. Bu nedenle şikayetin ne anlama geldiğini idrak edebilen her suç mağduru şikayet hakkını kendisi kullanabilir. Bunun için reşit olmaya gerek yoktur. Ancak reşit olmayan kişinin şikayetinin davaya müdahale talebi olarak değerlendirilebilmesi için, bu talebin kanuni temsilci veya vekil tarafından yapılması veya onaylanması gerekir. Şayet reşit olmayan mümeyyiz duruşmada bu talepte bulunmuşsa vekil veya kanuni temsilcinin buna aykırı beyanlarının olmaması şarttır. Aksi takdirde geçerli bir katılma davasının varlığından söz edilemez.

Katılma şikayetinin bir formülü bulunmamakla birlikte, suçtan zarar gören kişinin dilekçesinde veya duruşma sırasındaki sözlü açıklamalarında failin cezalandırılması arzusunun dile getirmiş olması gerekir. Ancak Yargıtay öteden beri katılma talebinin varlığı konusunda oldukça esnek davranmakta, suçtan zarar görenin katılma yönünde açık isteği olmasa da, bu anlama gelebilecek davranışlarda bulunmasını yeterli görmektedir. Yargıtay'a göre katılma talebinin varlığı için, hak sahiplerinin davayı takip iradelerini açığa vurmaları yeterlidir. Bu çerçevede, verilen dilekçelerde sanığın cezalandırılmasının veya soruşturmanın genişletilmesinin istenmesi, mahkemeye tanık listesi verilmesi, delil listesi sunulması, duruşmaya vekaletnamesi bulunan avukat görevlendirilmesi gibi hususlar, katılma talebi niteliğinde görülmektedir²³.

Kanaatimizce yeni CMK'nın 238. maddesinde katılma talebinin üç şekilde yapılabileceği hükme bağlanmıştır. Bunlar **dilekçe**, **sözlü beyanın tutanağa bağlanması** ve **duruşmada şikayetçi olduğunun belirtilmesidir**. Bu şekilde, katılma usulüne ilişkin açık hükümler karşısında, kanunda şekli belirtilmeyen katılma isteklerinin de geçerli olduğunu kabul eden ve yukarıda anılan

²³ YCGK, 10.6.1997, 4/148-158; YCGK, 21.11.2006, 2-249/247 (**Centel/Zafer**, (6), s. 768). “Yalan tanıklık yapma suçundan dolayı yapılan yargılamada, suçtan doğrudan doğruya zarar gören şikayetçinin vekili sanığın cezalandırılması istemini içeren dilekçeyi mahkemeye sunmuştur. Söz konusu dilekçenin davayı takip arzusunun göstermesi yönünden kamu davasına katılma isteğini de kapsadığının kabulü gerekir. Açıklanan hususlar dikkate alınmadan katılma isteminde bulunulmadığı ve katılan sıfatının kazanılmadığı gerekçesiyle temyiz talebinin reddi hatalıdır.” (Y.11.CD., 30.6.2008, 2007/6249 E., 2008/7069 K. Kazancı İçtihat Bankası).

İçtihatların artık geçerliliğinin kalmadığını düşünüyoruz²⁴.

Katılma talebi üzerine mahkeme, cumhuriyet savcısını, sanık ve varsa müdafini dinledikten sonra, bu talebin uygun olup olmadığına karar vermelidir. Ancak sulh ceza mahkemesinde açılmış olan davalarda, savcının görüşü alınmaz (CMK m. 238/3, 4)²⁵. Mahkemenin katılma konusunda olumlu ya da olumsuz bir karar vermesi gerekir. Katılma talebine rağmen karar verilmeksizin yargılamaya devam olunması CMK'nın 237. ve 238. maddelerine aykırılık teşkil eder. Katılma konusunda verilen kararlara karşı ancak hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabilir²⁶.

III. KATILANIN HAKLARI

CMK'nın 239. maddesi "**katılanın hakları**" başlığını taşımaktadır. Bu başlık altında sadece katılanın isteğine bağlı ve isteğine bağlı olmayan **zorunlu vekil** görevlendirilmesi hakkına yer verilmiştir. Bu düzenlemenin iki bakımdan gereksiz olduğunu düşünüyoruz. Öncelikle bu başlık altında yalnızca zorunlu vekilden yararlanma hakkının düzenlenmiş olması, yargılamada katılanın başka hakkının olmadığı gibi bir izlenim uyandırmaktadır. Halbuki başta 234. maddede sayılanlar olmak üzere, CMK'da katılana çok sayıda hak ve yetki verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mağdura veya suçtan zarar görene davaya katıldığında tanınan bu haklar, CMK'nın 234. maddesinde davaya katılıp katılmadığına bakılmaksızın mağdura ve şikayetçiye de tanınmıştır. Bu itibarla da CMK'nın 239. maddesi lüzumsuz bir düzenleme niteliğindedir²⁷.

CMK'nın 239. maddesinin birinci fıkrasında, mağdur veya suçtan zarar görenin davaya katıldığında, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla

²⁴ "Devlet ormanından izinsiz orman emvali temin etmek suçundan sanık hakkında; uyuşmazlık, dilekçesinde ve sözlü olarak şikayetçi olduğunu belirtmiş bulunan katılan idare temsilcisinin, hükmü temyiz etme hakkının bulunup bulunmadığına ilişkindir. **Orman İdare temsilcisi tarafından açıkça dile getirilmiş, fakat mahkemece değerlendirilmemiş bir katılma talebi bulunmadığından, temyiz yolu mahkemesinde katılma konusunda bir karar verilmesi mümkün değildir.** Dosyanın yerel mahkemesine gönderilmesine karar verilmelidir." (YCGK, 7.4.2009, 2009/3-14 E. , 2009/83 K. ; Kazancı İçtihat Bankası).

²⁵ Sulh ceza mahkemelerinde savcının görüşünün alınmamasının hukuka aykırı olduğu yönünde görüş için bkz. Ünver/**Hakeri**, (5), s. 782.

²⁶ **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, (3), s. 139.

²⁷ Benzer eleştiriler için bkz. **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, (3), s. 139-140.

hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteyebileceği kabul edilmiştir. İkinci fıkrada ise “*mecburi vekillik*” düzenlenmiştir. Buna göre mağdur veya suçtan zarar görenin çocuk, sağır ve dilsiz veya kendisini *savunamayacak derecede akıl hastası olması* halinde, talebi aranmaksızın avukat görevlendirilecektir.

Katılan, ancak mağdur veya suçtan zarar gören olduğu için, mağdur ve şikayetçiye tanınan tüm haklara da sahiptir. Ancak mağdur veya suçtan zarar görenin katılan sıfatını almadıkça kullanamayacağı haklar da vardır. Bu çerçevede örneğin katılan, tanığın veya uzman kişinin çağrılmasını talep etme (CMK m. 178), mahkeme başkanı aracılığıyla duruşmaya çağrılmış kişilere soru sorma (CMK m. 215), tutanakların okunmasına rıza gösterme (CMK m. 211/2) ve hakimi reddetme (CMK m. 24/2) gibi haklara sahiptir.

IV. KATILMADAN VAZGEÇME

Katılan, katılma hakkından vazgeçebileceği gibi, katıldıktan sonra bu hakkını geri de alabilir. Kanunumuzda yalnızca katıldıktan sonra vazgeçme düzenlenmiştir. Buna göre katılan, vazgeçerse veya ölürse katılma hükümsüz kalır. Mirasçılar, katılanın haklarını takip etmek üzere davaya katılabilirler (CMK m. 243/1). Katılmadan vazgeçme, katılma usulüne uygun olarak; ya mahkemeye verilecek bir dilekçe ile ya da bu anlama gelecek beyanların duruşmada tutanağa geçirilmesi suretiyle yapılabilir²⁸.

CMK m. 243’e göre suçtan zarar görenin şikayetinden vazgeçmesi, davaya katılmayı hükümsüz kılmaktadır. Zira şikayet, katılmanın temelini ve gerekçesini oluşturmaktadır²⁹. Doktrindeki hakim görüşün aksine, kanaatimizce

²⁸ Centel/Zafer, (6), s. 770.

²⁹ “5271 sayılı CYY’nin 243. maddesi uyarınca mahkeme tarafından davaya katılmalarına karar verilenlerin daha sonra şikayetlerinden vazgeçmeleri halinde davaya katılmaları hükümsüz kalır ve katılan sıfatları sona erer. Buna bağlı olarak da, CYY’de düzenlenen katılanın sahip olduğu hak ve yetkiler kullanılamazlar. Bu nedenle, katılan sıfatını şikayetten vazgeçme nedeniyle kaybeden mağdurların yasa yoluna başvurma hakları bulunmamaktadır. Bu açıklamalar dosya içeriği ile birlikte değerlendirildiğinde; 22.01.2010 tarihli oturumda davaya katılmasına karar verilen mağdur M.T., hükmün verildiği 29.04.2010 tarihli oturumda, mahkeme huzurunda müdafii ile birlikte şikayetinden vazgeçmiş ve son sözünde açılan davaların düşürülmesine karar verilmesini istemiştir. Bu nedenle CYY’nin 243. maddesindeki; “Katılan, vazgeçerse katılma hükümsüz kalır” şeklindeki düzenleme uya-

katılma davasından vazgeçmek de şikayet hakkını düşürür. Zira katılma ancak şikayetçi olduğunu bildirerek yapılabileceğinden (CMK m. 237/1) başka türlü düşünülmesi mümkün değildir³⁰.

İfade edelim ki, resen kovuşturulan suçlarda, katılanın vazgeçmesi sadece katılma davasını hükümsüz kılar. Asıl dava yürümeye devam eder. Buna karşılık soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi suçlarda, şikayetçinin katılmadan vazgeçmesi davayı da düşürür. Zira şikayetçi olduğunu bildirerek davaya katıldıktan sonra katılmadan vazgeçme şikayetin geri alındığı anlamına gelir. Bu nedenle şikayete tabi suçlarda müşteki ya davaya hiç katılmamalı, katılmışsa da vazgeçmemelidir. Şikayete tabi suçlarda, müştekinin hem katılmadan vazgeçmesi, hem de davaya devam edilmesi mümkün değildir³¹.

Yargıtay'a göre suçtan zarar görenin soruşturma evresinde şikayetçi olması veya şikayetinden vazgeçmesi, kovuşturma evresinde davaya katılmasına engel oluşturmayacaktır³². Bu görüş doğrudur; zira CMK davaya müdahale

rınca, şikayetinden vazgeçen mağdur M.T.'in katılan sıfatı ortadan kalkmıştır". (YCGK 7.12.2010, 2010/4-206 E., 2010/245 K.; Kazancı İçtihat Bankası).

³⁰ Krş. Özbek/**Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 570.

³¹ Karşı görüş için bkz. **Centel/Zafer**, (6), s. 768-769;

³² "Bu düzenlemeler ışığında somut olay değerlendirildiğinde, soruşturma aşamasında şikayetçi olmayan, mağdurun babasının davaya katılmasına yasal bir engel bulunmamakta ve kovuşturma aşamasında, şikayetçi olduğunu bildirmesi üzerine, CMY'nın 234/2. maddesi uyarınca davaya katılmak isteyip istemediği hususunun sorulmaması usuli bir eksiklik ise de, şikayetçi verilen hükme karşı yasayoluna başvurmadığından, bu nedenlere dayalı olarak bir bozmanın yapılması olanağı bulunmamaktadır.

Mağdur vekilinin temyizine gelince, mağdurun onsekiz yaşından küçük olduğunun saptanması üzerine, 16.06.2005 tarihli oturumda istemi aranmaksızın kendisine bir vekil görevlendirilmiştir. Görevlendirilen vekile, 234. maddede mağdur ve şikayetçiye tanınan hakların açıklanıp tutanağa geçirilmediği sabit ve bu husus yasaya aykırı ise de, mağdur vekiline, aynı oturumda, yokluğunda yapılan işlemler ve belgeler okunarak diyecekleri sorulmuş, mağdur vekili okunan belgelere ve hazırlıktaki şikayetten vazgeçmeye bir diyeğinin olmadığını bildirmiştir. Mağdur vekili duruşmada, şikayeti belirten bir ifade kullanmadığından, artık 238. maddenin 2. fıkrası uyarınca, davaya katılmak isteyip istemediğini sormaya gerek bulunmamaktadır.

Diğer yönden, mağdur vekilinin 5271 sayılı Yasanın 238/1. maddesinde belirtilen şekilde de bir katılma istemi bulunmamaktadır. Somut olayda, mağdur adına bir katılma isteminde bulunulmadığı, bu itibarla konumu, yasa yoluna başvuru açısından, "katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış veya reddedilmiş bulunanlar" kapsamında değerlendirilemeyecek olan mağdurun, bu sıfatla 5271 sayılı Yasanın 260. maddesi uyarınca yasa yoluna başvurma hak ve yetkisi bulunmamakta dolayısıyla vekilinin başvurusu geçerlilik kazanmamaktadır. Diğer yönden, mağdur vekilinin 5271 sayılı Yasanın 238/1.

iradesini kovuşturma evresinde aramaktadır. Bu itibarla soruşturma evresinde nasıl ki davaya katılma talebinde bulunmak mümkün değilse, katılma hakkından vazgeçmek de mümkün değildir³³. Ancak bu görüş yalnızca resen kovuşturulan suçlar bakımından isabetli olup, takibi şikayete bağlı suçlar bakımından kabul edilemez. Örneğin takibi şikayete bağlı olup da, birden çok mağduru bulunan bir suçun soruşturma evresinde şikayette bulunmayan veya şikayetinden vazgeçen mağdurun, diğer mağdurların şikayeti üzerine sanık hakkında açılan davaya kovuşturma evresinde katılması kabul edilemez. Zira her bir mağdurun şikayet hakkı diğerinden bağımsızdır. Soruşturma evresinde takibi şikayete bağlı suçtan dolayı şikayetçi olmayan veya şikayetini geri alan mağdur bir daha şikayetçi olma hakkını kaybeder. Şayet takibi şikayete bağlı suçun şikayetçisi kovuşturma evresinde şikayetinden vazgeçmişse, örneğin geldiği duruşmada sanıktan şikayetçi olmadığını söylemişse, artık onun davaya katılmasına karar verilemez.

Katılmadan vazgeçmeyi çocuklara ve akıl hastalarına karşı işlenen suçlar bakımından ayrıca bir değerlendirmeye tabi tutmak gerekir. Zira bu kişilerin tek başlarına katılma davası açma yetkilerinin bulunmaması, veli veya vasileri yoluyla katılma talep edebilmeleri ve bunlara mecburi vekilin atanacak olması karşısında, bütün bu kişilerin iradelerinin uyuşmaması halinde ne şekilde hareket edileceği sorun oluşturabilecektir.

Bu sorunun bir kısmına katılma ehliyetini incelediğimiz bölümde cevap vermiştik. Zira bu sorun, esasen kimlerin şikayetçi olabileceği, kimlerin katılma davası açabileceği ve vekil ile suçtan zarar gören arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin ne olduğunun açıklığa kavuşturulmasıyla ilgili bir sorundur. Yukarıda belirttiğimiz gibi mümeyyiz küçük şikayetçi olma hakkını tek başına kullanabilecektir. Bu nedenle onun şikayetçi olmadığı veya şikayetinden vaz-

maddesinde belirtilen şekilde de bir katılma istemi bulunmamaktadır. Somut olayda, mağdur adına bir katılma isteminde bulunulmadığı, bu itibarla konumu, yasa yoluna başvuru açısından, “katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış veya reddedilmiş bulunanlar” kapsamında değerlendirilemeyecek olan mağdurun, bu sıfatla 5271 sayılı Yasanın 260. maddesi uyarınca yasa yoluna başvurma hak ve yetkisi bulunmamakta dolayısıyla vekilinin başvurusu geçerlilik kazanmamaktadır.” (YCGK 11.7.2006, 2006/9-191 E., 2006/183 K.; Kazancı İçtihat Bankası).

³³ **Şahin**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, (3), s. 140.

geçtiği hallerde ister seçilmiş ister atanmış olsun vekilin katılma davası açması mümkün değildir. Eğer mağdur mümeyyiz değilse veya akıl hastası ise bu durumda şikayet hakkını onun adına kanuni temsilcisi kullanabilir. Şayet çocuğa karşı suç kanuni temsilci tarafından işlenmiş veya mağdur akıl hastası ise onun bu hakkını kullanmasını sağlamak için öncelikle vasi atanması gerekir. Böylece küçük veya akıl hastası katılma talebinde bulunmanın temelini oluşturan şikayetçi olabilecek duruma getirilmelidir.

Bu konuyla ilgili olarak, mağdurun ve/veya veli ya da vasisinin sanıktan şikayetçi olmadığı hallerde mağdur için atanan zorunlu vekilin davaya katılma talebinde bulunup bulunamayacağı sorunu incelenmelidir. Yargıtay Ceza Dairesi “*reşit olmayan mağdurun kanuni temsilcisi olan babasının sanıktan şikayetçi olmadığını ve davaya katılmak istemediğini beyan (etmesi) karşısında, baro tarafından atanan vekilin açılan kamu davasına katılmaya hakkı yoktur*” şeklinde karar vermiştir³⁴. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu mağdur için atanan zorunlu vekil ile yaşı küçük mağdurun iradelerinin çelişmesi halinde hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı hususunda CMK m. 234’de açık bir düzenlemeye yer verilmediğini, fakat CGK’nun 3.6.2008 gün ve 56-156 sayılı kararında da açıklandığı üzere, CMK’nın 266/3. Maddesinde yasa yollarına başvurma konusunda aynı yasanın 150/2. Maddesine göre atanan zorunlu müdafii ile asilin iradesinin çelişmesi halinde zorunlu müdafinin iradesinin esas alınacağına ilişkin kuralın, olayda da mağdur yönünden **kıyasen** uygulama olanağı bulunduğunu, sonuçta CMK’nın 234. Maddesi uyarınca atanan zorunlu vekilin, sanıktan şikayetçi olduğuna yönelik iradesine üstünlük tanınması gerektiğine ve zorunlu vekilin şikayet iradesini ortaya koyan beyanları üzerine yerel mahkemece kendisine davaya katılmak isteyip istemediğinin sorulması, sonucuna göre de temyiz kapsamının belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir³⁵.

Suçtan zarar görenin ceza mahkemelerinde avukatlığını üstlenen vekilin, suçtan zarar gören adına davaya katılma talebinde bulunması mümkündür. Vekilin böyle bir talepte bulunması için vekaletnamesinde ayrıca bir açıklığın

³⁴ Y. 2. CD., 14.6.2010, 16476/19108 (Ünver/Hakeri, (5), s. 778).

³⁵ YCGK, 27.1.2009, 5-145/8 (Ünver/Hakeri, (5), s. 783).

bulunması gerekmez. Fakat vekil edenle vekil olanın iradeleri çatıştığında hiç kuşkusuz vekil edenin iradesine üstünlük tanımak gerekir. Vekil, suçtan zarar görenin iradesine aykırı bir işlemde bulunamaz. Böyle bir durum vekalet ilişkisine aykırılık oluşturur. Nitekim kanun koyucu bu hususu kanun yollarına başvurma bakımından düzenlemiştir. Buna göre avukat, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin **açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla** kanun yollarına başvurabilir (CMK m. 261/1).

Bu kuralın tek istisnasını zorunlu müdafiliğin söz konusu haller oluşturmaktadır. Buna göre on sekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malul olan şüpheli veya sanıklar yararına kanun yoluna başvurulduğunda veya başvuru kanun yolundan vazgeçildiğinde, şüpheli veya sanıkla müdafinin iradesi çelişirse müdafinin iradesi geçerli sayılacaktır (CMK m. 266/3). Bu durumda baro tarafından görevlendirilen zorunlu müdafii, şüpheli veya sanığın iradesine aykırı olarak, onun yararına kanun yoluna başvurabilecektir.

Yargıtay, yukarıda anılan kararında bu hükmü zorunlu vekilliğin olduğu hallerde de kıyasen uygulamış ve zorunlu vekil ile suçtan zarar görenin iradesi çelişirse vekilin iradesine göre hareket edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay'ın bu kararının bir çok yönden isabetli olmadığını düşünüyoruz. Her şeyden önce, olayda zorunlu müdafilikle ilgili olan ve sadece kanun yoluna başvurma veya kanun yolundan vazgeçmeyle sınırlı şekilde müdafinin iradesine üstünlük tanıyan hükmün zorunlu vekil bakımından da kıyasen uygulanma kabiliyeti yoktur. Zira bu hüküm CMK m. 261. maddede düzenlenen ve *“avukatın müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişinin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurabilir”* şeklindeki kuralın **yalnızca müdafii** bakımından getirilmiş istisnasını oluşturmaktadır. Sınırlayıcı ve istisnai hükümlerde kıyas yapılamayacağına göre, Yargıtay'ın 266/3 hükmünü zorunlu vekil bakımından da uygulaması mümkün değildir.

Diğer taraftan 266. maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki düzenlemeler dikkatlice incelendiğinde, kanun koyucunun 266/3. maddedeki düzenlemeyi

bilinçli olarak yalnızca zorunlu müdafilikle sınırlandırdığı ortaya çıkmaktadır. Zira maddenin ikinci fıkrasında müdafinin veya vekilin kanun yolu başvurusundan vazgeçmesi düzenlenmiştir. Bunu takip eden fıkrada ise kanun koyucu yalnızca zorunlu müdafilik bakımından istisnai bir hükme yer vermiştir. Şayet kanun koyucu dileseydi üçüncü fıkradaki düzenlemeyi zorunlu vekillik bakımından da öngörebilirdi. Bu nedenle, bu hükmün zorunlu vekillığe genişletilmesi kanun koyucunun bilerek düzenlemediği bir kuralın Yargıtay tarafından getirilmesi anlamına gelir ki, bu durum yasama fonksiyonunun gaspı anlamını taşıyacaktır.

Ayrıca Yargıtay'ın yukarıda anılan kararında kanun yollarına başvurma veya başvuru kanun yolundan vazgeçme bakımından vekil ile suçtan zarar gören arasında bir irade uyuşmazlığı da yaşanmış değildir. Olayda esas sorun, vekilin şikayetçi olmayan asil adına katılma talebinde bulunma yetkisinin bulunup bulunmadığıdır. Bu sorun çözülmeden, katılma talebi reddedilen veya kabul edilen vekilin hükmü temyiz edip edemeyeceği tartışılmaz. O halde ilk olarak yaşı küçük veya akıl hastası olan mağdur veya suçtan zarar görene atanan zorunlu vekil ile bu kişiler arasındaki ilişkinin hukuki niteliğini belirlemek gerekir.

İfade edelim ki, ister suçtan zarar gören tarafından seçilmiş olsun, ister baro tarafından atanmış olsun, avukat ile suçtan zarar gören arasında *asil-vekil ilişkisi* vardır ve vekil, asili temsil eder. Vekil, müvekkili adına hareket eden bir kişidir ve asil ile vekil arasında bir irade çatışması söz konusu olamaz. Avukatın vekilliğini üstlendiği kişinin lehine olarak hareket etme yetkisi vardır. Ancak avukatın bu yetkisi, mağdur adına kullanacağı ve onun iradesine bağımlı olan bir yetkidir. Zira avukat tüm muhakeme işlemlerini kendi adına değil, müvekkili adına yapar. Bu itibarla avukat vekilliğini üstlendiği suçtan zarar gören kişinin adına ve onun yararına hareket etmelidir³⁶.

Bilindiği üzere şikayet hakkının kullanılması bakımından kişinin temyiz kudretine sahip olması yeterli olup, reşit olması aranmaz. Yaşı küçük olmakla birlikte mümeyyiz olan küçüğün kendisine karşı işlenen suçtan dolayı şikayet hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle kendisine karşı işlenen suçtan do-

³⁶ Centel/Zafer, (6), s. 691.

layı şikayetçi olduğunu belirttiğinde, ister seçilmiş ister atanmış olsun vekilin adına katılma talebinde bulunabilecektir. Şayet küçük mümeyyiz değilse, şikayet hakkını onun adına veli veya vasisi kullanmalıdır. Veli veya vasinin şikayetçi olduğuna ilişkin iradesi üzerine vekilin katılma talep etmesi gerekir.

Bu durumda kendisine zorunlu vekil atanan suçtan zarar gören suçtan şikayetçi olmamanın ne anlama geldiğini anlayabilecek durumda ise vekilin buna rağmen katılma talebinde bulunması mümkün değildir. Buna karşılık, yaşının küçük olması veya maruz kaldığı akıl hastalığı nedeniyle mümeyyiz olmayan kişi adına şikayette bulunmak yetkisi veli veya vasiye aittir. Davaya katılmanın temelini oluşturan şikayet hakkı bu kişiler tarafından kullanılmazsa yine vekilin davaya katılma talebinde bulunması mümkün değildir.

Ayrıca zorunlu müdafilik ile zorunlu vekillik niteliği itibariyle de farklı müesseselerdir. Zira müdafii görevi itibariyle sanığın yardımcısı olduğu halde, vekil mağdurun temsilcisidir. Zorunlu müdafiliğin olduğu hallerde kanun yoluna başvurmada ve başvurulmuş kanun yolundan vazgeçmede müdafinin iradesine üstünlük tanınması müdafinin konumu ve rolü ile bağdaşmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu bilinçli olarak böyle bir düzenlemeyi zorunlu vekillik bakımından yapmamıştır.

Yargıtay'ın yukarıda anılan kararı vekalet ücreti bakımından da sorun çıkaracak niteliktedir. Zorunlu vekilin suçtan zarar görenin iradesine rağmen kanun yoluna başvurduğu hallerde kararın mağdur aleyhine bozulması durumunda karşı tarafın vekalet ücretinin zorunlu vekile yükletilmesi gibi bir sonuçla karşılaşılacaktır. Bu nedenle vekilin iradesine kanun bir üstünlük getirmedikçe, her bakımdan asilin iradesine üstünlük tanımak gerekir.

V. KANUN YOLUNDA DAVAYA KATILMA

A. Genel Olarak

CMK'nın 237. maddesinde kamu davasına katılmanın ancak kovuşturma evresinde ve ilk derece mahkemesinde hüküm verilinceye kadar mümkün olduğu belirtilmiştir. Esasında bu hükümden kovuşturma evresinin kanun yolu aşamasında davaya katılmanın mümkün olmadığı sonucu çıkmasına rağmen,

maddenin ikinci fıkrasında bu husus açıkça dile getirilmiş ve “**kanun yolu muhakemesinde davaya katılma isteğinde bulunulamaz**” denilmiştir. O halde davaya katılma kural olarak ilk derece mahkemesinde hüküm verilinceye kadar mümkün olabilecektir.

Bununla birlikte, 237. maddenin ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Buna göre “**ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma istekleri, kanun yolu başvurusunda açıkça belirtilmişse incelenip karara bağlanır**”. Keza CMK’nın kanun yollarına başvurma hakkını düzenleyen 260. Maddesinin birinci fıkrasında “... **bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açık...**” tutulmuştur.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, kanun yolu muhakemesinde kamu davasına katılmanın üç durumda mümkün olduğu görülmektedir. Buna göre ilk derece mahkemesinde katılma talebinde bulunmuş olmakla birlikte bu talebi reddedilenler ile bu isteği ilk derece mahkemesinde karara bağlanmamış olanların katılma istekleri kanun yolu başvurusunda incelenip karara bağlanacaktır. Buna ilave olarak katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar da kanun yoluna başvurma hakkına ve dolayısıyla davaya katılma yetkisine sahiptirler³⁷.

B. Kanun yolunda davaya katılma hakkı olanlar

Mağdur ve şikayetçiye tanınan haklardan birisi de, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurmaktır (CMK m. 234, f. 1, bent b/6). Ancak bu hüküm kanun yollarına başvurma hakkı olanları gösteren CMK’nın 260. maddesinin birinci fıkrasıyla uyumlu değildir. Zira bu maddede, yukarıda belirtildiği gibi, davaya katılmış olmayan veya reddedilen mağdur ve suçtan zarar görene de kanun yollarına başvurma hakkı tanınmıştır.

³⁷ Aynı yönde bkz. *Centel/Zafer*, (6), s. 693.

CMK'nın 260. maddesinin birinci fıkrasına göre **“bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar”**, kanun yoluna başvurma hakkına sahiptir. CMK'ya göre katılan sıfatını alabilmek için, kamu davasının açılmasından sonra ve fakat hüküm verilmeden önce mahkemeye katılma talebinde bulunulması ve mahkemenin bu talebi kabul etmiş olması gerekir³⁸. O halde sırf katılma talebinde bulunmak, kişiye katılan sıfatını vermek bakımından yeterli değildir³⁹. Şayet yeterli olsaydı, CMK'nın 260/1. maddesinde **“katılan sıfatını almış olanlar”** denildikten sonra, ayrıca **“katılma isteği karara bağlanmamış veya reddedilmiş”** kişilerin kanun yoluna başvurma hakkından bahsedilmezdi. Yine sırf katılma talebinde bulunmak kişiye katılma sıfatını vermiş olsaydı, bu talebi reddedilen veya karara bağlanmayan kişilerin katılma isteklerinin kanun yolu başvurusunda incelenip **karara bağlanmasından** (CMK m. 237/2) söz edilmezdi. Bu nedenle **katılan sıfatını alabilmek için mutlaka mahkemeye talepte bulunmak ve bu talebin de mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekir.**

İfade edelim ki, CMK dışında bazı özel kanunlarda kimi kurumlara veya kişilere katılan sıfatı kanunen verilmektedir⁴⁰. Bu gibi hallerde ilgili kişi veya kurumun davaya katılması bakımından suçtan zarar görüp görmediği, katılma talebinde bulunup bulunmadığı ve mahkemenin kararı aranmayacaktır. Örneğin 6.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun⁴¹ 115. Maddesinde, bu Kanunda tanımlanan veya atıfta bulunulan suçlardan dolayı soruşturma yapılması Sermaye Piyasası Kurulu tarafından C. Başsavcılığına yazılı başvuruda bulunulması şartına bağlanmış, bu başvuru üzerine kamu da-

³⁸ “1- Ceza davalarında, suçtan zarar gördüğünü ileri süren kişinin davaya katılabilmesi için önce davayı gören mahkemeye başvurması ve hakimnin bu konuda karar vermesi gerekir. 2- Hazırlık soruşturması sırasında yapılacak başvurular davaya katılma istemi olamaz. 3- Henüz kamu davası açılmadan davaya katılma istemi düşünülemez”. (YİBGKK, 16.5.1945, 1943/27, 1945/10; Kazancı İçtihat Bankası).

³⁹ **Öztürk ve diğerleri**, s. 581; karşı görüş **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, (16), s. 242, 243; **Centel/Zafer**, (6), s. 768.

⁴⁰ Örneğin 8.3.2012 tarihli ve 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”un 20. Maddesinin ikinci fıkrasına göre Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, **gerekli görmesi hâlinde** kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, **cezaî**, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya **katılabilecektir.**

⁴¹ RG.30.12.2012, sy. 28513.

vası açılması halinde iddianamenin kabulü kararının Kurula tebliğ edileceği ve **Kurulun aynı zamanda katılan sıfatını kazanacağı** belirtilmiştir. Benzer bir hükme, 5607 Sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun davaya katılmayı düzenleyen 18. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre 5607 sayılı Kanunda düzenlenen suçlar dolayısıyla açılan davalarda mahkeme iddianamenin bir örneğini ilgili gümrük idaresine de gönderecek ve Gümrük İdaresinin başvurusu üzerine açılan davaya katılan olarak kabul edilecektir. Yine 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 162. maddesinde de davaya katılmaya ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir. Fakat Bankacılık Kanununda C. Başsavcılığına başvuruda bulunan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun katılan sıfatının başvuru tarihinden itibaren başlayacağı öngörülmüştür. Keza 3628 Sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununun 18/2. maddesi uyarınca da Maliye Bakanlığının usulüne uygun başvuruda bulunması halinde başvuru tarihinde müdahil sıfatını kazanacağı belirtilmiştir. Adı geçen kanunlarda olduğu gibi özel kanun hükümleri uyarınca davaya katılmanın kabul edildiği hallerde, belirtilen kurumların suçtan zarar görüp görmediklerini ayrıca araştırmaya gerek bulunmamaktadır. Bankacılık Kanunu ve 3628 sayılı Kanunun öngördüğü katılma sistemi CMK'nın öngördüğü katılma sisteminden farklılık taşımakta olup, bu kanunlara göre ilgili kurumlar soruşturma evresinde de katılan sıfatını kazanmış olmaktadır⁴².

Katılma talebinde bulunmakla birlikte bu **talebi reddedilmiş veya karara bağlanmamış olanlara** da kanun yoluna başvurma hakkı tanınmıştır⁴³. Katılma talebi reddedilmiş veya katılma talebi konusunda bir karar verilmemiş olanlar, katılan sıfatını almış olan kişiler değildirler. Bu kişiler ilk derece mahkemesinin hükmüne karşı kanun yoluna başvurma hakkına sahiptirler. Ancak bu kişilerin kanun yoluna başvurma taleplerinin geçerli olabilmesi için, davaya

⁴² Benzer bir hükme mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 49. Maddesinde de yer verilmişti. Bu Kanunda da Kurulun katılan sıfatının C. Savcılığına soruşturma için yazılı başvuruda bulunulmasıyla başlayacağı kabul edilmişti.

⁴³ *Yurtcan*, müdahil sıfatını almamış olan kişilere kanun yollarına başvurma hakkı verilmesi gerektiğini, çünkü yargılama hukukunun taraf ve sùje kavramı üzerine kurulduğunu, taraf sıfatını almayan kişinin yargılama hukukunun sağladığı hakları kullanamayacağını belirtmiştir. Bkz. **Erdener Yurtcan**, CMK Şerhi, İstanbul 2005, s. 733.

katılma haklarının olması ve CMK m. 238/1’de öngörülen şekilde kamu davasına katılma yönünde bir talepte bulunmuş olmaları gerekir. Suçtan zarar gören veya vekili tarafından katılma talebinde bulunulmamışsa, bu kişileri “*katılma talebi reddedilmiş veya karara bağlanmamış bulunanlar*” kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu kişilerin kanun yoluna başvurma talepleri reddedilecektir⁴⁴. Sözgelimi suçtan zarar gören olmadığı için katılma talebi reddedilen veya şikayetini geri aldıktan sonra katılma talebinde bulunan ve fakat bu talebi hakkında ilk derece mahkemesince bir karar verilmemiş bulunan kişilerin kararı temyiz etme hakkı bulunmakla birlikte, katılma şartlarını taşımayan bu kişilerin temyiz davasına katılma talepleri reddedilecektir⁴⁵. Keza ilk derece mahkemesi tarafından katılma talebi kabul edilen kişinin de,

⁴⁴ **Öztürk ve diğerleri**, s. 581.

⁴⁵ “Yüksek Daire ile Cumhuriyet Başsavcılığımız arasındaki uyumsuzluk; dava konusu suç nedeniyle yargılanan ve yargılama devam ederken 11.12.2003 günlü oturumda sanıktan şikayetçi olmadığını bildiren ve bu beyanından dört gün sonra 15.12.2003 tarihli dilekçeyle vekili aracılığıyla davaya katılma talebinde bulunan, ancak bu talebi hakkında bir karar verilmeyen mağdurun hükümü temyiz edip edemeyeceği, bir başka deyişle şikayetinden vazgeçen mağdurun müdahale talebi hakkında bir karar verilmemesinin mağdura hükümü temyiz yetkisi kazandırıp kazandırmayacağıdır. Mağdurun özgür iradesine dayalı olduğu saptanan duruşmadaki sözleri, sanıktan şikayetçi olmadığı yönündedir. Gerek bu beyanın gerçekleştiği tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYUY’nın 372. maddesi, gerekse sonradan yürürlüğe girip halen yürürlükte bulunan 5271 sayılı CYY’nın 243. maddesine göre, katılanın şikayetten vazgeçmesi davaya katılmayı hükümsüz kılmaktadır. Yerleşik yargısal kararlar da, kovuşturma aşamasında şikayetten vazgeçen kimsenin davaya katılma hakkının bulunmadığı yolundadır. Bu durumda, özgür iradesiyle sanık hakkında şikayetçi olmadığını kovuşturma aşamasında açıklayan reşit mağdurun davaya katılmasına yasal olanak bulunmamaktadır. **Her ne kadar 5271 sayılı CYY’nın 260. maddesinde yasa yoluna başvuru-bilecekler arasında, davaya katılanların yanı sıra katılma istemleri karara bağlanmamış olanlar da sayılmış ise de, bu kişileri, esasen davaya katılma hakkı bulunan kişiler olarak algılamak gerekir.** Nitekim aynı Yasanın kamu davasına katılmayı düzenleyen 237. maddesinin 2. fıkrasında; ilk derece mahkemesinde ileri sürülüp reddolunan veya karara bağlanmayan katılma isteklerinin, yasa yolu başvurusunda açıkça belirtilmesi halinde, bu istemlerin denetim muhakemesi sırasında incelenip karara bağlanacağı yolundaki kural da, bu görüşü doğrulamaktadır. Bu durumda, salt katılma isteminin kovuşturma sırasında Yerel Mahkemece karara bağlanmamış olması keyfiyeti, esasen davaya katılma hakkı bulunmayan mağdura hükümü temyiz etme hak ve yetkisi vermez. CMK.nun 260/1. maddesinde kanun yoluna başvurma hakkı bulunanlar arasında “katılma isteği karara bağlanmamış bulunanlar” da sayılmıştır. **Buradaki katılma isteği karara bağlanmamış bulunanı davaya katılma hakkı bulunan kişi olarak anlamak gerekir.** Olayımızda da, mağdur, vekili aracılığıyla davaya katılma talebinde bulunmuş ve talebi hakkında bir karar verilmemiştir. Ancak mağdurun davaya katılma hakkı yoktur”. (YCGK 13.6.2006, 2006/9-155, 2006/158 K.; Kazancı İçtihat Bankası).

gerçekten katılma hakkının olup olmadığı temyiz merci tarafından incelenecektir⁴⁶. Şayet Mahkemenin katılma talebinin kabulüne ilişkin kararı hatalı ise temyiz talebinden bulunan kişinin davası reddedilecektir⁴⁷.

“Katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunan” kişilerin de kanun yoluna başvurma haklarının bulunduğu kabul edilmiştir. Bu kişiler suçtan zarar görmelerine rağmen ilk derece mahkemesinde görülmekte olan davadan haberdar olmamış kişilerdir⁴⁸. Bu nedenle ilk derece mahkemesindeki duruşmaya geldiği halde şikayetçi olduğunu bildirerek katılma talebinde bulunmayanlarla, duruşmadan haberdar olduğu halde duruşmaya gelip katılma talebinde bulunmamış kişilerin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir⁴⁹.

Kanun yoluna başvurma hakkının kullanılabilmesi için, adı geçen kişilere kararın tefhim veya tebliğ edilmesi gerekir. Şayet mahkemenin kararı, kanun

⁴⁶ Doktrinde katılma ile ilgili hususun kanun yollarına bırakılmadan duruşmada çözülmesi gerektiği, şayet katılma talebi reddedilmişse buna karşı itiraz yolunun açılması yönünde fikirler ileri sürülmüştür (bkz. **Yurtcan**, CMK Şerhi, s. 733).

⁴⁷ “Sanığın bir banka şubesinden aldığını savunduğu, ancak nereden temin edildiği tam olarak anlaşılabilen sahte bir adet 50 Amerikan Dolarının başka bir banka şubesine verilerek piyasaya sürülmesi şeklinde işlendiği iddia olunan parada sahtecilik suçundan doğrudan zarar görmeyen ve bu suçla takip etme görevi de bulunmayan hazinenin, kamu davasına katılma hak ve yetkisi olmadığından, yerel mahkemece verilen müdahale kararı hükmü temyiz etme hakkı vermeyecektir.” (YCGK, 21.2.2012, 2011/8-279 E., 2012/55 K.; Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁸ **Öztürk ve diğerleri**, s. 581; **Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ocak 2013, s. 216.

⁴⁹ “Mağdur adına vekilinin isteminin, **“katılan sıfatını alabilecek şekilde suçtan zarar görmüş bulunanlar”** kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine gelince; Bu hüküm, usul yasasının 238. madde kapsamında bulunup da, duruşmadan veya kamu davasından haberdar edilmemiş ya da haberdar olmamış, suçtan zarar görmüş kişileri kapsamaktadır. Bu nedenle anılan konumda olmayan mağdurun vekilince ileri sürülen temyiz isteminin bu kapsamda da değerlendirilmesine yasal olanak bulunmamaktadır.” (YCGK 11.7.2006, 2006/9-191 E., 2006/183 K.; Kazancı İçtihat Bankası). “Uyuşmazlık, ölenin yargılama sırasında davaya katılma isteminde bulunmayan eş ve çocuklarının hükmü temyiz etmelerine yasal olanak bulunup bulunmadığına ilişkindir. Kamu davasının açıldığı tarih ile hükmün verildiği tarih arasında 8 ay 8 günlük bir süre geçmiş olup, bu sürenin ölenin suçtan zarar gören yakınlarının davadan haberdar olmalarını ve katılma talebinde bulunmalarını sağlamaya yeterli ve makul bir süre olduğu, suçtan zarar görenlerin bu süre içinde davaya katılma başvurusunda bulunmamaları ve katılan sıfatını almaları nedeniyle hükmü temyize hak ve yetkilerinin bulunmadığı açıktır. O halde, Yerel Mahkemenin red kararı isabetlidir”. (YCGK, 21.3.2006, 2006/9-54 E., 2006/48 K.; Kazancı İçtihat Bankası).

yoluna başvurma hakkına sahip olan kişilere tebliğ edilmemişse, bu kişilerin kanun yoluna başvurma hakkını kullanmaları mümkün olmayacaktır⁵⁰.

C. Avukatın kanun yoluna başvurma yetkisi

CMK'nın 261. maddesinde avukata müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişilerin açık arzusuna aykırı olmamak koşuluyla kanun yollarına başvurma yetkisi tanınmıştır. Ancak avukatın bu yetkisi, müdafiliğini veya vekilliğini üstlendiği kişi adına kullanılabilir ve bu yüzden onların iradesine bağlı olan bir yetkidir. Avukat kendi adına kanun yoluna başvurma yetkisine sahip değildir. Bu nedenle avukatın kanun yoluna başvurabilmesi için, sanığın veya katılanın kanun yoluna başvurma hakkının bulunması gerekir. Şayet sanık veya katılan kanun yoluna başvurma hakkından vazgeçmişse, avukatın kanun yoluna başvurması mümkün değildir⁵¹.

Bununla birlikte, mağdur kanun yoluna gitmek istemediğini mahkemeye veya avukatına açıkça bildirmediği, avukatın mağdur için kanun yoluna başvurması geçerlidir. Bu şekilde hareket eden avukat mağdurun ya da yasal temsilcilerinin seçtiği bir avukat olabileceği gibi, baro tarafından atanmış bir avukat da olabilir. Şayet mağdur kanun yoluna başvurma konusunda irade açıklamamışsa, avukat kanun yoluna gidip gitmeyeceğini kendisi takdir eder⁵². Ayrıca avukatın kanun yoluna başvurabilmesi için vekaletnamesinin bulunması da şart değildir.

Avukat kanun yoluna kendi adına değil, vekilliğini yaptığı katılan adına başvurduğundan mağdurun iradesi her zaman öncelik taşır. Bu itibarla mağdur

⁵⁰ “Hakim ve mahkeme kararlarına karşı C. Savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatını alanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş olanlar yasa yoluna başvurma hakkına sahiptir. Temyiz incelemesi yapılabilmesi için temyiz yasa yoluna başvurma hakkı olanların tamamına kararın tefhim veya tebliğ edilmesi gereklidir. Somut olayda ise katılma isteği reddedilen kişi ile katılma isteği hakkında olumlu veya olumsuz bir karar verilmemiş olan kişiye mahkeme kararı tefhim veya tebliğ edilmemiştir. Bu durumda söz konusu kişilere mahkeme kararının tebliği ile sair işlemlerin yapılabilmesi amacıyla eksikliklerin tamamlanmasından sonra temyiz incelemesinin yapılması gerekir.” (YCGK, T. 2.2.2010, 2009/5-217 E., 2010/11 K.; Kazancı İçtihat Bankası).

⁵¹ **Öztürk ve diğerleri**, s. 584; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 713.

⁵² **Centel/Zafer**, (6), s. 691.

avukatın kanun yoluna başvurma yetkisini başlangıçtan itibaren veya sonradan sınırlandırabilir veya tamamen elinden alabilir. Mağdur, avukatına, kanun yollarına başvurulmasını istemediğini bildirebileceği gibi, avukatın böyle bir yetkisinin bulunmadığını mahkemeye de bildirebilir. Her iki halde de artık avukat kanun yoluna başvuramaz⁵³. Bu konuda detaylı açıklamaları yukarıda yaptığımız için oraya atıf yapmakla yetiniyoruz.

Kanun yoluna başvurulduktan sonra bundan vazgeçilmesi, mercii tarafından karar verilmeye kadar geçerlidir. Ancak, Cumhuriyet savcısı tarafından sanık lehine yapılan başvurudan onun rızası olmaksızın vazgeçilemez (CMK m. 266/1). Müdafinin veya vekilin başvurudan vazgeçebilmesi, vekâletnamede bu hususta özel yetkili kılınmış olması koşuluna bağlıdır (CMK m. 266/1). Vekâletnamede vazgeçme konusunda özel yetki verilmemişse, vekil kendi kararıyla kanun yolundan vazgeçemez.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Bası, Kasım 2008.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, Ağustos 2013.

Kunter, Nurullah /Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul, 2008.

Özbek, Veli Özer / Kanbur, Mehmet Nihat /Doğan, Koray /Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara, Eylül 2012.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara, Eylül 2013.

Öztürk, Bahri /Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar Kırıt, Yasemin F./Özaydın, Özdem/Alan Akcan, Esra/Erdem, Efser, (Editör: Bahri Öztürk), Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ders Kitabı, 4. Baskı, Ekim 2012.

⁵³ **Centel/Zafer**, (6), s. 692.

Şahin, Cumhuri, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 3. Baskı, Ankara, Eylül 2012.

Şahin, Cumhuri/Göktürk,Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ocak 2013.

Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ocak 2012.

Yurtcan, Erdener, CMK Şerhi, İstanbul, 2005.

ÇEVRE VE HUKUK PERSPEKTİFİNDEN HİDROELEKTRİK SANTRALLERE İLİŞKİN BAZI TESPİTLER

*Some Findings Concernings Hydroelectric Power Plants From
the Perspective of Environment and Law*

Doç. Dr. Ahmet M. GÜNEŞ, LL. M. (Münster)*

ÖZET

Gelişmekte olan bir ülke olan Türkiye’de artan enerji talebinin karşılanması ve enerjide dışa bağımlılığın azaltılması amacıyla son yıllarda hidroelektrik enerjisine büyük bir yönelim söz konusudur. Bu doğrultuda, ülkemizin farklı yerlerinde çok sayıda hidroelektrik santrali (HES) projesi hayata geçirilmiş veya hayata geçirilmeyi beklemektedir. Bu makalede, öncelikle hidroelektrik santrallerin ortaya çıkarabileceği çevresel sorunlara değinilmektedir. Bunun devamında, hidroelektrik santraller ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeydeki hukuki düzenlemeler ışığında irdelenmekte ve bazı öneriler ortaya konmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hidroelektrik santraller, HES, çevre ve enerji, çevre hukuku, su hukuku

ABSTRACT

Meeting the growing energy demand in developing Turkey in order to reduce its dependency on foreign energy, in recent years, there is a great orientation to hydroelectric energy to register. In this regard, many hydroelectric power plants (HPP) projects were implemented or waiting to be realized in different places of our country. In this article, primarily possible environmental problems caused by hydroelectric power plants are discussed. In continuation of this, hydroelectric power plants are examined in respect of legal regulations on national, regional and international niveaus.

Key Words: Hydroelectric power plants, HPP, Environment and Energy, Environment Law, Law of Water

◆◆◆◆

* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, guneslaw@hotmail.com

I. GİRİŞ

Doğal çevrenin en önemli unsurlarından biri olan su, hayvan ve bitki yaşamının ön koşulu niteliğindedir. Başka bir deyişle, su olmadan canlı yaşamının söz konusu olması düşünülemez. Bunun dışında, insanoğlunun su ile insanlık tarihine kadar uzanan köklü bir ilişkisinin bulunduğu belirtilmelidir. Yaşamını sürdürme bakımından suya vazgeçilmez bir şekilde bağlı olan insanoğlu, içme, kullanma, beslenme, taşıma, sulama ve enerji ihtiyaçlarını da sudan karşılamıştır. Birçok eski uygarlığın akarsu kıyılarında doğup gelişmesi, suyun uygarlık tarihine yön veren önemli bir faktör olduğunu göstermektedir. Bununla birlikte, insanoğlunun suyla olan ilişkisinin her zaman sorunsuz bir biçimde yürüdüğünden bahsetmek mümkün değildir. Zira gerçekleştirdiği faaliyetlerle insanoğlu eski çağlardan beri suların kirlenmesi, bozulması ve aşırı kullanılması gibi bazı sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu tarz sorunlar, suların korunması ve yönetimini insanlık tarihinin en eski çevre koruma konusu haline getirerek, suların farklı nitelikteki hukuki düzenlemelerce ele alınmasını sağlamıştır. Bu bağlamda, su hukukunun çevre hukukunun en eski alanı olduğu ifade edilmektedir.¹

İnsanoğlunun sulardan elde ettiği yararlar çeşitlilik gösterse de, son yıllarda yerkürenin birçok bölgesinde gözlemlenen nüfus artışı, hızlı kentleşme, tüketici davranışlarındaki değişim ve endüstrileşme sonucunda ortaya çıkan enerji gereksinimi sulardan enerji elde edilmesine yönelik arayışları güçlendirmiştir. Kamuoyunda kısaca HES olarak nitelenen hidroelektrik santraller, günümüzde sulardan enerji elde edilmesine yönelik arayışta en önemli başlıklardan birini oluşturmaktadır. HES'ler yaklaşık çeyrek yüzyıldan beri ülkemiz kamuoyunda da ciddi tartışmalara neden olmaktadır. Bu durumu esasen, gelişmekte olan ülkeler arasında yer alan Türkiye'nin son yıllarda gerçekleştirdiği endüstriyel ve ekonomik gelişme ile enerjiye olan ihtiyacının artması ile açıklamak mümkündür. Bununla birlikte dışa bağımlılık, Türkiye'nin enerji ihtiyacı bağlamında dikkat çeken en önemli noktalardan biridir. Zira Türkiye, enerjide % 75'lere

¹ Bu konuda bkz. *Güneş*, Su Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine Düşünceler, *Legal Hukuk Dergisi*, 2012, C. 19, S. 118, s. 87 vd.; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, *Umweltrecht*, 4. Auflage, Heidelberg 2003, § 8, N. 46.

varan oranda dışa bağımlı bir ülke konumundadır. Bu oran, petrolde % 93, doğal gazda % 98'lere çıkmış durumdadır. Dış alım faturasının % 22,4'ünü enerji dış alımına ödeyen ülkemizin 2011 enerji ithalat faturası ise 54 milyar dolara ulaşmıştır.² Bunların haricinde ekonomik durgunluklar dikkate alınmazsa, Türkiye'deki elektrik tüketiminin her yıl ortalama % 7 oranında arttığı ve bu talebi karşılamak için ülkemizin yeni enerji projeleri için her yıl 4 milyar doları ayırmak zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu nedenlerden ötürü, ülkemizde kendine yeterli, sürekli, güvenilir ve ekonomik bir elektrik enerjisine sahip olunması yönünde dışa bağımlı olmayan ve yerli nitelikte alternatif enerji kaynaklarının değerlendirilmesi gerektiği farklı kesimlerce sıkça dile getirilmiştir.³

Dışa bağımlılığı azaltacak yerli nitelikteki alternatif enerji kaynakları bağlamında, bilhassa hidroelektrik enerjiye dikkat çekildiği görülmektedir. Bu çerçevede, Türkiye'nin ciddi bir hidroelektrik potansiyeline sahip olmakla birlikte bu potansiyelin yeterince değerlendirilmediği sıklıkla vurgulanmıştır. Özellikle 2000'li yılların başından itibaren ülkemizin hidroelektrik potansiyelinin enerjiye dönüştürülmesine yönelik olarak önemli adımların atıldığı belirtilmelidir. *Elektrik Piyasası Kanunu* (2001) ve *Su Kullanım Hakkı Anlaşması Yönetmeliği* (2003) hidroelektrik enerjinin serbest piyasa kurallarına göre değerlendirilmesinin hukuki çerçevesini oluştururken, *Yenilenebilir Enerji Kanunu* (2005) yenilenebilir enerji üreticileri için alım garantisinin yanında bazı destekleme mekanizmaları öngörmüştür. Bu gelişmeler, özel sektörün öncülüğünde kısa sürede yüzlerce HES projesinin hayata geçirilmesinin önünü açmıştır. Son yıllarda HES'lerin Türkiye'nin enerji politikalarında önemli bir yer işgal ettiği artık belirginlik kazanmıştır. Ülkemizin özellikle yenilenebilir enerji politikasının HES odaklı olduğu dikkat çekmektedir. Örneğin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın 2009 yılında yayınladığı *Elektrik Enerjisi Piyasası ve Arz Güvenliği Stratejisi Belgesi*'nde, "2023 yılına kadar teknik ve ekonomik olarak değerlendirilebilecek hidroelektrik potansiyelinin tamamının elektrik enerjisi üretiminde kullanılması sağlanacaktır" ifadesine yer verilmiştir. Akan

² *Bobat*, HES Projelerinde 3E İlişkileri, s. 2; ayrıca bkz. *Yazar*, Türkiye'nin Enerjideki Durumu ve Geleceği, s. 4 vd.

³ Örn. bkz. DSİ, 2012 Faaliyet Raporu, s. 71.

her damla suyun enerjiye çevrilmesinin amaçlandığı gerekçesiyle bu ifadenin özellikle çevreciler tarafından eleştirildiği görülse de,⁴ bu belgede öngörülen amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak 2023 yılına kadar yaklaşık 1.700 HES projesinin hayata geçirilmesinin planlandığı belirtilmiştir.⁵

HES'leri savunan kesimlerin, yenilenebilir, güvenli, verimli, çevreyle uyumlu, yerli ve ucuz bir kaynak olarak enerjide dışa bağımlılığı azaltacak bir alternatif olması nedeniyle hidroelektrik enerjiye öncelik verilmesi gerektiğini ileri sürdüğü dikkat çekmektedir.⁶ Bununla birlikte hidroelektrik santrallerin daima olumlu yönlerini öne çıkaran bu kesimlerin iddia ettiğinin aksine, HES projelerinin hukuki, ekolojik, ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan birçok sorunu bünyesinde barındırdığı ifade edilmelidir. Bu nedenle, ortaya çıkarabilecekleri değişik sonuçlar dikkate alınarak HES projelerinin farklı açılardan bütüncül bir değerlendirmeye tabi tutulmasında yarar bulunmaktadır. Bu çalışmamız, hidroelektrik santralleri başta ekoloji ve hukuk olmak üzere farklı perspektiflerden ele almayı amaçlamaktadır. Bu kapsamda, HES'lere ilişkin genel bilgiler verildikten sonra HES'lerin ortaya çıkarabileceği etkilere değinilecektir. Bunun devamında, uluslararası, ulusalüstü ve ulusal hukuk düzenleri açısından HES'lere ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

II. HES'LERE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

Hidroelektrik, suyun potansiyel enerjisinin kinetik enerjiye dönüştürülmesi suretiyle elde edilen elektriği tanımlamak için kullanılan bir terimdir. Başka bir deyişle hidroelektrik enerji, düşen veya akan suyun yerçekimi kuvvetinin kullanımı yoluyla elde edilen elektrik enerjisini tanımlamaktadır. Hidroelektrik santraller ise, hidroelektrik enerjisinin üretildiği komplekslerdir. Hidroelektrik santraller, suyun belli bir yükseklikten düşürülüp türbinleri döndürmesi yolu ile elektrik üretir. Bir hidroelektrik santrali, genel olarak su alma yapısı (regülâtör), su iletim hattı, yükleme havuzu, cebri boru ve santralden oluş-

⁴ *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 13.

⁵ *Bobat*, s. 2.

⁶ Örn. bkz. *DSİ*, Çevre ve Temiz Enerji: Hidroelektrik, s. 6.

maktadır.⁷ HES'ler ayrıca farklı ölçütlere göre sınıflandırılmaktadır. HES'lerin depolama yapılarına göre, biriktirmeli (rezervuarlı) HES ve biriktirmesiz (nehir tipi) HES başlıkları altında tasnif edildiği görülmektedir. Biriktirmeli HES'lerde suyun önü bir baraj ile kapatılarak, barajın gerisinde bir rezervuar oluşturulur. Bu sayede yağışlı sezonda akarsuyun debileri bu rezervuarda biriktirilirken, yağışsız ve kurak sezonda ihtiyaç duyulan su eksikliği birikmiş su kütlelerinden temin edilir. Biriktirmesiz HES'lerde ise, herhangi bir su biriktirmesi söz konusu olmadan doğal eğim ile veya suyun yükseklerle pompalanması suretiyle yüksekten düşürülen sudan enerji elde edilmesi söz konusudur. Biriktirmesiz santrallerde, birikmiş bir su kütlesi söz konusu olmadığından üretilecek enerji mevsimlere bağlı olarak nehrin akış rejimine göre değişmektedir. Bunun haricinde kurulu güçlerine göre yapılan sınıflandırmada HES'ler, mikro (1 KW-200 KW), mini (200 KW-1 MW), küçük (1 MW-10 MW), orta (10 MW-50 MW) ve büyük (50 MW ve üzeri) olmak üzere beş grupta toplanmaktadır.⁸

İçme, kullanma ve tarımsal amaçlı su sağlama, sel ve taşkınlarının önlenmesi, nükleer ve termik santrallere göre daha az çevre kirliliği doğuracak şekilde enerji üretimi, kurulduğu yerlerde az da olsa istihdama ve kalkınmaya katkı yapma, erozyonu önleme, kültür balıkçılığını geliştirme, bazı sportif/rekreatif/turistik etkinliklere zemin hazırlama ve su ulaşımına aracılık etme, baraj ve HES'lerin sağlayacağı en önemli yararlar arasında sayılmaktadır.⁹ Bunun haricinde, HES'ler kısmen yenilenebilir enerji kaynakları arasında yer almaktadır. Yani türbinlerden su akışı sağlandığı sürece enerjinin elde edilmesi mümkündür. HES'lerin ayrıca temiz enerji kaynakları arasında yer aldığı belirtilmelidir. Zira bu santrallerin herhangi bir sera gazı emisyonu yoktur. Büyük barajlı HES'lerin başlangıç yatırım maliyetleri yüksek olsa da, enerji elde etme maliyeti nispeten düşük kalmaktadır. Bunların yanı sıra, HES'lerin ekonomik ömrünün (ortalama 75 yıl) diğer elektrik santrallerden daha uzun olduğu ve HES yatırımlarının kendini amorti etme süresinin oldukça kısa olduğu ifade

⁷ Bu konuda ayrıca bkz. http://tr.wikipedia.org/wiki/Hidroelektrik_santrali

⁸ Karş. *Giesecke/Mosonyi*, *Wasserkraftanlagen*, 5. Auflage, Berlin 2009, s. 99 vd.

⁹ *Bobat*, s. 5.

edilmektedir. Herhangi bir yakıt gideri olmayan HES'ler, işletme gideri en düşük elektrik santrali tipidir. Yağış ve su olduğu sürece teknik sorunlar dışında HES'lerde elektrik üretiminin aksaması mümkün değildir. Ayrıca atık sorunu bulunmadığı için HES'lerin çevresel etkileri nispeten düşüktür.¹⁰

Dünyadaki barajların çoğunun hidroelektrik enerji üretimi için kullanıldığı dikkat çekmektedir. Günümüzde 150 ülkede faaliyette bulunan hidroelektrik santraller, dünya toplam enerji gereksiniminin yaklaşık % 19'unu karşılamaktadır. Bunun haricinde, dünya elektrik enerjisinin beşte biri HES'lerden karşılanmaktadır. Dünyada 24 ülkede toplam ulusal elektriğin % 90'ı ve 63 ülkede toplam ulusal elektriğin % 50'si HES'lerden elde edilmektedir.¹¹ Türkiye'de ise 31.12.2012 tarihi itibarıyla 26 nehir havzasında toplam 370 adet HES işletmede bulunmaktadır. Bu santrallerin yıllık elektrik üretimi 70.734 GWh olup, bu miktar ülkemizin toplam teknik hidroelektrik potansiyelinin % 32,7'sine karşılık gelmektedir. Bunun yanı sıra, inşaatı halen devam eden HES projelerinin sayısının 212, inşaatına henüz başlanmayan projelerin sayısının ise 1.058 olduğu belirtilmiştir. Ayrıca 2014 yılı sonuna kadar özel sektör tarafından inşa edilmekte olan 180 adet HES projesinin faaliyete geçeceği ifade edilmiştir. Buradan hareketle, işletmede bulunan, inşaatı devam eden ve inşaatına henüz başlanmayan HES projelerinin toplam sayısının 1.640 olduğunu ifade etmeliyiz.¹² Diğer taraftan, ülkemizdeki HES'lerin bölgelere göre dağılımına baktığımızda Karadeniz Bölgesi'nin (özellikle Trabzon, Giresun ve Artvin illeri) açık ara önde olduğu görülmektedir. Zira HES'lerin yüzde 40'tan fazlası bu bölgede yer almaktadır. HES sayısının fazlalığı bakımından Karadeniz Bölgesi'ni Doğu Anadolu Bölgesi (yaklaşık % 17) ve Akdeniz Bölgesi'nin (yaklaşık % 15) izlediği dikkat çekmektedir.¹³ Bu üç bölgede yer alan HES'lerin çok büyük bir kısmının ise nehir tipi yani biriktirmesiz santrallerden oluştuğunu

¹⁰ Bu konuda ayrıca bkz. *Bobat*, s. 5; *Bacanlı*, Türkiye'de Enerji Kaynakları ve Hidroelektrik Enerjinin Önemi, s. 97 vd.

¹¹ İstatiksel nitelikteki bu rakamlar için bkz. *Akkaya/Dikmen/Gültekin/Durmuş*, Baraj ve Hidroelektrik Santrallerin (HES) Çevresel Etkilerinin Analizi: İlisu Barajı Örneği, s. 1. Ayrıca bkz. *Giesecke/Mosonyi*, s. 35.

¹² Bu rakamlar için bkz. DSİ, 2012 Faaliyet Raporu, s. 37, 73, 75.

¹³ Bu konudaki veriler için bkz. <http://www.invest.gov.tr/tr-TR/infocenter/news/Pages/031011-600-hydro-electric-power-plant-projects-turkey.aspx>

hatırlatmakta yarar vardır. Bunların dışında, Türkiye’deki HES’lerin önemli bir kısmının doğal ve kültürel açıdan önem arz eden alanlarda kurulduğu veya etkilerini çoğu kez bu alanlarda gösterdiği belirtilmelidir.

III. HES’LERİN DOĞURABİLECEĞİ SORUNLAR

Yukarıda verdiğimiz veriler, yenilenebilir bir enerji türü olarak hidroelektriğin aralarında ülkemizin de bulunduğu birçok ülkenin enerji politikalarında önemli bir yer işgal ettiğini göstermektedir. Bu bağlamda, farklı kesimlerce HES’lerin kurulmasını haklı kılacak nitelikte birçok nedenin ileri sürüldüğü görülmektedir. Ancak iddia edilen bu olumlu taraflarına rağmen HES’lerin çevresel, ekonomik ve toplumsal açıdan birçok sorunu içinde barındırdığı gözden kaçırılmamalıdır. Bu bölümde, HES’lerin ortaya çıkardığı sorunlara değinilecektir. HES’lerin yerel ve bölgesel ölçekte neden olduğu sorunları ise, planlama, inşaat, işletme, eşgüdüm ve denetim aşamalarındaki sorunlar olarak beş başlık altında tasnif etmek mümkündür.¹⁴

A. Planlama Evresindeki Sorunlar

Eldeki veriler ve gelecekteki muhtemel gelişmeler ışığında belli bir amaca ulaşmada izlenecek yolu gösteren süreç olarak tanımlanan planlama, HES projelerinin kendilerinden beklenen amacı iyi bir şekilde yerine getirmesinin en önemli koşullarından biridir. Türkiye’deki HES projeleri bağlamında dile getirilen en önemli eleştirilerden biri, bu projelerin yeterli planlama yapılmadan hayata geçirildiğidir.¹⁵ Öncelikle belirtmek gerekir ki, objektif ve yeterli nitelikteki verileri esas alma sağlıklı bir planlamanın olmazsa olmaz koşuludur. Bu bakımdan, planlama sürecinin ilk aşamalarında ihtiyaç duyulacak verilerin elde edilmesi gerekir. Ülkemizde ise hidrolojik veri yetersizliğinin HES’ler bakımından sağlıklı bir planlamayı engelleyen önemli bir sorun olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu doğrultuda, ülkemizin hidrolojik ölçüm ağının halen yeterli olmadığına ve bu nedenle birçok HES projesinde mühendislik hidrolojisi hesaplarının eksik ve yetersiz verilerle yapıldığı belirtilmektedir. Bu durum, ilgili projelerin ekonomik kârlılığı, enerji üretim verimliliği ve çevresel etkilerinin

¹⁴ *Bobat*, s. 5. Ayrıca karşı. WWF, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 4 vd.

¹⁵ Bu bağlamda bkz. *Bobat*, s. 5 vd.

doğru saptanabilmesini engellemektedir. Ayrıca, şirketler tarafından hayata geçirilen projelerin birçoğunda güncel veriler yerine, bölge ile ilgili geçmişte yapılmış ölçümlerin esas alındığı ifade edilmektedir.

Planlama konusunda dikkat çekilen diğer bir nokta, HES projelerinin bütüncül planlama yapılmadan hayata geçirildiğidir.¹⁶ Bu bağlamda, HES projelerinin planlanmasında ilgili akarsuyun sadece enerji ve su potansiyelinin göz önünde bulundurulduğu, söz konusu akarsuyun yer aldığı havzanın doğal, kültürel, toplumsal ve ekonomik açıdan sahip olduğu değerlerin çoğu kez göz ardı edildiği belirtilmiştir. Bunun dışında, HES projelerinin hayata geçirilmesinde havza bazında bütüncül bir planlamanın yapılmadığını ifade etmek gerekir. Bu durumun bir sonucu olarak, bir akarsu havzasında ardışık olarak kurulan HES'lerin birbirine olan etkileri ve havzada oluşturacakları toplam etki dikkate alınmadan projelendirme söz konusu olmaktadır. Bütüncül planlama, ayrıca HES projelerinin su kaynakları dışında toprak ve flora başta olmak üzere diğer çevresel unsurlar üzerinde ortaya çıkarabileceği etkilerin göz önünde bulundurulmasını gerekli kılmaktadır. Ülkemizdeki HES projelerinin çevresel etkilerinin değerlendirilmesi sürecine enerji iletim hatlarının neden olacağı orman tahribatının dâhil edilmeyişi, bütüncül planlama noktasında göze çarpan diğer bir sorundur. Türkiye'de suların korunması ve yönetimine ilişkin genel esas ve usulleri belirleyen ulusal bir su çerçeve kanununun henüz mevcut olmayışı, planlama konusunda dikkat çeken diğer bir noktadır. Bunun yerine sulara ilişkin düzenlemelerinin oldukça dağınık bir şekilde sayısı otuz beşe ulaşan yasa veya yasa altı düzenlemelerde yer aldığı belirtilmelidir. Aynı şekilde, sular konusunda yetkili kurumlar bağlamında da bir dağınıklık söz konusudur. Mevzuat ve idari yapılanmadaki dağınıklık doğal olarak, sulara ilişkin planlamayı zorlaştırmaktadır. Çerçeve niteliğindeki bir su kanununda su kullanım önceliklerinin belirlenmesi, planlamayı kolaylaştırmanın yanı sıra HES'ler bağlamında ortaya çıkan menfaat çatışmalarını da bir ölçüde giderecektir.

B. İnşaat Evresindeki Sorunlar

HES'lerin yapımı basit bir inşaat çalışması olmayıp, birçok zorluk ve sorunu

¹⁶ Bu konuda bkz. *Bobat*, s. 7; *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 9.

içeren uzunca bir süreçtir. Dinamitlerin patlatılmasından ortaya çıkan tonlarca hafriyatın taşınması ve boşaltılması, baraj gölü için kamulaştırılan yerlerin bedelinin karşılanması ve buraların boşaltılması, tarihi ve kültürel varlıkların su altında kalması, bitki ve hayvan varlığı üzerindeki olumsuz etkiler, su ve sucul ekosistemler üzerindeki etkiler, iş kazaları, çevre kirliliği ve erozyon bu evrede ortaya çıkan sorunların başında gelmektedir.

1. Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Sorunlar

HES'lerin yapımı sosyal, kültürel ve ekonomik birtakım sorunları kendisiyle birlikte getirmektedir.¹⁷ Öncelikle, baraj projelerinin çoğu zaman öngörülenin üzerinde bir maliyetle tamamlandığını belirtmek gerekir. Bunun haricinde, HES'lerden sağlanan ekonomik gelirin de çoğu zaman tahmin edilenin altında olduğu bilinmektedir. Diğer taraftan, baraj altında kalan alanların çoğunlukla verimli tarım arazileri olduğu düşünüldüğünde baraj yapımı ile ciddi bir ekonomik kaybın yaşanacağı gözden kaçırılmamalıdır. Benzer bir ekonomik kayıp, barajın altında kalan akarsu boyunca da yaşanmaktadır. Zira barajın su tutması ile birlikte akarsuyun aşağı kesimindeki yer altı sularındaki azalma da tarımda verim kaybına neden olmaktadır. Aynı şekilde akarsuyun aşağı kesiminde gerçekleştirilen balıkçılık faaliyetlerinin zarar görmesi olasıdır.

Baraj inşaatının başlamasıyla birlikte baraj sahasında yaşayan insanlar başka yerlere göç etmek zorunda kalmaktadır. Baraj alanında yaşayan halkın geçiminin ekseriyetle tarım ve hayvancılığa dayanması, HES projelerinin halkın geçim kaynaklarını yok ettiği anlamına gelmektedir. Öte yandan göç eden insanlar taşındıkları bölgedeki yaşam koşullarına uyum sağlamakta zorluk çektiğinden, bu yerlerde toplumsal ve ekonomik sorunlar çoğu kez kaçınılmaz olmaktadır. Bunun yanı sıra, göçe mecbur kalan insanlara ödenmesi gereken kamulaştırma bedellerinin düşük tutulduğu veya kamulaştırma davalarının uzun yıllar sürdüğü de görülmektedir. Son olarak, özellikle büyük barajlı HES projelerinin önemli tarihi ve arkeolojik değerlerin yok olmasına neden olabileceğine işaret etmek gerekir. Birecik Barajı'nın yapımıyla Roma döneminden kalma Zeugma antik kenti sular altında kalırken, Bergama'daki Yortanlı Baraj-

¹⁷ Bu konuda bkz. *Akkaya/Dikmen/Gültekin/Durmuş*, s. 3; *Bobat*, s. 8; *Okumuşoğlu*, s. 22.

ji'nin yapımıyla geçmişi tunç çağına kadar uzanan Allianoi antik kenti sulara gömülmüştür. İlısu Barajı'nın yapımıyla birlikte tarihi Hasankeyf kentinin de aynı kaderi paylaşacağı bilinmektedir.

2. Çevresel Sorunlar

HES inşaat çalışmaları esnasında önemli bazı çevresel sorunlara da neden olunmaktadır. Öncelikle HES yapım çalışmaları sırasında ortaya çıkan ses, toz, egzoz ve görüntü kirliliğinin gerek sucul gerekse karacıl ortamda yaşayan tüm canlıları fiziksel, kimyasal ve biyolojik olarak olumsuz etkilediğini belirtmek gerekir.¹⁸ Bu tür kirlilikler evvela hassas bitki ve hayvan türleri ile o yörede yaşayan insanları olumsuz etkilemektedir. Diğer bir sorun, HES inşaatı sırasında ortaya çıkan hafriyatın nereye döküleceği noktasında ortaya çıkmaktadır. İlgili mevzuat inşaatın neden olduğu hafriyatın belirlenen alanlarda depolanmasını öngörürken, ulaşım masrafı, zaman kısıtlaması ve denetim mekanizmalarının eksikliği nedeniyle birçok HES inşaatında hafriyatın dere yataklarına döküldüğü ifade edilmektedir. Bu durum, dere yataklarının dolmasına, suların kirlenmesi ve bulanmasına, yeraltına sızan su miktarının azalmasına, sudaki çözünmüş oksijenin azalmasına, su sıcaklığının artmasına, bunlara bağlı olarak sucul canlıların hayat kalitesinde ciddi bir düşüşe ve bazı durumlarda balık ölümlerine sebebiyet vermektedir. Ayrıca, dere yatağına bırakılan hafriyatın dere yatağını daraltmak suretiyle bazı durumlarda suyun önünü tamamen keserek aşırı yağışlarda sel ve taşkınlara neden olduğu bilinmektedir.¹⁹

Öte taraftan HES inşaatları sırasında oluşan toz, yaprakların üzerine yapışarak ışık geçirgenliğini azalttığından yaprakların fotosentez hızını ve dolayısıyla ağaçların büyüme hızını olumsuz etkilemektedir.²⁰ Bu toz, ayrıca ağaçları olumsuz etkileyen mantar hastalıklarının yayılması için uygun ortamı oluşturmaktadır. HES inşaatlarından çıkan tozun ağaçların direncini düşürmesinden dolayı, kabuk böcekleri ormanların sağlığı açısından tehdit edici bir

¹⁸ *Bobat*, s. 9; *Atılgan/Soğuksulu/Aslan*, Hidroelektrik Santrallerinin Çevreye Etkileri ve Bu Etkilerin Azaltılmasına Dair Öneriler: Trabzon İli Örneği, Yunus Araştırma Bülteni, 2011(4), s. 7 vd.; *Okumuşoğlu*, s. 22.

¹⁹ *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 5; *Bobat*, s. 9.

²⁰ Bu konuda bkz. *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 10.

unsur haline gelebilmektedir. Bunların dışında, HES inşaatları sırasında oluşan tozun vadi rüzgârları ile tüm vadiye yayılabildiği gözden kaçırılmamalıdır. Bu durum, özellikle bal üretimi için en hayati kaynak olan polenlerin tozlarla kaplanmasına ve böylece bal verimi ve kalitesinde düşümlere neden olmaktadır.

HES'ler ayrıca türler, doğal yaşam alanları ve biyolojik çeşitlilik bakımından da ciddi bir tehdit oluşturmaktadır.²¹ Bu bağlamda, HES projelerinden hem karacıl hem de sucul ekosistemde yaşayan canlıların ve özellikle hassas bitki ve hayvan türlerinin olumsuz etkilendiğini, endemik ve nesli tehlike altında olan türlerin doğal yaşam alanlarından uzaklaştığını veya yok olduğunu belirtmek gerekir. Bitki örtüsünün kısmen veya tamamen yok olması, orman ve diğer doğal ekosistemlerin bölünmesi ve akarsu sistemlerine bağlı olarak varlığını sürdüren dere kenarı bitki topluluklarının tahribi ise, HES'lerin gerek yapım gerekse sonraki aşamalarda bitki örtüsü bakımından yarattığı olumsuz etkilerin başında gelmektedir. Özellikle nehir tipi HES'lerin yapımında dik yamaçların yol, boru, tünel veya iletim kanallarının kurulabilmesi için yarılmaları gerekmektedir. Bunun dışında, pompaj depolamalı HES'lerde suyun yükseklerle pompalanması suretiyle yüksekten düşürülmesiyle enerji elde edilmesi söz konusu olduğundan, suyun bazen nehirden uzunluğu birkaç kilometreyi bulan açık iletim kanalları veya borular aracılığıyla yükseklerle çıkarılarak türbinlere verilmesi gerekmektedir. Gerek doğal eğimli gerekse pompaj depolamalı HES'lerde, bitki örtüsü zarar görmekte ve canlıların doğal yaşam alanları tahrip edilmektedir. Boru, tünel veya iletim kanallarının kurulması, erozyon ve toprak kayması riskini artırmanın yanı sıra yamacın peyzajını bozmakta ve görüntü kirliliği oluşturmaktadır. HES'ler hayvan toplulukları üzerinde de birtakım olumsuz etkiler doğurmaktadır. Öncelikle, HES inşaatlarının neden olduğu hava ve toprak kirliliği ile titreşim ve gürültünün yaban hayvanlarını etkilerin olmadığı benzer başka alanlara göçe zorlayacağını belirtmeliyiz. Bunun haricinde, doğal yaşam alanlarının tahrip edilmesi veya bölünmesi beslenme ve üreme alanlarının bozulması sonucunu doğuracağından yaban hayvan-

²¹ Bu konuda bkz. *Bobat*, s. 10 vd.; *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 4 vd.; *Kurdoğlu/Özalp*, Nehir Tipi Hidroelektrik yatırımlarının Yasal Süreç, Çevresel Etkiler, Doğa Koruma ve Ekoturizmin Geleceği Kapsamında Değerlendirilmesi, III. Ulusal Karadeniz Ormancılık Kongresi, C. II, s. 692 vd.

larının başka yerlere göç etmesi veya sayılarında azalmaların yaşanması söz konusu olacaktır. Bu durum, bölgede biyolojik çeşitliliğin azalması veya bazı hassas türlerin soyunun tükenmesine neden olacaktır. Son olarak, özellikle biriktirmeli HES'lerin yöre ikliminin değişimine neden olduğu, iklim koşullarının değişiminin ise yöredeki bitki ve hayvan topluluklarını, bazı durumlarda da ormanları olumsuz etkileyebileceği ifade edilmiştir.²²

C. İşletme Evresindeki Sorunlar

HES'ler işletme aşamasında da bazı sorunları kendileriyle birlikte getirmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, HES'ler faaliyete geçişle birlikte elektrik üretimi için nehirdeki suyun büyük bir kısmını kullanmaktadır. Bu durumda, suyun akış hızı, akış miktarı, nehrin derinliği ve taban yapısı önemli ölçüde değişikliğe uğramaktadır.²³ Nehir ekosistemlerinin sağlığı için kritik öneme sahip olan bu parametrelerdeki değişim, sucul canlıları olumsuz etkileyecektir. Bunların dışında, HES'lerin işletmeye geçişi ile birlikte can suyu sorunu, deltaların erimesi, balık göçlerinin aksaması, sucul ekosistemlerde bozulma, yeraltı sularının azalması ve doğal göllerin kurumması gibi sorunlar da ortaya çıkmaktadır.

1. Akarsu Düzeninin Değişmesi

Akarsu düzeninin değişmesi, HES'lerin işletme evresinde ortaya çıkardığı sorunların başında gelmektedir. Akarsu yatağında yapay bir set oluşturan HES'ler, akarsuyun doğal akış düzenini değiştirmektedir. Böylelikle, akarsu düzeninden neredeyse durgun su düzenine geçilmektedir. Akarsu düzeninin değişmesi, öncelikle ilgili akarsuyun ekosistemini bozmaktadır. Nehir ekosisteminin bozulmasından, bu bölgedeki tüm sucul ve karacıl canlılar olumsuz etkilenmektedir. Zira nehir ekosistemindeki bozulma, çoğu kez bu bölgede yer alan diğer sucul veya karacıl ekosistemlerin bozulması sonucunu da doğurmaktadır. Sucul ekosistemlerin sağlığını belirleyen temel ölçütler olan suyun akış hızı, akış miktarı, akış zamanlaması ve derinlik bakımından ortaya çıkan en küçük değişiklikler sucul canlıların yaşam koşullarını etkilemektedir. Örne-

²² Bobat, s. 11; Kurdoğlu/Özalp, s. 700.

²³ WWF, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 5.

ğın suyun akış hızı, suda karbondioksit ve oksijen gibi çözülmüş gazların ve besin maddelerinin taşınımında önemli bir rol oynamanın yanı sıra bazı sucul türlerin solunum ve üreme faaliyetlerini de etkileyebilmektedir. Suyun akış hızının düşmesi halinde sudaki çözülmüş oksijen miktarı azaldığından, toplu balık ölümleri söz konusu olabilmektedir. Bunların haricinde, su sıcaklığındaki değişimlerin de bazı sucul türlerin yaşamını tehdit ettiği bilinmektedir. Örneğin, alabalıkların nehirlerdeki yaşamını sağlıklı sürdürebilmesi için sudaki sıcaklığın 15 °C'nin üzerine çıkmaması gerekir. HES'lerin işletim tarzı göz önünde bulundurulduğunda, gerek cebri borudan hızla geçerken sürtünmesi gerekse türbin kanatlarına çarpması sonucunda suyun sıcaklığında artış gerçekleşmektedir. Suyun sıcaklığının artması sonucunda, çözülmüş oksijen miktarı düşmekte, besleyici maddeler azalmakta, bu durumdan balıklar ve diğer sucul canlılar olumsuz etkilenmektedir.²⁴

2. Can Suyu Sorunu

Can suyu sorunu, HES projeleri bağlamında gündeme gelen en önemli tartışma konularından bir diğeridir.²⁵ Can suyu esasen, toprağa dikilirken yeşerip kök salması için fidanların dibine dökülen ilk suyu tanımlamaktadır. Can suyu HES projeleri bağlamında ise, doğal hayatın sağlıklı bir biçimde sürdürülebilmesi için dere yatağına bırakılması gerekli olan en az düzeydeki su miktarını tanımlamaktadır. Telafi suyu veya ekosistem suyu olarak da adlandırılan can suyu, HES projesi ile önu kesilen nehirden bu nehrin ana yatağının kuruması ve buradaki canlı yaşamının sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi için bırakılması gereken minimum su akışıdır. Akarsulardaki doğal yaşamın sürdürülmesini sağlayacak ekolojik bir eşik niteliğinde olan can suyunun miktarı belirlenirken, havzanın ekolojik gereksinimlerinin yanı sıra içme suyu, kullanma suyu, sulama suyu veya kültür balıkçılığı bakımından ihtiyaç duyulan su miktarının da dikkate alınması gerekir. Can suyu miktarının hesaplanmasında, ayrıca değişik faktörlerin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Öncelikle, her ekosistemin kendine özgü bir yapıya sahip olması her bir havzada

²⁴ *Bobat*, s. 13; *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 7; *Kurdoğlu/Özalp*, s. 693 vd.

²⁵ Bu konuda bkz. *Bobat*, s. 14 vd.; *Kurdoğlu/Özalp*, s. 695 vd.; *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 8.

canlı yaşamının ihtiyaç duyduğu su miktarının farklı olmasına yol açmaktadır. Can suyu miktarının belirlenmesinde ayrıca, akarsuyun sürekli veya mevsimlik olup olmama durumu, akarsudaki su miktarı, yağış, buharlaşma, yeraltına sızma ve akarsuyun diğer amaçlarla (içme, kullanma, sulama, balıkçılık v.s.) kullanılması gibi hususların dikkate alınması gerekir.

2003 yılında yayınlanan Su Kullanım Hakkı Anlaşması Yönetmeliği'nde, "doğal hayatın devamı için mansaba bırakılacak su miktarı projeye esas alınan son on yıllık ortalama akımın en az %10'u olacaktır" hükmüne yer verilerek suretiyle, HES'lerden bırakılacak can suyu için % 10'luk asgari bir değer saptanmıştır. İlgili yönetmelikte asgari olarak belirlenen bu oranın ülkemizde çoğunlukla can suyu olarak verilen değer olduğunu vurgulamalıyız. Ancak bu oran, farklı kesimlerce düşük olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu bağlamda, bu oranın birçok akarsu yatağındaki canlı yaşamının devamını sağlamak bakımından yetersiz olduğu belirtilmiştir. Can suyunun yetersiz olduğu hallerde ise sucul canlıların yok olması söz konusu olacaktır. Bunun yanı sıra, bu oranın ilgili akarsudan sağlanan içme, sulama ve balıkçılık gibi ihtiyaçları karşılamaktan da çok uzak olduğu dile getirilmiştir. Ülkemizde HES projeleri ile yöre halkını karşı karşıya getiren en önemli konulardan birinin de can suyu sorunu olduğu belirtilmelidir. Yöre halkı çoğunlukla HES'lerin işletmeye geçişi ile birlikte akarsu yatağına bırakılan suyun önemli miktarda azalması nedeniyle, içme ve sulama gibi geleneksel su kullanım imkânlarının ölçsüz bir şekilde kısıtlandığını ileri sürerek bu projelere tepki göstermektedir. Ülkemizde uygulanan can suyu uygulamasının yetersiz olduğunu iddia eden bazı çevreler ise, bunun yerine *çevresel akış* adı verilen uygulamaların tercih edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.²⁶ Bu yöntem, nehir ekolojisini bütüncül bir biçimde korumakta ve sosyoekonomik koşulları da muhafaza etmeyi amaçlamaktadır.

3. Deltaların Erimesi ve Balık Göçlerinin Aksaması

Deltaların erimesi, HES'lerin neden olabileceği diğer bir sorundur.²⁷ Nehir-

²⁶ WWF, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 8.

²⁷ Bu konuda bkz. WWF, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 11; Bobat, s. 10; Akkaya/Dikmen/Gültekin/Durmuş, s. 3.

ler taşıdıkları tortularla, deniz kıyılarında verimli tarım arazilerin ve biyolojik çeşitlilik açısından zengin deltaların oluşmasını sağlamaktadır. Deltalardaki tarımsal verim ve biyolojik çeşitliliğin devamı, nehirlerin taşıdığı tortu miktarına bağlıdır. Nehirlerin aynı zamanda denizlere besin taşıdığını da gözden kaçırmamak gerekir. Nehirlerin denizlere döküldüğü yerlerde balıkçılığın gelişmesi de esasen nehirlerin taşıdığı bu zengin besinlerin bir sonucudur. Dolayısıyla, denizlerde yaşayan canlıların bir kısmının yaşamının nehirler yoluyla taşınan bu besinlere bağlı olduğu ifade edilmelidir. Nehirlerin denizlere doğal olarak kavuşmasını engelleyen HES'ler, nehirlerden denizlere gerçekleşen tortu ve besin taşımalarının miktarını azaltmaktadır. HES'ler akarsuyun taşıdığı su miktarını azalttığı için deltalar zamanla denize teslim olmakta ve kıyılardan içeri kesimlere kadar deniz suyu girmektedir. Bunun dışında HES projelerinin gerçekleştirildiği yerlerin genellikle dik yamaçlı araziler olması, bu bölgelerdeki erozyon ve heyelan riskini artırmaktadır. Bilhassa erozyon nedeniyle HES'lerin gerisinde biriken toprağın bu yapıların hizmet ömrünü kısaltmaktadır.

HES'ler ayrıca sucul canlıların üremesini engelleyici etki doğurabilmektedir.²⁸ Birçok balık ve omurgasız canlı türü, normal davranışı gereği yaşamlarının belli dönemlerinde nehir boyunca uzun veya kısa mesafeli göçler gerçekleştirmektedir. Nehirlerdeki göçlerin en önemli olanı ise, balıkların yumurtlama amacıyla gerçekleştirdiği göçtür. HES'lerin bir unsuru olan regülâtörlerin sucul canlıların nehir boyunca hareketini kesintiye uğrattığı sıkça dile getirilmektedir. Üreme göçlerinin durması veya engellenmesi halinde, balık türlerinin ilgili nehirden tamamen kaybolması söz konusu olmaktadır. Baraj ve regülâtör gibi tesislerde balıkların geçmesine mahsus balık geçidi veya asansörlerin yapılması kanuni bir yükümlülük ise de, özellikle suyun azaldığı dönemlerde bu geçitlere yeterli su verilmemesi nedeniyle balık göçlerinin aksadığı görülmektedir.

4. Yeraltı Sularının Azalması ve Doğal Göllerin Kuruması

Yeraltı sularının azalması ve doğal göllerin kuruması, HES'lerin neden ola-

²⁸ Bkz. *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 7.

bileceği diğer bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹ Sulak alanlar, yeryüzünün en zengin ve en üretken ekosistemleri olarak gösterilmektedir. Yeryüzünde başka hiçbir ekosistemle kıyaslanmayacak ölçüde buldukları yere ve burada yaşayan insanlara hizmet eden bu alanlar, tropik ormanlardan sonra biyolojik çeşitliliğin en yüksek olduğu yaşam alanları olmanın yanı sıra sellerin engellenmesinde de önemli bir rol oynamaktadır.³⁰ Su kaynakları kısıtlı olan kapalı havzalardaki akarsularda inşa edilen HES'ler, suyu havzanın yüksek noktalarında tutarak havzanın aşağı kesimlerine olan su akışını azaltmaktadır. Havzanın aşağı kesimlerine ulaşan suyun azalması ise, buralarda yer alan göllerin ve sulak alanların kuruması sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda, bilhassa HES projeleri nedeniyle ülkemizin son 40 yılda sulak alanlarının yaklaşık yarısını kaybettiği ifade edilmiştir. HES projeleri nedeniyle havzaların aşağı kesimlerine verilen suyun azalması ayrıca buralarda yeraltı su kaynaklarının azalmasına neden olmaktadır. Çünkü nehirler, yeraltı sularını besleyen en önemli kaynaklardandır.

5. Enerji İletim Hatlarının Doğuracağı Sorunlar

Enerji iletim hatlarının ortaya çıkaracağı sorunlar, HES projelerinin hayata geçirilmesi bağlamında gündeme gelen diğer bir konudur.³¹ HES'lerin faaliyete geçmesiyle birlikte elde edilen elektrik enerjisinin kentlere veya sanayi bölgelerine nakli için iletim hatlarının kurulması gerekmektedir. HES projelerinin kapsamı dışında ele alınan iletim hatlarının maliyeti, hangi alanlardan geçirileceği ve geçtiği alanda yaratacağı orman tahribatı ÇED sürecinde de yer almamaktadır. Oysa HES'ler tarafından üretilen elektrik enerjisini taşıyacak iletim hatlarının kurulması için ormanlık alanlarda tıraşlama yapılması gerekmektedir. Tıraşlama işlemi sonunda, iletim hatlarının geçeceği yerlerde ormanlık alanlarda çoğu kez yüzlerce kilometre boyunca 20-50 metre arasındaki tüm bitki örtüsü tamamen ve sürekli yok edilmektedir. Bu tahribat, zaten parçalanmış olan ormanların yeniden daha küçük adalara bölünerek ekosistemin

²⁹ Bu konuda ayrıca bkz. *Akkaya/Dikmen/Gültekin/Durmuş*, s. 3; *Bobat*, s. 11; *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 7.

³⁰ *Akkaya/Dikmen/Gültekin/Durmuş*, s. 3.

³¹ Bu konuda bkz. *Kurdoğlu/Özalp*, s. 696; *Bobat*, s. 6.

daha da bozulmasına yol açmaktadır. Bunun dışında, yüksek gerilim hatlarının çeşitli sağlık sorunlarına neden olduğuna ilişkin bilimsel veriler bulunmaktadır. Yüksek gerilim ve taşıdıkları akımın ortaya çıkardığı elektromanyetizma enerji iletim hatlarının üzerinden geçtikleri yerleşim yerlerinde yaşayan insanlar bakımından risk oluşturmaktadır.

D. Eşgüdüm Sorunu

Eşgüdüm sorunu, HES projeleri bağlamında tartışmalara neden olan diğer bir konudur.³² Eşgüdüm (koordinasyon), genel olarak belirli bir amaca yönelik çeşitli faaliyetler arasında uyum, düzen ve bağlantı sağlamayı ifade etmektedir. Eşgüdüm, farklı birimler tarafından gerçekleştirilen etkinliklerin birbiri üzerinde ortaya çıkaracağı etkilerin dikkate alınarak, ilgili birimlerin bu etkinlikleri birbirine danışarak planlı bir şekilde yürütmesini gerektirmektedir. Eşgüdüm, özellikle ilgili etkinliklerin yöneldiği amacın etkili bir biçimde gerçekleştirilmesi bakımından önem taşımaktadır. HES projelerinde gerek planlama eksikliğinden gerekse uygulamadan kaynaklanan pek çok eşgüdüm sorununun bulunduğu ifade edilmektedir. Bu eşgüdüm sorunları, işletmelerin kendi iç işleyişlerinden veya diğer kurum ve kuruluşlardan kaynaklanabilmektedir. Bu bağlamda, yerel kurum ve kuruluşların görüşleri alınmadan HES projesi lisanslarının verilmesinden dolayı bu projelerin hayata geçirilmesi aşamasında sosyal ve teknik açıdan birçok ciddi sorunun yaşandığına dikkat çekmek gerekir. Aynı şekilde HES projelerinden öncelikli olarak etkilenecek yöre halkının görüşünün alınmaması, yöre halkını ilgili proje sahipleri veya yetkili kurumlarla karşı karşıya getirmektedir. Bu durum, bu projelerin hayata geçiriliş sürecinde sıkıntılarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Kurum ve kuruluşlar arasında yaşanan yetki karmaşası, HES projeleri bağlamında ortaya çıkan eşgüdüm sorunlarının diğer bir kaynağı olarak gösterilmektedir. Bu yetki karmaşasının temel nedeni, HES'lerin doğrudan ilgili olduğu su idaresi, çevre yönetimi ve enerji politikalarına ilişkin temel yetkilerin ülkemizde farklı kurumlar arasında dağıtılmış olmasıdır. Diğer bir eşgüdüm sorunu, HES'lerden bırakılacak can suyu miktarının tespiti konusunda yaşanmaktadır. Özellikle içme, sulama ve

³² Bu konuda bkz. *Bobat*, s. 15.

balıkçılık amaçlarına yönelik olarak gereksinim duyulan su miktarının doğru bir şekilde saptanması noktasında kurumlar arasında ve kurumlar içinde eşgüdüm eksikliğinin söz konusu olduğu belirtilmektedir.³³

E. Denetim Sorunu

Denetim eksikliği, HES projeleri ile ilgili olarak sıkça dile getirilen diğer bir sorundur.³⁴ Günümüzde idarenin temel işlevlerinden biri olan denetim, hukuki açıdan olması gerekenle olanın karşılaştırılmak suretiyle aradaki farkların saptandığı bir süreçtir. Denetim, hukuk normlarından sapmaları ortaya çıkarmanın yanı sıra bu tür sapmaların önlenmesini ve bu sapmaların söz konusu olduğu hallerde düzeltici önlemlerin alınmasını sağlamaktadır. Etkili bir denetim için, yeterli bir kurumsal yapının oluşturularak gerekli yetkilerin ve etkili yaptırımların öngörülmesi gibi şartların karşılanmasına gerek vardır. HES projeleri bağlamında, planlama, inşaat ve işletme evrelerinde ciddi denetim sorunlarının söz konusu olduğuna işaret edilmektedir. Hatta denetim eksikliğinin HES'lerle ilgili yatırımları adeta teşvik ettiği belirtilmektedir.³⁵

HES'lere ruhsat verilmesi sürecinde belirleyici bir role sahip olan çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) raporlarının denetim eksikliğinden dolayı özensiz hazırlandığı sıkça rastlanan bir durumdur. Hatta bu raporların çoğu kez *copy-paste* yöntemiyle hazırlandığı ileri sürülmektedir.³⁶ Bununla birlikte ÇED'in çevrenin korunmasında etkili bir araç olması, bu raporların objektif ve yeterli nitelikte olmasına bağlıdır. Bunun dışında, inşaat aşamasında HES'lerin doğaya verdiği tahribatın asgariye indirilmesi bakımından etkili bir denetimin önem arz ettiği belirtilmelidir. Bilhassa, HES inşaatlarından çıkan hafriyatın akarsu yataklarına gelişigüzel bırakılmasının denetimsizlikten kaynaklandığını ifade etmek gerekir. İşletme aşamasında ise, ilgili HES'lerin enerji ve su değerlerinin izlenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu aşamada özellikle balık

³³ *Bobat*, s. 15.

³⁴ Bu konuda bkz. *Bobat*, s. 16; *Ürker/Çobanoğlu*, Türkiye'de Hidroelektrik Santrallerin Durumu (HES'ler) ve Çevre Politikaları Bağlamında Değerlendirilmesi, Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, s. 81.

³⁵ *Bobat*, s. 16.

³⁶ *Okumuşoğlu*, Hidroelektrik Santraller (HES) ve Çevresel Etkileri, Güncel Hukuk Dergisi, 2013, s. 22.

geçitlerinin işler olup olmadığı ve HES'lerden yeterli ölçüde can suyu bırakılıp bırakılmadığının tespiti noktasında denetim eksikliklerinin söz konusu olduğu bilinmektedir. Ülkemizde HES'lerin yeterince denetlenememesinin nedenleri arasında özellikle yetki sorunları ve personel eksikliğine dikkat çekilmektedir. HES'lere ilişkin denetimlerin bir kısmının da tamamen göstermelik olduğu belirtilmektedir. HES'lerin daha etkin bir şekilde denetlenebilmesi için, ayrıca yöre halkı ve sivil toplum örgütlerine denetim sürecine katılım konusunda bazı olanakların tanınması veya bu konuda bağımsız denetçilere yetki verilmesi isabetli görünmektedir. Etkili ve objektif nitelikteki bir denetim HES'ler nedeniyle ortaya çıkan çıkar çatışmalarını da bir ölçüde yumuşatacaktır.

IV. HES'LERİN HUKUKİ AÇIDAN İRDELENMESİ

Yukarıdaki açıklamalar, HES'lerin çevresel, ekonomik ve toplumsal açıdan bazı sakıncalara neden olabileceğini ortaya koymaktadır. HES'ler bünyelerinde ayrıca hukuki açıdan da bazı tereddütleri barındırmaktadır. Bu bakımdan, HES projelerinin hukuki açıdan da irdelenmesi gerekir. Bununla birlikte, HES'leri ilgilendiren farklı düzeyde çok sayıda hukuki düzenlemenin mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Bu düzenlemelerden yola çıkarak, bu bağlamda yapacağımız değerlendirmeleri uluslararası hukuk, Avrupa Birliği hukuku ve ulusal hukuk başlıkları altında toplamak isabetli olacaktır.

A. Uluslararası Düzenlemeler

1. Uluslararası Antlaşmalar

HES'lerin uluslararası düzenlemeler ışığında irdelenmesi bağlamında, öncelikle HES'lerle ilgili hükümlere yer veren uluslararası antlaşmalara temas etmek gerekir. Uluslararası antlaşmalar, uluslararası hukukunun en önemli kaynağı olup, günümüzde çevreyle ilgili uluslararası antlaşmaların sayısının bini geçtiği ifade edilmektedir.³⁷ Bu uluslararası antlaşmaların bir kısmına ülkemiz de taraftır. Uluslararası antlaşmaların hukukumuzdaki değerinin ne olduğu sorusunun yanıtı ise, Anayasamızın 90. maddesinde yer almaktadır.³⁸ Bu madde-

³⁷ Güneş, *Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme*, İÜHFİM, 2012, S. 1, s. 91.

³⁸ Bu konuda ayrıca bkz. *Pazarıcı*, *Uluslararası Hukuk*, Ankara 2003, s. 23 vd.

nin 5. fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu öngörülme suretiyle, uluslararası anlaşmaların iç hukuk düzenimizde ulusal bir kanun gibi doğrudan etki doğuracağı kabul edilmiştir. Bu fıkranın devamında ayrıca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası anlaşma hükümlerinin esas alınacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamın sürdürülmesine ilişkin olarak Anayasamızın 56. maddesinde öngörülen çevre hakkının söz konusu olduğu hallerde, uluslararası anlaşmalarla ulusal düzenlemelerin çatıştığı durumlarda uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

HES projeleri bağlamında önem arz eden uluslararası anlaşmalarla ilgili olarak öncelikle, 1992 yılında Birleşmiş Milletler'in öncülüğünde kabul edilen Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ne değinmek gerekir. 1992 yılında imzaladığımız bu sözleşme, 1996 yılında onaylanarak Mayıs 1997'de ülkemizde yürürlüğe girmiştir. Biyolojik çeşitliliğin korunması, biyolojik kaynakların sürdürülebilir kullanımı ve genetik kaynakların kullanımından kaynaklanan faydaların adil ve hakkaniyete uygun paylaşımı, bu sözleşmenin gerçekleştirmek istediği üç temel hedeftir. Sözleşme, bu hedeflerin gerçekleştirilmesine yönelik olarak taraf devletleri çeşitli yükümlülüklerin altına sokmaktadır. Bu doğrultuda sözleşmenin 6. maddesinde, biyolojik çeşitliliğin korunmasını ve sürdürülebilir kullanımını sağlayacak tedbirlerin taraf devletlerce alınması gerektiğinden söz edilmektedir. 14. maddede ise, biyolojik çeşitlilik bakımından önemli olumsuz etkiler doğurabilecek faaliyetlerin bu etkilerinin önlenmesi veya en aza indirilmesine yönelik olarak ÇED mekanizmasının devreye sokulması ve elverdiğince halkın da ÇED sürecine katılmasının sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca sözleşmenin muhtelif yerlerinde, ekosistemlerin ve doğal yaşam ortamlarının korunması gerektiğine ve tehdit altındaki türlerin ve popülasyonların korunması konusunda özel bir dikkat gösterileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ülkemizde HES projelerinin kurulduğu Fırtına vadisi, Macahel Vadisi, Munzur Vadisi ve Dicle Havzası gibi yerlerin sahip olduğu biyolojik çeşitlilik ile HES'lerin flora, fauna ve habitatlar ile ekosis-

temler üzerinde ortaya çıkarabileceği olumsuz etkiler, bu projelerin Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'nde öngörülen düzenlemeler ışığında yeniden sorgulanmasını zaruri kılmaktadır.

Tam ismi Özellikle Su Kuşları Yaşama Ortamı Olarak Uluslararası Öne-
me Sahip Sulak Alanlara İlişkin Sözleşme olan Ramsar Sözleşmesi, konumuz
bağlamında değinilmesi gereken diğer bir uluslararası sözleşmedir. 1971 yı-
lında kabul edilen bu sözleşme, Türkiye tarafından 1994 yılında imzalanmış
ve aynı yıl ülkemizde yürürlüğe girmiştir. Ramsar Sözleşmesi, taraf ülkelerin
kendi topraklarında bulunan uluslararası önemdeki sulak alanları saptayarak,
bu sulak alanların korunmasını ve akılcı bir şekilde kullanılmasını sağlamayı
amaçlamaktadır. Ramsar Sözleşmesi esas olarak, kuşların en önemli üreme
alanlarından olan bataklık alanların korunması amacına yönelmiştir. Her ne
kadar 2013 yılına kadar ülkemizde toplam 14 sulak alanın Ramsar Alanı ola-
rak belirlenip koruma altına alındığı ifade edilse de,³⁹ HES'lerin sulak alanlar
bakımından ciddi bir tehdit olduğu ve ülkemizdeki sulak alanların bir kısmının
HES projeleri nedeniyle kuruduğu veya kurumayla karşı karşıya olduğu bi-
linmektedir. Bu bakımdan ülkemizdeki HES uygulamalarının bir de Ramsar
Sözleşmesi perspektifinden sorgulanmasının isabetli olacağı belirtilmelidir.

1979 yılında kabul edilen ve Bern Sözleşmesi olarak da adlandırılan Av-
rupa'nın Yaban Hayatı ve Yaşama Ortamlarını Koruma Sözleşmesi, HES pro-
jeleri bağlamında temas edilmesi gereken diğer bir uluslararası antlaşmadır.
Türkiye bu sözleşmeyi 1979 yılında imzalamış ve 1984 yılında onaylamıştır.
Bern Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'ne üye ve bu sözleşmeyi imzalayan diğer
devletlerde hayvan ve bitki türleri ile bu türlerin doğal yaşam alanlarını ko-
rumayı ve bu konuda devletlerarası işbirliğini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu
sözleşmenin öngördüğü üç ekte, taraf devletlerce korunması gereken sayısı
1.500'ü aşan yabancı bitki ve hayvan türüne yer verilmiştir. Bu bitki ve hayvan
türlerinden bilhassa EK-I ve EK-II'de yer alanların mutlak koruma altına alın-
ması gerektiğine işaret etmeliyiz. Taraf devletler, EK-I ve EK-II'de yer alanlar
bitki ve hayvan türlerini ve bunların yaşam ortamlarının korunmasını sağla-

³⁹ Bkz. <http://www.milliparklar.gov.tr/kitap/7/?sflang=tr>

yacak tedbirleri almak zorundadır. HES projelerinin bu eklerde yer alan türler ve yaşam alanları bakımından olumsuz etkiler getirebileceği düşünüldüğünde, Bern Sözleşmesi'nin HES projeleri ile ilgili olarak bazı kısıtlamalar getirmesi söz konusu olacaktır.

Özellikle Afrika'da Ciddi Kuraklık ve/veya Çölleşmeye Maruz Ülkelerde Çölleşmeyle Mücadele için Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, dikkat çekilmesi gereken diğer bir uluslararası antlaşmadır. Çölleşme ile mücadele ve kuraklığın etkilerini hafifletme amacına yönelik olarak 1994 yılında kabul edilen bu antlaşmaya, Türkiye 1998'den beri taratır. Bu sözleşme, arazi verimliliğini iyileştirmenin yanı sıra su kaynaklarının rehabilitasyonu, korunması ve sürdürülebilir yönetimine ilişkin hükümlere yer vermektedir. Bununla birlikte Türkiye'nin sözleşmeye ilişkin geliştirmiş olduğu stratejilerde sözleşmenin su kaynaklarının rehabilitasyonu ve korunması ile ilgili düzenlemelerini görmezden gelerek HES'lerin kuraklık ve su idaresi bağlamında ortaya çıkardığı sorunlara değinmediği belirtilmiştir.⁴⁰ Arkeolojik Mirasın Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi, HES projelerinin doğurduğu sonuçlar bakımından önem taşıyan diğer bir sözleşmedir. 1969 yılında kabul edilmekle birlikte 1992 yılında gözden geçirilerek yeniden imzalanan bu sözleşme, taraf devletlere Avrupa arkeolojik mirasının saptanması, kimliğinin ortaya konması, kayıt altına alınması ve korunması bağlamında bazı yükümlülükler yüklemektedir. 1999 yılından beri ülkemizin de taraf olduğu bu sözleşme, bilhassa biriktirmeli HES projeleri nedeniyle su altında kalan tarihi ve arkeolojik eserler bağlamında önem taşımaktadır.

2. Esnek Hukuk (Soft Law)

Esnek hukuk, uluslararası hukukunun diğer bir kaynağıdır.⁴¹ Uluslararası çevre hukukunun gelişiminde önemli bir role sahip olan esnek hukukun kapsamına, uluslararası hukuk bakımından bir bağlayıcılığa sahip olmamakla birlikte, politik veya ahlaki açıdan yükümlülükler doğuran, tavsiye, görüş, bildirme, eylem programları ve önlem katalogları girmektedir. Hukuki bağlayıcılıktan

⁴⁰ Ürker/Çobanoğlu, s. 82.

⁴¹ Bu konuda ayrıca bkz. Güneş, İÜHFİM, 2012, S. 1, s. 105.

ziyade moral bağlayıcılığa sahip olan esnek hukuk, uluslararası antlaşmaların hayata geçirilmesine yönelik geçici tedbirler için dayanak oluşturma, uluslararası hukuk kurallarının yorumuna yardımcı olma ve bağlayıcı olmayan direktifler ortaya koyma gibi işlemlere sahiptir. Esnek hukuk bazı hallerde de, bağlayıcı nitelikteki uluslararası hukuk kurallarının oluşum sürecinin ilk aşamasını oluşturmaktadır.

Birleşmiş Milletler öncülüğünde 1972'den bu yana her on yılda bir gerçekleştirilen çevre zirvelerinde kabul edilen metinlerin uluslararası çevre hukukunun en önemli esnek hukuk kaynakları olduğu belirtilmelidir. Bu metinlerde Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birçok ülkenin imzası vardır. Bu metinlerden, Stockholm Bildirgesi (1972) insanların sağlıklı ve temiz bir çevrede yaşama hakkının varlığına vurgu yaparken, Dünya Doğa Şartı (1982) ekosistemlerin taşıma kapasitesine dikkat çekmekte, Ortak Geleceğimiz Raporu (1987) ise sürdürülebilir kalkınma ilkesinden ilk defa kapsamlı bir biçimde söz etmekte idi. 1992 yılında gerçekleştirilen Rio Zirvesi'nde kabul edilen esnek hukuk metinleri olan Rio Bildirgesi, Gündem 21 ve Ormancılık Prensipleri'nde de aynı şekilde çevrenin korunması ile ilgili olarak önemli bazı hususlara yer verilmiştir. Özellikle sürdürülebilir kalkınmanın hayata geçirilmesi için yapılması gereken faaliyetleri içeren detaylı bir eylem planı olan Gündem 21'de, suyun hem doğal bir kaynak ve hem de sosyal ve ekonomik bir mal olduğuna, suyu kullananlardan uygun ücretler alınması gerektiğine, sürdürülebilir yönetim için her türlü planlama ve geliştirmede suyun tam maliyetinin esas alınmasının önemine, su kaynaklarının geliştirilmesi, yönetimi ve kullanımında bütünleşik yaklaşımların uygulanması gereğine, entegre havza planlamasına ve kaynaklardan yararlanmada koruma-kullanma dengesine vurgu yapılmaktadır.⁴² 2012 yılının Haziran ayında gerçekleştirilen Rio+20 Zirvesi'nin sonuç metni olarak kabul edilen *İstedikimiz Gelecek* adlı bildirmede de konumuz bağlamında önem arz eden bazı hususlara yer verilmiştir.⁴³ Bu bildirgenin *su ve sanitasyon* başlıklı kısmında, temel küresel sorunların birçoğuyla yakından bağlantılı olduğu için suyun

⁴² Ayrıca bkz. *Laskowski*, *Das Menschenrecht auf Wasser*, Tübingen 2010, s. 71 vd.

⁴³ Bu bildirme için bkz. <http://www.undp.org.tr/enerjEnvirDocs/3.The%20FutureWeWant.pdf>

sürdürülebilir kalkınmanın merkezinde olduğu, bütüncül su kaynakları yönetiminin ve verimli su kullanım planlarının oluşturulmasının önem taşıdığı, herkesin güvenilir ve karşılanabilir maliyetli suya erişiminin sağlanması gerektiği, suyun miktar ve kalitesinin sağlanması bakımından kilit bir role sahip olan ekosistemlerin korunması ve sürdürülebilir yönetiminin sağlanması gerektiği ve seller, kuraklıklar ve su kıtlığı sorunlarının çözümüne yönelik önlemlerin alınması gerektiği gibi hususlara yer verilmiştir.

Dünya Barajlar Komisyonu'nun 2000 yılında açıklanan *Barajlar ve Kalkınma* başlıklı nihai raporu, konumuzla ilgili olarak değinilmesi gereken diğer bir uluslararası metindir.⁴⁴ Dünya Barajlar Komisyonu, barajların yarar ve zararlarının saptanmasına ve barajların ortaya çıkardığı sorunların araştırılmasına yönelik olarak 1998-2000 yılları arasında faaliyet göstermiş bağımsız nitelikte bir uluslararası komisyondur. Komisyon bu raporunda, insanlığın gelişiminde önemli katkıları olmasına rağmen barajların çoğu kez özellikle sosyal ve çevresel açıdan ciddi bedellerin ödenmesine neden olduğunu ifade etmiştir.⁴⁵ Komisyon, adalet, sürdürülebilirlik, verimlilik, katılımcılık ve sorumluluğun barajların sosyal ve çevresel açıdan ortaya çıkardığı bu bedellerden sakınılmasına yönelik beş temel değer olduğuna dikkat çekmiştir. Dünya Barajlar Komisyonu, ayrıca karar verme sürecinde yedi stratejik öncelikten oluşan bir çerçeve geliştirmiştir.⁴⁶ Bu öncelikler şu şekilde sıralanabilir: a) Halkın onayının alınması, b) kapsamlı ve ayrıntılı tercih analizi, c) mevcut barajların değerlendirilmesi, d) akarsuların ve akarsuların sağladığı geçim olanaklarının sürdürülmesi, e) farklı menfaat gruplarının tanınması, f) kurallara uyulmasının sağlanması, g) akarsuların barış, gelişme ve güvenlik için kullanılması.

Suların ayrıca birçok uluslararası konferansa konu olduğunu belirtmek gerekir.⁴⁷ 1977 yılında Arjantin'in Mar del Plata kentinde gerçekleştirilen Bir-

⁴⁴ Dams and Development, A New Framework For Decision-Making, The Report of The World Commission On Dams, November 2000. Ayrıca http://www.unep.org/dams/WCD/report/WCD_DAMS%20report.pdf linkinden de ilgili rapora erişmek mümkündür.

⁴⁵ Bu raporla ilgili olarak ayrıca bkz. *Bobat*, s. 2.

⁴⁶ Bkz. *Dams and Development*, s. 258 vd.

⁴⁷ Bu konuda ayrıca bkz. *Laskowski*, s. 64 vd.; *Şirin*, Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri, MÜHF-HAD, 2010, C. 16, S. 3-4, s. 113 vd.; *Topçu*, Bir İnsan Hakkı Olarak Su hakkı, İnsan Hakları Yıllığı, 2008, s. 22 vd.

leşmiş Milletler Dünya Su Konferansı'nda, içme suyu boyutuyla ilk defa su hakkında bahsedilmiştir. Bu bağlamda, gelişme düzeyi, sosyal ve ekonomik koşulları ne olursa olsun tüm halkların temel gereksinimlerine uygun miktarda ve kalitede içme suyuna erişim hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler, 1990 yılında Yeni Delhi'de ikinci bir su konferansı düzenlemiştir. Bu konferans sonunda ilan edilen bildirmede, tüm insanların yeterli miktarda ve kalitede içme suyuna erişim hakkına sahip olduğu ve su kaynaklarının yönetiminde bütünleşik modelin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. 1992 yılında Dublin'de gerçekleştirilen Su ve Sürdürülebilir Kalkınma Konferansı'nda ise, tüm insanların temiz su ve sanitasyona ödenebilir bir fiyatla erişme hakkının olduğu belirtilmiştir. Bunların haricinde, çokuluslu bir platform olarak dünyanın en büyük su organizasyonu niteliğindeki Dünya Su Konseyi tarafından ilki 1997 yılında olmak üzere her üç yılda bir Dünya Su Forumları düzenlenmektedir.⁴⁸ Bu forumların sonunda kabul edilen bildirimlerde şimdiye kadar, sürdürülebilir bir su kullanımı, bütünleşik su kaynakları yönetimi, su idaresinde şeffaflığın ve halkın katılımının sağlanması, su kaynaklarının korunması ve kullanımı bağlamında çevrenin ve insanın gereksinimlerinin göz önünde bulundurulması gibi hususlara dikkat çekilmiştir.

B. Avrupa Birliği Mevzuatı

Ulusalüstü bir hukuk düzeni olan Avrupa Birliği hukukunda da HES'lerin ortaya çıkardığı sorunlarla ilgili birtakım düzenlemelerin bulunduğunu belirtmeliyiz. Bu bağlamda, bilhassa Avrupa Birliği çevre mevzuatının önem taşıdığını ifade etmek gerekir. Avrupa Birliği'nin çevre mevzuatı ülkemiz bakımından da büyük bir öneme sahiptir. Zira Aralık 2009'da gerçekleştirilen Hükümetlerarası Katılım Konferansı'nda alınan bir karar ile Türkiye'nin Avrupa Birliği katılım müzakerelerinde çevre faslı açılmıştır. Böylelikle Türkiye, Avrupa Birliği'nin çevrenin korunmasına ilişkin düzenlemelerini ulusal hukuka aktarma ve ulusal mevzuatını Avrupa Birliği hukuku ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü altına girmiştir. Avrupa Birliği çevre mevzuatını ise, birincil mevzuat ve ikincil mevzuat başlıkları altında ele almak mümkündür.

⁴⁸ Bkz. *Laskowski*, s. 80 vd.

Avrupa Birliği'nin anayasal metinleri olan kurucu antlaşmalarda yer alan düzenlemeler birincil çevre mevzuatını oluşturmaktadır.⁴⁹ Bu düzenlemeler arasında özellikle Avrupa Birliği'nin Çalışma Usulüne İlişkin Antlaşma'nın (ABİA) 191. maddesi önem taşımaktadır. Bu maddenin 2. fıkrasında Avrupa Birliği çevre politikası ve hukukunun temel ilkelerine yer verilmiştir. Burada, yüksek seviyede koruma ilkesi, ihtiyat ilkesi, önleme ilkesi, kaynakta önleme ilkesi ve kirleten öder ilkesinin Avrupa Birliği'nin çevre politikası ve hukukunun oluşturulması ve uygulanmasında dikkate alınması gereken temel ilkeler olduğu ifade edilmektedir. Bunun dışında ABİA'nın 11. maddesinde, entegrasyon ilkesi ve sürdürülebilir kalkınma ilkesinden de bahsedildiği dikkat çekmektedir. Buradan hareketle, bu yedi ilkenin Avrupa Birliği'nin çevre politikası ve hukukunun temel taşlarını oluşturduğunu belirtebiliriz. Bu ilkeler bağlayıcı nitelikte olup, Avrupa Birliği'nin yasama, yürütme ve yargı organları faaliyetlerini yürütürken bu ilkeleri gözetmelidir. Avrupa Birliği'nin ikincil çevre mevzuatı ise, kurucu antlaşmalara dayanılarak kabul edilen hukuki tasarruflardır. HES projeleri bağlamında, Su Çerçeve Yönergesi, doğa koruma yönergeleri ve ÇED yönergelerine değinmek yararlı olacaktır.

Avrupa Birliği su hukukunun en önemli düzenlemesi olan 2000/60 sayılı Su Çerçeve Yönergesi, Birliğin su politikasına şeffaf, etkin ve uyumlu bir hukuki çerçeve oluşturmak ve su politikası alanında geçerli olacak genel ilkeleri belirlemek amacıyla kabul edilmiştir.⁵⁰ Avrupa Birliği su politikasını sürdürülebilir ve çevre ile uyumlu bir su kullanımı anlayışına uygun hale getirmeyi amaçlayan bu yönerge, yüzey suları, kıyı suları ve yer altı sularına ilişkin Avrupa Birliği'nin mevcut hukuki düzenlemelerini tek bir çatı altında toplamaktadır. Bütünlüklük (entegre) su yönetimi modelini benimsenmesi suretiyle sektörel bakış açısının terk edilerek entegre bir yaklaşımın benimsenmesi ise, Su Çerçeve Yönergesi'nin en önemli özelliğidir. Havza esaslı yönetim modeli, Su Çerçeve Yönergesi'nin bu doğrultuda benimsediği su yönetim modelidir. Havza esaslı yönetim modelinde, idari veya politik sınırlara göre belirlenmiş bir idari yapı-

⁴⁹ Bu konuda ayrıca bkz. *Güneş*, Avrupa Birliği Çevre Hukuku, İstanbul 2011, s. 107 vd.; *Meßerschmidt*, Europäisches Umweltrecht, München 2011, s. 297 vd.

⁵⁰ Bu yönerge ile ilgili olarak ayrıca bkz. *Güneş*, Avrupa Birliği Çevre Hukuku, s. 413 vd.; *Epiney*, Umweltrecht in der Europäischen Union, 3. Auflage, Baden-Baden 2013, s. 393 vd.

lanmadan ziyade, doğal, coğrafi ve hidrolojik özelliklere göre oluşturulmuş tek bir birim söz konusudur. Havza esaslı yönetim modeli uyarınca, Avrupa Birliği çapındaki su idaresinin politik veya idari sınırlar yerine yer altı suyu da dâhil olmak üzere ilgili akarsuyun kaynağından döküldüğü yere kadarki havzası esas alınarak düzenlenmesi gerekmektedir. Yönergede öngörülen amaçların gerçekleştirilmesine yönelik olarak alınacak tedbirler de havza esas alınarak uygulanacaktır. Su Çerçeve Yönergesi ayrıca, su yönetimi alanında ilk defa maliyetin karşılanması ilkesine yer vermiştir.

92/43 sayılı Fauna Flora Habitat (FFH) Yönergesi ve 2009/147 sayılı Yabancı Kuşlar Yönergesi, Avrupa Birliği'nin doğa koruma alanında kabul ettiği en önemli düzenlemelerdir.⁵¹ Yabancı Kuşlar Yönergesi, esasen Ramsar Sözleşmesi'nin hükümlerini Birlik hukukuna aktarma amacıyla hazırlanmıştır. Bu yönerge, üye devletlerin toprakları üzerinde yaban ortamda doğal olarak bulunan tüm kuşların, bunların yumurtalarının, yuvalarının ve yaşam alanlarının korunması, yönetimi ve kontrolüne ilişkin hükümler içermektedir. Yabancı Kuşlar Yönergesi'nin en önemli özelliklerinden biri, özellikle nesli tehlikede olan bazı kuş türlerinin korunmasına yönelik olarak üye devletleri belli sahalari koruma alanı olarak ilan etme yükümlülüğü altına sokmasıdır. Özel bir koruma statüsü elde edecek bu alanlarda üye devletler bu türlerin korunmasına yönelik olarak belli bazı tedbirleri alacak ve bu alanlarda belli bazı faaliyetleri yasaklayacaktır. Temel amacı yabancı hayvan ve bitki türlerini ve bu türlerin doğal yaşam alanlarını korumak olan FFH Yönergesi ise, esas olarak Bern Sözleşmesi'ni Avrupa Birliği hukukuna aktarma amacıyla kabul edilmiştir. FFH Yönergesi ayrıca, Yabancı Kuşlar Yönergesi'nin aksine belli türler yerine tüm biyolojik çeşitliliği korumayı amaçlamaktadır. FFH Yönergesi, bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak belli bazı türleri barındıran yaşam ortamlarının koruma alanı ilan edilerek buralarda özel bir koruma statüsünün geçerli olmasını öngörmektedir. FFH Yönergesi'nin Avrupa doğa koruma politikasına kattığı en önemli yenilik ise, Avrupa habitat koruma ağı Natura 2000'dir. FFH Yönergesi bu bağlamda, belli bazı hayvan veya bitki türlerini barındıran sa-

⁵¹ Bu bağlamda ayrıca bkz. *Güneş*, Avrupa Birliği Çevre Hukuku, s. 330 vd.; *Epiney*, s. 505 vd.; *Erbguth/Schlacke*, Umweltrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2012, s. 230 vd.

haların üye devletlerce koruma alanı olarak belirlendikten sonra Natura 2000 ağı kapsamına alınacağını ve bu alanlarda özel koruma hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir. Natura 2000, FFH Yönergesi kapsamında koruma alanı olarak belirlenen alanların yanı sıra Yabani Kuşlar Yönergesi uyarınca ilan edilen alanları da kapsamaktadır. Natura 2000 kapsamındaki alanlarda, kural olarak yönergenin 6. maddesinde öngörülen koruma rejimi uygulanacaktır. Oldukça sıkı hükümler içeren bu koruma rejimi, genel bir kirletme yasası öngörmekte ve özellikle nesli tehlikede olan türlerin bulunduğu alanlarda çevresel etkileri olacak projeleri önemli ölçüde sınırlamaktadır. Bu bakımdan, HES projelerinin biyolojik çeşitlilik bakımından özel bir öneme sahip olan bu alanlarda gerçekleştirilmesi mümkün değildir.

Son olarak Avrupa Birliği'nin ÇED düzenlemeleri kapsamında iki yönergeye değinmek faydalı olacaktır.⁵² 2011/92 sayılı ÇED yönergesi, Avrupa Birliği'nde ÇED uygulanmasına ilişkin temel düzenlemeyi oluşturmaktadır. Bu yönergenin 1. maddesinde, ÇED'in çevre üzerinde önemli etkilere sahip olması muhtemel kamuya ait ve özel projelerin çevresel etkilerini konu edindiği belirtilmiştir. Buna göre çevre üzerinde önemli etkiler doğurması olası olan projeler, proje sahibinin özel bir şahıs veya kamu olduğuna bakılmaksızın ÇED sürecine tabi tutulmalıdır. Dikkat çekilmesi gereken bir nokta, ÇED Yönergesinin sadece projeler için ÇED uygulamasını öngördüğüdür. Bu nedenle, plan, program ve politikalar ÇED usulünün kapsamı dışında kalmaktadır. Bu yönerge, ÇED'e tabi olacak projeleri saptama konusunda listeleme modelini benimsemiştir. Buna göre, EK-I'de yer alan projeler için ÇED'in yürütülmesi zorunlu iken, EK-II'de yer alan projelerin ÇED'e tabi tutulup tutulmayacağı hususunda üye devletlere bir takdir hakkı tanınmaktadır. ÇED Yönergesi, baraj ve diğer su bentlerine EK-II'de yer vermek suretiyle bu projelerin ÇED'e tabi tutulması konusunda üye devletlere takdir yetkisi tanımıştır. 2001/42 sayılı Stratejik Çevresel Değerlendirme (SÇD) Yönergesi ise, yalnızca proje düzeyinde uygulanan ÇED'in eksik yönlerini tamamlayarak çevresel sorunlarla etkin bir mücadeleye katkı sağlama amacıyla kabul edilmiştir. Yönerge

⁵² Bu konuda ayrıca bkz. Güneş, Avrupa Birliği Çevre Hukuku, s. 216 vd.; Epiney, s. 298 vd.

uyarınca plan ve programlara uygulanacak SÇD, karar alma mekanizmasını oluşturan sürecin ilk aşamasından itibaren uygulanmakta, çevrenin bütünsel bir yaklaşımla korunmasını sağlamakta, karar verme sürecindeki eşgüdümü güçlendirmekte ve kurumlar arası koordinasyonu destelemektedir. Stratejik çevresel değerlendirme sürecinde, bölgesel, küresel, kümülatif ve sinerjik nitelikte-kiler de dâhil olmak üzere çevresel etkiler uzun vade ve gelecek kuşaklar da dikkate alınarak sosyal ve ekonomik faktörlerle birlikte daha geniş bir çapta analiz edilmektedir. Ülkemizde henüz uygulaması bulunmayan SÇD'nin bu yönleriyle, HES uygulamalarından kaynaklanan çevresel etkilerin değerlendirilmesinde önemli bir rol üstleneceği açıktır.

C. Ulusal Düzenlemeler

1. Anayasal Düzenlemeler

Anayasamızda da HES projeleri bağlamında önem taşıyan bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasamızın çevre ile ilgili temel düzenlemesi olan 56. madde, bu bağlamda değinilmesi gereken ilk düzenlemedir. “Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması” başlığını taşıyan bu düzenleme, Anayasanın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde yer almaktadır. 56. maddedeki düzenlemenin çevreyle ilgili olan ilk fıkrası şu şekildedir: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir.” Bu düzenleme ile ilgili olarak yapılması gereken ilk tespit, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğunu öngörmek suretiyle Anayasanın esasen çevre hakkını güvence altına aldığıdır. Bunun dışında, çevrenin geliştirilmesi, çevre sağlığının korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi devlete ve vatandaşlara müşterek bir ödev olarak yüklenmiştir. Dolayısıyla, Anayasanın 56. maddesi çevre hakkına yer vermenin yanı sıra çevrenin korunmasını kamusal makamlara ve vatandaşlara ortak bir yükümlülük olarak yüklemektedir. Anayasanın 56. maddesi, çevrenin korunmasına ilişkin birçok girişime hukuki dayanak oluşturmuş ve başta Anayasa Mahkemesi ve Danıştay olmak üzere çeşitli mahkemelerin çevre ile ilgili verdiği kararlara da dayanak olmuştur.

Anayasanın 56. maddesinde güvencelenen çevre hakkı, insan hakları teorisinde üçüncü kuşak haklar arasında yer almaktadır.⁵³ Gerçekleştirilmeleri tüm insanlığın dayanışma içinde ortak hareket etmesini gerekli kılması, üçüncü kuşak hakların en belirgin özelliğidir. Bunun dışında çevre hakkı, en genel anlamıyla çevrenin korunmasını ve geliştirilmesini amaç edinmektedir. Çevre hakkı, bugün olduğu gibi gelecekte de yaşanılır bir çevreye sahip olabilme arzusunu gerçekleştirmeyi amaçlayan ve çevrenin herkesin ortak varlığı olduğu düşüncesine dayalı eşitlik ilkesi temelinde yükselen bir haktır. Çevre hakkı ile ulaşılmak istenen, doğayı sömürü değil uyum temelinde bugünkü ve gelecek kuşaklar için yaşamaya elverişli kılarak herkesin ondan eşit yararlanması hedefidir. Çevre hakkının insanın var olma ve yaşamını sürdürme hakkının ve dolayısıyla diğer haklarının kullanılabilmesinin önkoşulu olduğunu ileri süren kesimler, çevre hakkı ve diğer haklar arasında ortaya çıkabilecek çatışmaların çevre hakkı lehine neticelendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁴ Bununla birlikte, çevre hakkının anayasalarda soyut olarak düzenlenmesinin çevrenin etkin olarak korunması bakımından tek başına yeterli olmadığını gözden kaçırmamalıyız. Çevre hakkının etkin bir şekilde hayata geçirilebilmesi için çevresel bilgilere erişim, çevresel karar alım süreçlerine katılım ve çevresel konularda yargısal başvuruya ilişkin bir takım çevresel haklarla takviye edilerek somutlaştırılması gerekmektedir. Bu tür haklar tanınmadan, çevre hakkının soyut anayasal düzenlemeler olmaktan öteye geçemeyeceğini ifade etmeliyiz. Bu noktada, çevresel bilgilere erişim, çevre ile ilgili kararlara halkın katılımı ve çevre ile alakalı meselelerde yargıya başvuru konularında ayrıntılı düzenlemelere yer veren uluslararası bir antlaşma olan Aarhus Sözleşmesi'nin ülkemiz tarafından halen imzalanmamış olmasının çevre hakkının pratiğe geçirilmesi bakımından ciddi bir eksiklik oluşturduğu belirtilmelidir.⁵⁵ Bu antlaşmanın imzalanarak hükümlerinin iç hukuka uygun bir şekilde aktarılması HES projeleri konusunda ortaya çıkan bazı sorunların çözümünde de kilit rol oynayacaktır.

⁵³ Bkz. *Keleş/Ertan*, Çevre Hukukuna Giriş, Ankara 2002, s. 77 vd. ; *Yokuş Seviik*, Çevre Hukuku, Ankara 2013, s. 20 vd.

⁵⁴ *Turgut*, Çevre Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001, s. 149; *Özdek*, Çevre hakkı, Ankara 1993, s. 84 vd.; *Kuzu*, Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, İstanbul 1997, s. 84 vd.

⁵⁵ Bu sözleşmeyle ilgili olarak ayrıca bkz. *Güneş*, GÜHFD 2010, C. XIV, S. 1, s. 299 vd.

Anayasanın 169. maddesi, çevrenin korunması bağlamında önem arz eden diğer bir düzenlemedir. Ormanlarla ilgili detaylı hükümlere yer veren bu düzenlemede, ormanların korunması ve geliştirilmesinin devletin vazifesi olduğu, devlet ormanlarının devletçe yönetilip işletileceği ve bu ormanların mülkiyetinin devir olunamayacağı gibi hususlara yer verilmiştir. Bunun dışında 168. maddede, doğal zenginlik ve kaynakların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ve bunların aranması ve işletilmesi hakkının devlete ait olduğu öngörülmüştür. Anayasanın 63. maddesinde ise, devletin tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlayacağı, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır. Diğer taraftan 44. maddede, toprağın korunması ve geliştirilmesine yönelik olarak detaylı hükümlere yer verildiği görülmektedir. Anayasanın 166. maddesinde ise, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmanın sağlanmasına yönelik olarak ülke kaynaklarının verimli şekilde kullanılmasını planlamanın devletin görevi olduğu dile getirilmiştir.

2. Yasal Düzenlemeler

a. Çevre Kanunu

1983 yılında kabul edilen Çevre Kanunu, ülkemizde çevrenin korunmasına ilişkin ana ilke ve esasları içeren temel yasal düzenleme niteliğindedir. Çevre Kanunu'nun 1. maddesinde, kanunun amacının bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olduğu belirtilmiştir. Buradan hareketle, kanunun esasen ekosentrik yani canlı merkezli bir çevre koruma anlayışını benimsediğini belirtmek mümkündür.⁵⁶ Zira çevrenin yalnızca insanların değil de tüm canlıların ortak varlığı olması, tüm canlıların yeryüzündeki yaşam topluluğunun eşit düzeydeki öğeleri olarak ele alınmasını gerekli kılmaktadır. Başka bir deyişle, çevre koruma veya çevreden yararlanma bakımından bir canlının diğer bir canlıya mutlak bir üstünlüğü söz konusu olmayacaktır. Çevre tüm canlıların ortak varlığı olduğuna göre, bütün canlılar çevreden ortak bir biçimde yararlanacaktır. Dolayısıyla, çevreden yararlanmada yalnızca insanı

⁵⁶ Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut*, Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 30 vd.

merkez alan veya insanın gereksinimlerinin her ne pahasına olursa olsun karşılanmasını esas alan yaklaşımlar Çevre Kanunu'nun 1. maddesinde benimsenen yaklaşıma aykırı olacaktır. HES projeleri bağlamında bir değerlendirme yapacak olursak, insanların enerji, sulama veya diğer ihtiyaçlarının ilgili projelerin gerçekleştirileceği bölgedeki canlıların, ekosistemin veya biyolojik çeşitliliğin varlığı dikkate alınmadan karşılanmaya çalışılmasının Çevre Kanunu'nun 1. maddesine uygun olmayacağını belirtmek gerekir.

Çevrenin korunmasında sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin dikkate alınması gerektiği, Çevre Kanunu'nun 1. maddesinden hareketle varılması gereken diğer bir neticedir. Bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği ise, kanunun 2. maddesinde yer alan tanımlarda ortaya konmaktadır. Sürdürülebilir çevre gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fizikî vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini tanımlarken, sürdürülebilir kalkınma bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi tarif etmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla sürdürülebilirlik, çevrenin korunmasında ve çevreden yararlanmada dikkate alınması gereken temel unsurlardan biridir. Çevre politikası ve hukukunun temel kavramlarından biri olan sürdürülebilir kalkınma ise, şimdiki kuşakların ihtiyaçlarının gelecek kuşakların kendi gereksinim ve beklentilerini karşılayabilme yeteneğini tehlikeye düşürmeden karşılanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Ekonomik, ekolojik ve sosyal gelişmenin ayrılmaz bir şekilde bir bütün oluşturduğundan hareket eden sürdürülebilir kalkınma, ekonomik büyüme ile doğal kaynakların korunması arasında bir denge kurulmasını zorunlu kılmaktadır. Sürdürülebilir kalkınma bu bağlamda, ekosistemlerin taşıma kapasitesini dikkate alan bir ekonomik büyüme modelini hedeflemektedir. Bu açıklamalar ışığında, doğrudukları uzun ve kısa vadeli çevresel, sosyal ve ekonomik sorunlar nedeniyle HES projelerinin sürdürülebilir olduğundan bahsetmenin zor görüldüğünü ifade etmeliyiz. Bu durum, bilhassa HES'lerin

⁵⁷ Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 93 vd.

ekonomik oldukları kadar ekolojik olmamasının ve gelecek kuşakların ihtiyaçlarını yeterince gözetmemesinin bir sonucudur.

Çevre Kanunu'nun 3. maddesinde ise, çevrenin korunmasında dikkate alınacak ilkelere yer verildiği görülmektedir. 3. maddenin a) bendinde çevrenin korunmasının ve çevresel kirliliğin önlenmesinin yurttaşların ve kamusal birimlerin ortak görevi olduğu ifade edilirken, b) bendinde çevrenin korunması ile ilgili faaliyetlerde bakanlık ve yerel yönetimlerin, meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşları ile işbirliği yapacağından bahsedilmektedir. Aynı maddenin e) bendinde ise, çevre politikalarının oluşturulmasında katılım hakkının esas olduğu belirtilerek, bakanlık ve yerel yönetimlerin meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ve vatandaşların çevre hakkını kullanacakları katılım ortamını yaratmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan 3. maddenin e) bendi, çevre hukukunun önemli ilkelerinden biri olan katılım ilkesini güvence altına almaktadır.⁵⁸ Katılım, çevresel kararların demokratik meşruiyetini ve etkililiğini artırmanın yanı sıra, halka idari kararların alınması ve yürütülmesi sürecinde denetleme olanağı sunmakta, devlet idaresinde şeffaflığı artırmakta, ayrıca ilgili idari birimlere kararlarına temel oluşturacak sağlam bilgilere erişme olanağı yaratmakta ve idari kararların yerel koşulların da göz önünde bulundurularak alınmasını sağlamaktadır. Katılım, halkın karar alım sürecine katılımı, planlama sürecine katılımı, yürütme ve uygulama sürecine katılımı, izleme sürecine katılımı, kontrol ve denetleme sürecine katılımı şeklinde gerçekleşebilir. Ülkemizde katılım konusunda yaşanan sıkıntılar, HES projeleri bağlamında da sorunların yaşanmasına neden olmaktadır. Katılım ilkesinin layıkıyla hayata geçirilmemesi, çoğu kez yöre halkı ile proje sahiplerinin karşı karşıya gelmesi sonucunu doğurmakta ve HES projelerinin toplum nezdindeki meşruiyetini şüpheli hale getirmektedir.

Çevre Kanunu'nun 8. maddesinde *Kirletme Yasağı* başlığı altında, çevrenin kirlenmesine ilişkin genel bir yasağa yer verilmiştir. Bunun yanı sıra, kirlenme ihtimalinin bulunduğu hallerde ilgililerin kirlenmeyi önlemekle, kirlenme-

⁵⁸ Bu ilke ile ilgili olarak ayrıca bkz. *Turgut*, Çevre Hukuku, s. 203 vd.; *Keleş/Ertan*, s. 132 vd.

nin meydana geldiği hallerde ise kirletenin kirlenmeyi durdurmak, kirlenmenin etkilerini gidermek veya azaltmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir.

Çevre Kanunu'nun *Çevrenin Korunması* başlıklı 9. maddesinde, çevrenin korunması ile ilgili bazı kurallara yer verilmiştir. Bu maddenin a) bendinde, doğal çevreyi oluşturan biyolojik çeşitlilik ile bu çeşitliliği barındıran ekosistemin korunmasının esas olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin c) bendinde ise, ulusal veya uluslararası mevzuat uyarınca koruma altına alınarak koruma statüsü kazandırılmış alanlar ve ekolojik değeri olan hassas alanların yer aldıkları planlardaki plan kararı dışında kullanılamayacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca e) bendinde, sulak alanların doğal yapılarının ve ekolojik dengelerinin korunmasının esas olduğu ve sulak alanların doldurulması ve kurutulması yolu ile arazi kazanılmasının kural olarak yasak olduğu öngörülmüştür. Bunların yanı sıra f) bendinde, biyolojik çeşitliliğin sürdürülebilirliğinin sağlanması bakımından nesli tehdit veya tehlike altında olanlar ile nadir bitki ve hayvan türlerinin korunmasının esas olduğu hükmüne yer verilmiştir. Son olarak 9. maddenin h) bendinde, ülkemizin deniz, yeraltı ve yerüstü su kaynaklarının ve su ürünleri istihsal alanlarının korunarak kullanılmasının sağlanması ve kirlenmeye karşı korunmasının esas olduğu belirtilmiştir. Bu düzenlemelerden kolayca anlaşılacağı üzere, Çevre Kanunu kamusal birimler veya özel kişiler tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin biyolojik çeşitlilik, ekosistem, nesli tehdit veya tehlike altında bulunan türler, korunan alanlar, su kaynakları ve sulak alanlar bakımından ortaya çıkarabileceği olumsuz etkileri önlemek konusunda idareyi gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılmaktadır. Ortaya çıkardıkları sorunlar dikkate alındığında, Çevre Kanunu'nun 9. maddesinde yer alan bu koruma ödevlerinin HES projeleri bağlamında son derece önemli olduğu ifade edilmelidir.

Çevre Kanunu'nun 10. maddesinde, çevresel etki değerlendirmesine (ÇED) ilişkin bir hükme yer verilmiştir. Modern çevre politikası ve hukukunun en önemli araçlarından biri olan ÇED, çevre üzerinde önemli etkiler doğurabilecek faaliyetlerle ilgili projelerin planlama aşamasından başlayarak faaliyetin inşaat, işletme evreleri ve sona erdirilmesinden sonra ortaya çıkabilecek etkilerinin, proje hakkında karar alınmadan önce bilimsel yöntem ve teknik-

lerle incelenmesi, varsa olumsuz etkilerinin önlenmesi ve gerekli tedbirlerin belirlenmesi, projenin tüm uygulama aşamalarında bu etkilerin ve tedbirlerin izlenmesi ve denetlenmesi süreci olarak tanımlanmaktadır.⁵⁹ ÇED, bir faaliyet ile ilgili karar veren makamlara o faaliyetten doğabilecek çevresel etkileri karar aşamasından önce bildirmek suretiyle daha sağlıklı karar vermesini sağlamaktadır. 10. maddenin 1. fıkrasında, ÇED'e ilişkin genel kurala yer verildiği görülmektedir. Buna göre, gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, çevresel etki değerlendirmesi raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamak zorundadır. 2. fıkrada ise, çevresel etki değerlendirmesi olumlu kararı veya çevresel etki değerlendirmesi gerekli değildir kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemeyeceği ve proje için yatırıma başlanamayacağı ve ihale yapılamayacağı öngörülmüştür. Son olarak 3. fıkrada, ÇED'e tabi projeler ve ÇED'le ilgili usul ve esasların ilgili yönetmelikte düzenleneceği belirtilmiştir. 10. maddede yer verilen hükümlerden yola çıkarak yapılması gereken ilk saptama, kanunun çevresel etkiler doğurabilecek projeler bakımından ikili bir ayrıma gittiğidir. Önemli çevresel etkiler doğurabilecek projeler doğrudan ÇED yükümlülüğüne tabi tutulmuşken, çevresel etkileri daha az önemli olan projeler bakımından proje tanıtım dosyasının hazırlanması gerekmektedir. İlk gruptaki projelerin onaylanması ÇED olumlu kararına, ikinci gruptaki projelerin onaylanması ise ÇED gerekli değil kararına bağlamıştır. Her ne kadar 10. maddenin 3. fıkrası hangi projelerin onayının ÇED olumlu kararına veya ÇED gerekli değildir kararına bağlanacağı noktasında idareye yetki veremekteyse de, ciddi çevresel etkiler doğurabileceği bilinen faaliyetlerin onayının ÇED gerekli değildir kararına bağlanması veya bu faaliyetlerin ÇED'den tümünden muaf tutulması 1. maddede yer alan genel kurala aykırılık oluşturacaktır. Konumuz bağlamında bu hususu somutlaştıracak olursak, bireysel veya kümülatif etkileri itibariyle ciddi nitelikte çevresel sorunlara neden olacağı bilinen belli bir güç kapasitesinin altındaki HES projelerinin yönetmelikle ÇED usulünden muaf tutulması Çevre Kanunu'nun 10. maddesine ve Anayasanın 56. maddesine aykırı olacaktır.

⁵⁹ Bu konuda ayrıca bkz. *Turgut*, Çevre Politikası ve Hukuku, s. 211 vd.

b. Diğer Yasal Düzenlemeler

HES projeleri ile ilgili yasal düzenlemeler bağlamında belirtilmesi gereken ilk husus, doğrudan HES'lere ilişkin bir yasanın henüz mevcut olmadığıdır. Bunun dışında, HES'leri yakından ilgilendiren iki önemli konu olan su politikası ve doğa koruma politikası alanlarında da henüz ulusal yasaların bulunmadığını ifade etmeliyiz. Ulusal çerçeve yasaların henüz kabul edilememiş olması nedeniyle bir kodifikasyon eksikliğinin söz konusu olduğu bu alanlar daha ziyade idarece kabul edilen çok sayıda yönetmelikle düzenlenmektedir. Ancak ülkemiz bakımından hayati önemi haiz bu iki alanın idari işlem niteliğinde olan yönetmeliklerle düzenlenmesi birçok açıdan sakıncalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, su politikası ve doğa koruma politikası alanlarında kabul edilen yönetmelikler çoğunlukla bir sistematikten yoksun olup, birbiriyle çelişen hükümler içerebilmektedir. Ayrıca yönetmelik niteliğindeki bu düzenlemelerin yeterli bir hukuki güvenlik ve istikrardan yoksun olduğu belirtilmelidir. Zira bu düzenlemeler, idare tarafından çok sık ve çoğu kez keyfi olarak değiştirilmektedir. İzlenmesi gereken yol, gerek su politikası gerekse doğa koruma politikası alanlarında öncelikle müstakil çerçeve yasaların kabul edilmesi suretiyle bu alanlar bakımından geçerli olacak temel ilke, esas ve kuralların ortaya konmasıdır. Bunun akabinde, bu kanunlarda yer verilen hükümlerin somutlaştırılmasına yönelik yönetmelikler kabul edilmelidir. Su ve doğa koruma gibi iki hassas alanın henüz yasal bir çerçeve oluşturulmadan yönetmeliklerle düzenlenmesi veya ilgili alanlarda ayrıntılı düzenlemelere yer veren yönetmelikler kabul edildikten sonra yasal düzenlemelerin hazırlanması hukuk politikası açısından ciddi bir tutarsızlık oluşturmaktadır. Bu konuda şu hususun altının çizilmesinde yarar vardır: Ülkemizde uzun bir süreden beri su ve doğa koruma gibi birçok alanda acilen yasal düzenlemelere gereksinim duyulduğunun farklı kesimlerce sıkça dillendirilmesine rağmen henüz bu tür düzenlemelerin kabul edilmemiş olması, HES ve madencilik gibi bazı faaliyetlerin bir süre daha kolayca yürütülmesi anlamına gelmektedir. Zira yönetmeliklerde yer alan düzenlemeler bu tür faaliyetlerin yürütülmesini mümkün olduğunca kolaylaştıran hükümler içermektedir. Su ve doğa koruma konularında kabul edilecek olası yasal düzenlemelerin ise, bu faaliyetler bakımından bazı sınırlamalar getirmesi kuvvetle muhtemeldir.

Doğa koruma alanındaki yasal boşluğun doldurulması amacıyla uzun süren tartışmalardan sonra Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Kanunu Tasarısı adıyla bir kanun tasarısı hazırlanmışsa da, bu tasarının kanunlaşmasını sağlayacak siyasi irade henüz ortaya konmamıştır.⁶⁰ Her ne kadar bu tasarı haklı olarak çeşitli yönlerden eleştirilerin hedefi olmuşsa da,⁶¹ ülkemizde doğa ve biyolojik çeşitliliğin korunması konusunu ele alan hususi bir düzenlemeye ilişkin ciddi bir ihtiyacın var olduğunu ifade etmek gerekir. Avrupa Birliği mevzuatı dikkate alınarak hazırlanacak bir doğa koruma kanununda tabiatın korunması ve tabiatın yararlanması bakımından dikkate alınması gereken esas ve usullerin yanı sıra biyolojik çeşitliliğin korunmasına ilişkin hususlara da yer verilmesi, gerek Türk çevre hukukunun Avrupa Birliği hukukuna yakınlaştırılması gerekse de biyolojik çeşitliliğin korunması alanında uygulamada karşılaşılan problemlerin aşılmasında birçok açıdan olumlu sonuçlar doğuracaktır. Bu tarz bir kanunun yürürlük kazanması durumunda, doğal açıdan önem arz eden alanlarda HES projelerinin gerçekleştirilmesi bakımından önemli kısıtlamalar söz konusu olacağından bu alanlarda bulunan hassas bitki ve hayvan türleri ile bunların yaşam ortamlarının korunmasına önemli bir katkı sunulacaktır.

Doğa koruma ile ilgili olarak belirttiğimize benzer bir durum sular bakımından da geçerlidir. Sular konusunda geçerli olacak temel ilke, esas ve kuralları ortaya koyacak ulusal bir su çerçeve yasasına acilen gereksinim duyulduğu, uzun bir zamandan beri farklı kesimlerce sıkça dile getirilmektedir. Bu ihtiyacın karşılanmasına yönelik olarak, Orman ve Su İşleri Bakanlığı tarafından 2012 yılında *Su Kanunu Tasarısı* adıyla bir kanun tasarısı hazırlanmıştır.⁶² Ancak bu tasarının kanunlaşması henüz sağlanamamıştır. Her ne kadar bu tasarı da çeşitli eleştirilere konu olmuşsa da,⁶³ bilhassa Avrupa Birliği mevzuatını esas alacak bir su çerçeve yasasının birçok bakımdan yararlı olacağını belirtmeliyiz. Bu tür bir yasa, su hukuku alanında geçerli olacak temel kuralları sap-

⁶⁰ <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss297.pdf> internet adresinden sözü edilen tasarıya erişmek mümkündür.

⁶¹ Bu konudaki bir TV programı için bkz. : <http://www.youtube.com/watch?v=2jqy-nKUG-nM> (Seda Yurtcanlı - Tabiatı ve Biyolojik Çeşitliliği Koruma Yasa Tasarısı).

⁶² http://www.zmo.org.tr/resimler/ekler/91297f4216b01bc_ek.pdf?tipi=5&turu=H&sube=0 linkinden sözü edilen tasarıya erişmek mümkündür.

⁶³ Bkz. *Güneş*, Legal Hukuk Dergisi, 2012, C. 19, S. 118, s. 87 vd.

tamanın yanı sıra ülkemizde sular konusunda söz konusu olan mevzuat dağınıklığını da önemli ölçüde giderecektir. Bu tür bir yasa ayrıca, ülkemizde sular alanında halen geçerli olan sektörel yaklaşımın terkedilerek bunun yerine entegre bir yaklaşımın benimsenmesini sağlayabilir. Bu bağlamda, bilhassa Avrupa Birliği'nin Su Çerçeve Yönergesi'nin omurgasını oluşturan havza esaslı yönetim modelinin benimsenmesinin önem arz ettiği ifade edilmelidir. Aynı şekilde bu yasa, günümüzde su idaresi alanında söz konusu olan koordinasyon ve yetki sorunlarının çözümüne de yardımcı olabilir. Suların korunması ve sulardan yararlanmaya ilişkin temel kuralları saptayan, havzaları esas alan bir entegre su yönetimi modelini benimseyen, çevreyle uyumlu ve sürdürülebilir bir su politikasını esas alan ve su yönetiminde katılım ilkesini benimseyen bir su yasasının günümüzde HES projeleri ile ilgili birçok sorunun çözümünde de kilit bir rol oynayacağı açıktır.

HES projeleri bağlamında temas edilmesi gereken diğer bir yasal düzenleme, 2005 yılında kabul edilen ve kısaca Yenilenebilir Enerji Kanunu olarak adlandırılan Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Enerjisi Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun'dur. Öncelikle bu kanunun temel amacının yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretimini desteklemek olduğu belirtilmelidir. Bu amacın gerçekleştirilmesine yönelik olarak, bu kanunda yatırımcılar için önemli nitelikte bazı teşviklere yer verilmiştir. Yenilenebilir enerji kaynak (YEK) belgesine sahip tüzel kişilerce üretilen elektriğin dağıtım şirketleri tarafından alınmasının zorunlu kılınması, bu bağlamda getirilen en önemli teşvik mekanizmalarındandır. Yenilenebilir enerji kaynaklarından üretilmiş elektriğe bu kanunun eki niteliğindeki I sayılı cetvelde yer alan fiyatların on yıl süre ile uygulanacağını belirtilmesi ise, bu bağlamda öngörülen fiyat teşvikidir. Kanunda ayrıca, yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik elde etmeyi amaçlayan tesislerden yatırım döneminde ön inceleme ve master planı gibi konulardan hizmet bedeli alınmayacağı ve Bakanlar Kurulu kararı ile bu tesislerin bazı teşviklerden yararlandırılabilceği öngörülmüştür. Arazi teşvikleri bağlamında ise, yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretenlere orman veya kamu arazilerinden bedel karşılığı yararlanma, bunların kiralanması, irtifak hakkına konu edilmesi gibi haklar tanınmaktadır. Bunun yanı sıra, Bakanlık veya

İlgili koruma kurulunun onayının alınması kaydıyla milli park, tabiat parkı, tabiat anıtı ile tabiatı koruma alanları, özel çevre koruma bölgeleri ve doğal sit alanlarında da yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı elektrik üretim tesislerinin kurulmasına izin verileceği öngörülmüştür. Bu açıklamalar ışığında, öngördüğü kolaylık ve teşviklerle Yenilenebilir Enerji Kanunu'nun ülkemizde HES projelerinin sayısının artışında önemli bir faktör olduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte, ortaya çıkarabilecekleri çevresel etkiler dikkate alınmadan doğal, tarihi veya kültürel açıdan büyük öneme sahip alanlarda HES projelerinin gerçekleştirilmesinin mümkün kılınmasının taraf olduğumuz uluslararası antlaşmaların yanı sıra Anayasanın 56. maddesi ve Çevre Kanunu'nun ilgili düzenlemelerine aykırılık teşkil ettiğini gözden kaçırmamak gerekir.

Elektrik Piyasası Kanunu, HES projeleri ile ilgili olarak değinilmesi gereken diğer bir yasal düzenlemedir. İlk şekliyle 2001 yılında kabul edilmiş olup 2013 yılında tümden yenilenen bu kanun, elektriğin serbest piyasa kurallarına göre değerlendirilmesinin önünü açmıştır. Başka bir deyişle bu kanun, elektriğin üretim, dağıtım ve satımı gibi etkinlikleri devletin tekeline çıkararak özel sektörün de bu alanlarda faaliyette bulunmasının önünü açmıştır. Dikkat çekilmesi gereken ilk nokta, usulüne uygun olarak elde edilmiş bir üretim lisansına sahip olmanın bu kanun uyarınca elektrik üretimi yapabilmenin öncelikli koşulu olduğudur. Bu lisanslar, Elektrik Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından en çok 49 ve en az 10 yıllık süre için verilmektedir. Bununla birlikte, üretim lisanslarına ilişkin ayrıntılı hükümlere 2013 yılında yayınlanan Elektrik Piyasası Yönetmeliği'nde yer verildiğini belirtmeliyiz. Bu yönetmeliğin özellikle 12, 20 ve 43. maddelerinde yenilenebilir enerji kaynaklarından elektrik üretilmesine yönelik tesislere lisans verilmesi konusunda önemli bazı kolaylıklar sağlandığı dikkat çekmektedir. Elektrik Piyasası Kanunu, elektrik piyasasında üretim faaliyetlerinde bulunan özel hukuk tüzel kişilerinin lisansa konu faaliyetleri için gereksinim duyduğu taşınmazlardan özel mülkiyette bulunanların kamulaştırılmasını da mümkün kılmaktadır. Bu lisanslara sahip olanlara ayrıca, orman veya kamu arazilerinden bedel karşılığı yararlanma, bunların kiralanması, irtifak hakkına konu edilmesi gibi haklar da tanınmaktadır.

c. Yasaaltı Düzenlemeler

aa) Su Kullanım Hakkı Anlaşması Yönetmeliği

HES projeleri bağlamında yasaaltı düzeyde bilhassa iki yönetmeliğin önem arz ettiği belirtilmelidir. Bunlardan ilki, 2003 yılında yayınlanan Su Kullanım Hakkı Anlaşması Yönetmeliğidir.⁶⁴ Su kullanım hakkı anlaşması, DSİ ve HES'lerden elektrik üretmeyi amaçlayan şirket arasında akdedilen bir sözleşme olup, su kullanımına ilişkin işletme esaslarına ve DSİ'ye ödenecek bedele ilişkin hükümlere yer vermektedir. Su kullanım hakkı anlaşması, idari sözleşmeler bağlamında kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri kategorisinde yer almaktadır.⁶⁵ Dolayısıyla, su kullanım hakkı anlaşmasında imtiyaz veren idare ve imtiyaz sahibi şirketin ilgili yönetmelikte yer alanlar dışında da genel nitelikte bazı yükümlülük, yetki ve hakları söz konusudur.⁶⁶

Su Kullanım Hakkı Anlaşması Yönetmeliği uyarınca, DSİ ile su kullanma hakkı anlaşmasının akdedilebilmesi için öncelikle ilgili şirketin Elektrik Piyasası Kanunu hükümlerine göre EPDK'dan bir üretim lisansı almış olması gerekir. Yönetmeliğin 11. maddesinde ayrıca, su kullanım hakkı anlaşmasının lisans süresince ve lisansın yürürlükte olduğu sürece geçerli olacağı, lisansın yenilenmesi, sona ermesi, iptali halinde su kullanım hakkı anlaşmasının hükümsüz kalacağı belirtilmiştir. Lisansın yenilenmesi halinde ise, mevcut su kullanım hakkı anlaşması eski hak ve mükellefiyetleri ile yenilenecektir. Elektrik Piyasası Kanunu'nda üretim lisanslarının en çok 49 en az 10 yıllık süreyle verilebileceği öngörüldüğünden dolayı, su kullanım hakkı anlaşmaları da 49 ve 10 yıl arasında değişen süreler için yapılabilecektir. Bunun yanı sıra yönetmeliğin 12. maddesinde, ilgili tesis için alınmış ÇED olumlu kararı veya ÇED gerekli değildir kararı ibraz edilmedikçe ilgili şirketle su kullanım hakkı anlaşmasının imzalanmayacağı ifade edilmiştir. Can suyu, yönetmelikte ele alınan diğer bir konudur. 4. maddede "*doğal hayatın devamı için mansaba bırakıla-*

⁶⁴ Tam adı: Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik

⁶⁵ Bu sözleşme tipi ile ilgili olarak ayrıca bkz. *Gözler/Kaplan*, İdare Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Bursa 2012, s. 559 vd.

⁶⁶ Bkz. *Gözler/Kaplan*, s. 563 vd.

çak su miktarı projeye esas alınan son on yıllık ortalama akımın en az %10'u olacaktır” hükmüne yer verilmek suretiyle, HES’lerden bırakılacak can suyu için % 10’luk asgari bir değer saptanmıştır. Ancak yönetmelikte asgari olarak belirlenen bu oranın ülkemizde çoğunlukla can suyu olarak verilen değer olduğunu vurgulamalıyız. Daha önce de işaret ettiğimiz üzere, bu oran birçok akarsu yatağındaki canlı yaşamının devamını sağlama bakımından yetersizdir ve içme, sulama ve balıkçılık gibi ihtiyaçları da karşılamaktan genellikle çok uzaktadır.

bb) Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği

Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği, HES projeleri ile ilgili olarak değinilmesi gereken diğer bir düzenlemedir. Öncelikle halen yürürlükte olan 3 Ekim 2013 tarihli ÇED Yönetmeliği’nden evvel, sırasıyla 1993, 1997, 2002, 2003 ve 2008 yıllarında yayınlanan yönetmeliklerin yürürlükte olduğunu belirtmeliyiz. Yönetmeliklerin bu denli hızlı bir şekilde değiştirilmesi, esasen ülkemizde ÇED uygulamaları bağlamında ciddi bazı sorunların varlığına işaret etmektedir. Ayrıca hemen hemen tüm yeni yönetmeliklerde, eskisine göre geriye gidiş niteliğinde olan birtakım değişikliklerin getirildiğini ifade etmek gerekir. Bunun haricinde ülkemizde, ÇED’e tabi olacak proje sayısının mümkün olduğunca azaltılmasına veya stratejik bazı projelerin kapsam dışı bırakılmasına yönelik genel bir eğilimin varlığı göze çarpmaktadır. En son Mayıs 2013’de Çevre Kanunu’nun geçici 3. maddesinde yapılan değişikliklerle, 3. Köprü, Gebze-İzmir Otoyolu ve Akkuyu Nükleer Santrali gibi bazı projelerin ÇED’den muaf tutulmasının önü açılmıştır. Ancak, bu tür düzenlemelerin Anayasanın 56. maddesine aykırılık oluşturduğu ifade edilmelidir. Zira Anayasa Mahkemesi 15 Ocak 2009 tarihinde verdiği kararında, Çevre Kanunu’na 2006 değişiklikleri ile eklenen “*Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.*” ibaresini de Anayasanın 56. maddesine aykırı bularak iptal etmiş idi.

Diğer taraftan, ülkemizde ÇED’in ilgili projelerin onay sürecinde çoğunlukla basit bir formaliteden ibaret görülerek, bu sürecin hak ettiği ciddiyetten ve özenden uzak bir şekilde yürütüldüğü belirtilmelidir. İlk ÇED yönetmeli-

ğinin yürürlüğe girdiği 1993 yılından 2012 yılına kadar ÇED'e tabi tutulan toplam 2.829 projeden yalnızca 32'si hakkında ÇED olumsuz kararı verilmiş olması,⁶⁷ neredeyse isteyen herkesin kolayca ÇED olumlu kararı alabileceğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır. ÇED'in çevrenin korunmasında etkili bir araç işlevi görebilmesinin en önemli koşullarından biri, ÇED raporlarının ehil kişi veya kurumlarca objektif bir şekilde hazırlanmasıdır. Oysa ülkemizde HES projeleri dâhil olmak üzere birçok projenin ÇED raporunun ilgili alanda yeterliliğe sahip olmayan kişilerce gerekli özen ve objektiflikten uzak bir şekilde hazırlandığı bilinmektedir. Aynı şekilde, katılım da etkili ve objektif bir ÇED'in en önemli unsurlarından biridir.⁶⁸ Ancak halkın ÇED sürecinden mümkün olduğunca dışlanması veya sadece göstermelik olarak gerçekleştirilmesi nedeniyle, ülkemizde katılımın kendinden beklenen işlevleri yerine getirmekten uzak olduğu ifade edilmelidir.

ÇED Yönetmeliği, ÇED'i gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmalar olarak tanımlanmaktadır. Bunun dışında yönetmelik, ÇED usulüne tabi olacak projeler bakımından listeleme yöntemini benimsemiştir. Buna göre, ÇED uygulanabilecek projeler iki ayrı listede toplanmıştır. ÇED uygulanmasının zorunlu olduğu EK-I'de yer alan projeler için kural olarak ÇED raporu hazırlanacaktır. Yetkili makamın bu rapora dayanarak vereceği ÇED olumlu kararının alınması halinde ilgili proje hayata geçirilebilecektir. EK-II'de yer alan projeler ise, seçme-eleme kriterlerine tabi kılınmıştır. Bu projeler doğrudan ÇED'e tabi olmayıp, bunlara ilişkin proje tanıtım dosyası hazırlanması gerekmektedir. Proje tanıtım dosyası esas alınarak yetkili makamca ÇED gereklidir kararının verildiği hallerde, EK-II'de yer alan projelere ÇED usulü uygulanacaktır.

⁶⁷ <http://www.csb.gov.tr/db/ced/webicerik/webicerik557.pdf>

⁶⁸ *Turgut, Çevre Politikası ve Hukuku*, s. 226 vd.

ÇED Yönetmeliği'nin ekleri dikkate alındığında, kurulu gücü 25 MWm ve üzeri olan HES'lerin EK-I'de, kurulu gücü 1-25 MWm arasında olan HES'lerin ise EK-II'de gösterildiği görülmektedir. Dolayısıyla, kurulu gücü 25 MWm ve üzeri olan HES'ler hakkında ÇED usulünün uygulanması zorunludur. 1-25 MWm arasında olan HES'ler ise, seçme-eleme kriterlerine tabi olup bunlara ilişkin olarak proje tanıtım dosyası hazırlanacaktır. Dikkat çekilmesi gereken diğer bir nokta, 2002 yılına kadar yalnızca kurulu gücü 50 MWm ve üzeri olan HES'lerin yönetmeliklerin EK-I'inde yer aldığı, 2002-2008 yılları arasında kurulu gücü 10-49 MWm arası olan HES'lerin yönetmeliklerin EK-II'sine girdiği ve 2008 yılından itibaren ise günümüzde geçerli olan eşiklerin yönetmeliklerin eklerinde esas alındığıdır. Dolayısıyla, 1993 yılından günümüze kurulu gücü 50 MWm'nin altında olan birçok HES projesi ÇED prosedürüne tabi tutulmadan hayata geçirilmiştir. Altının çizilmesi gereken diğer bir husus, kurulu güçlerine bakmaksızın tüm HES'ler için ÇED zorunluluğunun öngörülmesinin yararlı olacağıdır. Zira ÇED sürecinde çoğunlukla HES'lerin yalnızca işletim aşamasında ortaya çıkarabileceği çevresel etkiler dikkate alınmaktadır. Oysa daha önce de ifade ettiğimiz üzere, HES'ler inşaat aşamasında da birçok çevresel sorunu kendileriyle birlikte getirmektedir. Bunun yanı sıra, HES'lerin yapımı için ihtiyaç duyulan yolların açılması ve üretilecek elektriğin iletimi için gereksinim duyulan enerji nakil hatlarının kurulması nedeniyle ortaya çıkabilecek olumsuz etkiler de ÇED raporlarında ele alınmamaktadır. Ülkemizdeki HES projeleri bağlamında dikkat çekilen diğer bir sorun, ÇED raporlarında yalnızca tek tek HES projelerinin çevresel etkilerinin ele alındığıdır. Özellikle Karadeniz Bölgesi'nde gerçekleştirilen projelerde aynı akarsu üzerinde kurulan HES sayısının çoğu kez birden çok olduğu düşünüldüğünde, ÇED raporlarında sadece bir HES projesinin doğuracağı etkilerin ortaya konarak söz konusu akarsu veya havza bazında oluşacak toplam etkinin görmezden gelinmesinin çevresel etkilerin objektif bir şekilde değerlendirilmesi açısından sıkıntı yaratacağı açıktır. Bilhassa aynı akarsu üzerinde kurulan ardışık HES projelerinin ekosistem, havza ve su kaynakları üzerinde ortaya çıkarabileceği çevresel etkilerin bütüncül bir yaklaşımla daha doğru bir biçimde değerlendirilmesi için bu bağlamda, ÇED'in yanı sıra kümülâtif etki değerlendirmesi

(KED) yönteminin de uygulanmasının daha sağlıklı olacağı ifade edilmiştir.⁶⁹

V. SONUÇ VE GENEL DEĞERLENDİRME

Gelişmekte olan bir ülke olan Türkiye’de artan enerji talebinin karşılanması ve enerjide dışa bağımlılığın azaltılması amacıyla son yıllarda hidroelektrik enerjisine büyük bir yönelim söz konusudur. Bu doğrultuda, ülkemizin farklı yerlerinde çok sayıda HES projesi hayata geçirilmiş veya hayata geçirilmeyi beklemektedir. Son yıllara ilişkin istatistikler göz önünde bulundurulduğunda, ülkemizde tabiri caizse bir HES çılgınlığının yaşandığı belirtilmelidir. HES projelerine yönelik son zamanlarda gözlemlenen talebi, yenilenebilir bir enerji türü olan hidroelektriğin diğer enerji türlerine göre daha kolay ve ekonomik elde edilmesi ile açıklamak mümkündür. Bunun haricinde, ülkemizde uygulanan enerji politikaları ve yürürlükteki hukuki düzenlemelerin de HES’leri cazip hale getirdiği gözden kaçırılmamalıdır. HES’leri savunan kesimler, yenilenebilir, güvenli, verimli, çevreyle uyumlu, yerli ve ucuz bir kaynak olarak enerjide dışa bağımlılığı azaltacak bir alternatif olması nedeniyle hidroelektrik enerjiye öncelik verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bu kesimlerce savunulan görüş kısmen doğru olmakla birlikte, HES’lerin kendileriyle birlikte ekolojik, ekonomik, sosyal ve kültürel birçok sorunu da getirdiğini göz ardı etmemek gerekir. Çoğu zaman ciddi nitelik taşıyan bu sorunlar, HES projeleri konusunda dikkatli davranılmasını gerekli kılmaktadır. Zira enerji konusundaki gereksinimlere öncelik verilerek HES’lerin ortaya çıkarabileceği ekolojik, ekonomik, sosyal ve kültürel sorunların görmezden gelinmesi, ülkemizi gelecekte ciddi bazı sıkıntılarla karşı karşıya getirebilir. Bu bakımdan, öncelikle ülkemizin sahip olduğu olanak ve önceliklerin objektif bir biçimde saptanmasının gerektiği ifade edilmelidir. HES projelerine ilişkin kararlar ise, bu projelerin olumlu ve olumsuz yönleri dikkate alınarak, bu olanak ve önceliklerin kapsamlı ve çok boyutlu bir şekilde değerlendirilmesi suretiyle alınmalıdır. Bu noktada, HES’lere tümünden karşı çıkmanın gerçekçi bir tavır olmayacağını belirtmeliyiz. Bunun yerine, fevkalade hassas ve çok yönlü bir konu olması nedeniyle HES’lere ilişkin kararların bütüncül bir değerlendirmeye titiz bir bi-

⁶⁹ Bobat, s. 17; Kurdoğlu/Özalp, s. 698; Ürker/Çobanoğlu, s. 84; Okumuşoğlu, s. 22.

çimde alınması gerekmektedir. HES'leri tümünden reddeden yaklaşımların yanı sıra enerji gereksinimlerin karşılanmasını her şeyin üstünde tutan anlayışın da savunulamaz olduğunu belirtmek gerekir. Önemli olan enerji, ekoloji, ekonomi ve sosyal konulardaki gereksinimler arasında makul bir denge kurmaktır.

HES'lerin çevresel açıdan bilhassa su kaynakları ve sucul ekosistemler ile doğa ve biyolojik çeşitlilik üzerinde olumsuz etkiler doğurduğu bilinmektedir. Bu husus, ülkemiz bakımından özellikle önem taşımaktadır. Doğa ve biyolojik çeşitlilikten başlayacak olursak, ülkemizin gerek bitki gerekse hayvan türleri açısından ciddi bir zenginliğe sahip olduğu belirtilmelidir.⁷⁰ Dünyadaki otuz yedi farklı flora bölgesinden üçünün bulunduğu Türkiye'de yaklaşık 9.000 bitki türü vardır. Bu bitki türlerinin takriben 3.000 tanesi endemiktir, yani ülkemize hastır. Tüm Avrupa kıtasında ise, 2.750 tanesi endemik olmak üzere 12.000 bitki türü yaşamaktadır. Bu açıdan bakıldığında, Türkiye'nin bitkisel zenginlik bakımından Avrupa kıtası ile kıyaslanabilecek seviyede olduğu görülür. Bunun yanı sıra Türkiye, 120 memeli, 400'ü aşkın kuş türü, 130 kadar sürüngen, 400'e varan balık, 80.000'e yakın böcek türü ile fauna açısından da oldukça zengin bir ülkedir. Türkiye ayrıca, kuş göç yolları üzerinde bulunması nedeniyle pek çok kuş türü için anahtar ülke konumundadır. Sular konusunda dikkat çekilmesi gereken ilk nokta ise, iddia edilenin aksine ülkemizin su zengini bir ülke olmadığıdır. Uluslararası kriterlere göre, yıllık kişi başına düşen kullanılabilir su miktarı 10.000 metreküpten fazla ülkeler su zengini, 10.000-3.000 metreküp arasındakiler kendi kendine yeten, 3.000-1.000 metreküp arasındakiler su kıtlığı yaşayan ve yıllık kişi başına 1.000 metreküpten daha düşük potansiyele sahip ülkeler ise su fakiri ülkeler olarak nitelenmektedir.⁷¹ Türkiye'de son yirmi yılda kişi başına düşen su miktarı, 4.000 metreküpten 1.519 metreküpe gerilemiş durumdadır. Bu bakımdan, ülkemizin şuan su kıtlığı yaşayan ülkelerden olmakla birlikte adım adım su fakiri olmaya doğru yol aldığı ifade edilmelidir. Önümüzdeki yirmi yılda nüfusumuzun 100 milyona yaklaşacağı ve küresel iklim değişikliğinin en önemli sonuçlarından biri olan

⁷⁰ Bu konuda ayrıca bkz. *Demirayak*, *Biyolojik Çeşitlilik-Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma*, s. 5 vd.

⁷¹ *WWF*, 10 Soruda Hidroelektrik Santraller, s. 15.

kuraklığın önümüzdeki yıllarda ülkemizin de bulunduğu kuşağı daha ciddi bir biçimde etkileyeceği düşünüldüğünde, Türkiye'nin gelecekte ciddi bir su sıkıntısı yaşayacağı tahmin edilmektedir. Bu durum, su kaynaklarının yönetimi ve kullanımını ülkemiz bakımından stratejik bir konu haline getirmektedir. Tüm bu açıklamalardan hareketle, HES projelerine ilişkin kararların alınması sürecinde ülkemizin gerek doğal ve biyolojik çeşitlilik gerekse su kaynakları açısından içinde bulunduğu kritik konumun dikkatli bir şekilde göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmek gerekir.

HES projeleri ile ilgili olarak gerek ulusal mevzuatımızda gerekse taraf olduğumuz uluslararası antlaşmalarda önemli bazı hükümler bulunmaktadır. Ulusal mevzuatımız bakımından birtakım eksiklikler söz konusu olsa da, mevcut düzenlemelerin de layıkıyla uygulandığından söz etmek pek mümkün değildir. Devlet Anayasasının 56. maddesiyle kendine yüklenen çevre koruma ödevini yerine getirmek yerine, HES projelerinin projelerin hayata geçirilmesini kolaylaştıracak düzenlemeler kabul etme yoluna gitmektedir. Bu durum, ekolojik, ekonomik ve sosyal gereksinimler arasında makul bir denge kurmak yerine enerji odaklı bir politika benimsendiğini göstermektedir. “Her ne pahasına olursa olsun enerji” anlayışının hâkim kılınmak istendiği ülkemizde, enerji elde edilmesinin söz konusu olduğu hallerde ormanların tahribi veya derelerin susuz bırakılması şeklinde ortaya çıkan ölçsüz çevresel müdahalelere veya tarihi değerlerin yok olmasına kamusal makamlar çoğunlukla sessiz kalmaktadır. Bu tarz bir yaklaşım, Anayasamızda öngörülen hükümlere uymadığı gibi Çevre Kanunu'nda ifadesini bulan temel ilkelere de aykırıdır. HES projelerine ilişkin hukuki çerçeve bağlamında vurgulanması gereken konuların başında, gerek su gerekse doğa koruma alanlarına ilişkin temel kanunların kabul edilmesinin HES'ler konusunda gümümüzde yaşanan sorunların çözümü bakımından hayati öneme sahip olduğudur. Ayrıca bu kanunlarda ve diğer hukuki düzenlemelerde, bütüncül havza planlaması, kümülatif etki değerlendirilmesi, stratejik çevresel değerlendirme ve koruma-kullanma dengesi gibi hususlara yer verilmesi isabetli olacaktır. Bunların haricinde, ülkemizde ÇED uygulamaları konusunda yaşanan sorunların acilen çözüme kavuşturulması amacıyla mevcut düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Ulusal

hukukumuzdaki boşluk ve eksikliklerin doldurulmasında ise, özellikle Avrupa Birliği mevzuatından yararlanmak yerinde olacaktır. Bunların yanı sıra, yurttaşların Anayasanın 56. maddesinde öngörülen çevre hakkını kullanabilmesini mümkün kılacak usuli hakların güvence altına alınması fevkalade önem arz etmektedir. Bu bağlamda, bilhassa çevresel demokrasinin temel unsurlarından biri olan katılımın etkinleştirilmesinin ülkemiz bakımından önem taşıdığı ifade edilmelidir. Ülkemizde ayrıca, HES'lerin denetimi konusunda ciddi sorunlar söz konusudur. İşletme evresindeki HES'lerin ruhsatlarında veya ilgili mevzuatta öngörülen yükümlülüklerle riayet edip etmediğinin sıkı bir şekilde denetlenmesi gerekmektedir.

İşaret edilmesi gereken diğer bir nokta, çevrenin korunmasında kamu yararının bulunduğu çoğu kez görmezden gelindiğidir. Gerek Danıştay gerekse Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli zamanlarda verdiği kararlarda da çevrenin korunmasında üstün bir kamu yararının bulunduğu vurgulanmıştır.⁷² Farklı nitelikte iki kamu yararının karşı karşıya geldiği durumlarda kural olarak üstün nitelikli olan kamu yararının esas alınması gerektiği düşünüldüğünde, çevre koruma gerekleri ve enerji gereklerinin çatıştığı durumlarda çevrenin korunmasına öncelik verilmesi gerekir. Bunların haricinde, su kullanım hakkı anlaşması akdedilmek suretiyle kamuya ait olan su kaynakları üzerinde özel şahıslara 49 yıl gibi uzun bir süre için sudan yararlanmaya ilişkin bazı temel haklar tanınmasının kamusal menfaatlere uygun olduğu konusunda ciddi şüpheler bulunmaktadır. İnsanların ve diğer canlıların yaşamını devam ettirebilmesi açısından zorunlu bir çevresel unsur olan su üzerinde şirketler lehine adeta özel mülkiyetin tesis edilmesi, Anayasaya uygunluk açısından da sorgulanmaya değerdir. Diğer yandan, kritik bir öneme sahip su alanında enerji gereklerinin içme, sulama ve kullanma gibi diğer yararlanma biçimlerinin önüne çıkarılarak suların kontrolünün esasen kâr etme güdüsüyle hareket eden özel şirketlerin eline verilmesi de Anayasada devlet teşkilatlanmasına ilişkin olarak öngörülen temel ilkelere aykırılık oluşturmaktadır. Yapılması gereken, kamusal yarar ve özel yarar arasındaki ince çizginin ortaya konarak kamusal

⁷² Bu konuda ayrıca bkz. *Mengi/Duru, Kamulaştırmanın Çevreye Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme*, s. 4 vd.

menfaatlerin zorunlu kıldığı alanlarda münhasıran kamusal makamların faaliyette bulunmasını sağlamaktır.

Kamusal politikalar bağlamında belirtilmesi gereken bir husus, farklı politika alanları arasında uyum ve dengenin sağlanmasının her bir politika alanının sorunsuz bir şekilde yürütülmesi açısından gereklilik arz ettiğiidir. Bu bakımdan, çevresel, tarihi, kültürel, ekonomik ve sosyal gerekleri görmezden gelen bir enerji politikasının uzun vadede devam ettirilmesi mümkün görünmemektedir. Enerji politikalarının hayata geçirilmesi sürecinde, bu bağlamda bilhassa ekosistemlerin taşıma kapasitesinin dikkate alınması gerekmektedir. Başka bir deyişle, doğal kaynakların kullanılırken korunması da gerektiği göz ardı edilmemelidir. Doğal kaynakların tek taraflı ve sürdürülebilir olmayan biçimde kullanılması veya dönüştürülmesi, ekolojik dengeyi bozduğu gibi insanların yaşamını devam ettirebilme olanaklarını da tehlikeye sokmaktadır. Bu noktada, enerji politikalarının sürdürülebilir ve rasyonel su ve doğa koruma politikalarını esas alması gerekmektedir. Doğurduğu çevresel sonuçlar dikkate alındığında, ülkemizde halen hâkim olan HES odaklı yenilenebilir enerji politikasının terk edilerek farklı yenilenebilir enerji kaynaklarına uygun bir ağırlık verilmesi yararlı olacaktır. Bunun dışında, enerjide tasarrufu sağlayacak tedbirlere başvurulmasının da toplam enerji gereksinimi üzerinde belirleyici olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akkaya, Uğur/ Gültekin, Arzuhan Burcu/ Dikmen, Çiğdem Belgin/ Durmuş, Gökhan: Baraj ve Hidroelektrik Santrallerin (HES) Çevresel Etkilerinin Analizi : Ilısu Barajı Örneği, 5. Uluslararası İleri Teknolojiler Sempozyumu (IATS'09), 13-15 Mayıs 2009, Karabük

Atılğan, Elvan/ Soğuksulu, Şeref /Aslan, Hasan: Hidroelektrik Santrallerinin Çevreye Etkileri ve Bu Etkilerin Azaltılmasına Dair Öneriler: Trabzon İli Örneği, Yunus Araştırma Bülteni, 2011(4), s. 7 vd.;

Bacanlı, Ülker: Türkiye'de Enerji Kaynakları ve Hidroelektrik Enerjinin Öne-

mi (http://www.dektmk.org.tr/pdf/enerji_kongresi_10/UlkerGunerBacanli.pdf)

Bobat, Alaeddin: HES Projelerinde 3E İlişkileri (<http://www.dektmk.org.tr/up-resimler/enerjikongresi12/7-AlaeddinBobat.pdf>)

Demirayak, Filiz: Biyolojik Çeşitlilik - Doğa Koruma ve Sürdürülebilir Kalkınma (http://www.tubitak.gov.tr/tubitak_content_files/vizyon2023/csk/EK-14.pdf)

Devlet Su İşleri (DSİ): 2012 Faaliyet Raporu (<http://www.dsi.gov.tr/docs/strategik-plan/dsi-2012-faal%C4%B1yet-raporu.pdf?sfvrsn=2>)

Devlet Su İşleri (DSİ): Çevre ve Temiz Enerji: Hidroelektrik (http://www.ybtenerji.com/uploads/9/7/5/9/9759145/cevre_temiz_enerji.pdf)

Epiney, Astrid: Umweltrecht in der Europäischen Union, 3. Auflage, Baden-Baden 2013

Erbguth, Wilfried/ Schlacke, Sabine: Umweltrecht, 4. Auflage, Baden-Baden 2012

Giesecke, Jürgen/ Mosonyi, Emil: Wasserkraftanlagen, 5. Auflage, Berlin 2009

Gözler, Kemal/ Kaplan, Gürsel: İdare Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Bursa 2012

Güneş, Ahmet M.: Avrupa Birliği Çevre Hukuku, İstanbul 2011

Güneş, Ahmet M.: Su Kanunu Tasarısı Taslağı Üzerine Düşünceler, Legal Hukuk Dergisi, 2012, C. 19, S. 118, s. 87 vd.

Güneş, Ahmet M.: Uluslararası Çevre Hukuku Üzerine Bir İnceleme, İÜHFİM, 2012, S. 1, s. 83 vd.

Güneş, Ahmet M.: Aarhus Sözleşmesi üzerine Bir İnceleme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010, C. XIV, s. 299 vd.

Kaboğlu, İbrahim: Çevre Hakkı, 3. Baskı, Ankara 1996

Keleş, Ruşen/ Ertan, Birol: Çevre Hukukuna Giriş, Ankara 2002

Kurdoğlu, Oğuz/ Özalp, Mehmet: Nehir Tipi Hidroelektrik yatırımlarının Yasal Süreç, Çevresel Etkiler, Doğa Koruma ve Ekoturizmin Geleceği Kapsamında Değerlendirilmesi, III. Ulusal Karadeniz Ormanlık Kongresi, C. II, s. 688 vd.

- Kuzu, Burhan:** Sağlıklı ve Dengeli Bir Çevrede Yaşama Hakkı, İstanbul 1997
- Laskowski, Silke R.:** Das Menschenrecht auf Wasser, Tübingen 2010
- Mengi, Ayşegül/ Duru, Bülent:** Kamulaştırmanın Çevreye Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme (<http://kentcevre.politics.ankara.edu.tr/Duru%20Mengi%20kamulastirma%2019Ekim.pdf>)
- Meßerschmidt, Klaus:** Europäisches Umweltrecht, München 2011
- Okumuşoğlu, Yakup Şekip:** Hidroelektrik Santraller (HES) ve Çevresel Etkileri, Güncel Hukuk Dergisi, 2013, s. 22.
- Özdek, Yasemin E.:** Çevre hakkı, Ankara 1993
- Pazarıcı, Hüseyin:** Uluslararası Hukuk, Ankara 2003
- Sparwasser, Reinhard/ Engel, Rüdiger/ Voßkuhle, Andreas:** Umweltrecht, 4. Auflage, Heidelberg 2003
- Şirin, Tolga:** Suyun İnsan Hakkı Olarak Değeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2010, C. 16, S. 3-4, s. 85 vd.
- Topçu, Eral:** Bir İnsan Hakkı Olarak Su hakkı, İnsan Hakları Yıllığı, 2008, s. 15 vd.
- Turgut, Nükhet:** Çevre Politikası ve Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012
- Turgut, Nükhet:** Çevre Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001
- Ürker, Okan/ Çobanoğlu, Nesrin:** Türkiye’de Hidroelektrik Santrallerin Durumu (HES’ler) ve Çevre Politikaları Bağlamında Değerlendirilmesi, Ankyra: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2012, s. 65 vd.
- World Wide Fund for Nature (WWF):** 10 Soruda Hidroelektrik Santraller (http://awsassets.wwftr.panda.org/downloads/10_soruda_hidroelektrik_santraller_web.pdf)
- Yazar, Yusuf:** Türkiye’nin Enerjideki Durumu ve Geleceği (<http://arsiv.setav.org/ups/dosya/58085.pdf>)
- Yokuş Sevük, Handan:** Çevre Hukuku, Ankara 2013

ELEKTRONİK ORTAMDA HAKSIZ REKABET

Electronic Unfair Competition

Yrd. Doç. Dr. Armağan Ebru BOZKURT YÜKSEL*

ÖZET

Teknolojide yaşanan gelişmeler her alanı etkilediği gibi ticaret hayatını da etkilemektedir. Rekabetin artması nedeniyle rekabette öne geçmek isteyenlerin teknolojiden ve özellikle İnternet'ten¹ faydalanmak istedikleri görülmektedir. Hızlı ve ucuz bir iletişim yolu olan İnternet'in aynı zamanda işletmelerin ürün ve hizmetleri için bir pazar oluşturması söz konusudur. Pek çok işletme İnternet üzerinden ticaret (e-ticaret) yapmaktadır².

İnternetin pazarlama aracı olarak kullanılması sürecinde bazı davranışların haksız rekabet oluşturması söz konusu olabilmektedir³. Sürekli gelişen teknoloji nedeniyle her gün yeni haksız rekabet hallerinin ortaya çıkabilmesi mümkündür. İnternet ortamında hangi uygulamaların haksız rekabet oluşturacağı belirlenmesi bunlara karşı başvurulabilecek hukuki yollar bakımından önem kazanmaktadır.

Bu çalışmada 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabete ilişkin hükümler İnternet'te gerçekleşebilecek haksız rekabet halleri bakımından ele alınmıştır. Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda haksız fiil nedeni ile sorumlu olacakları belirtilen bilişim kuruluşlarına da değinilecektir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, İşletme Bölümü, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, armagan.bozkurt@deu.edu.tr

¹ Bu çalışmada İnternet kelimesinin ilk harfi özel isim olması nedeni ile büyük yazılmıştır. İnternet, birbirine bağlı bilgisayar ağları kelimelerinin kısaltmasıdır. <http://www.internetnedir.net/internet-nedir-ne-degildir.html> (22.03.2014); Türk Dil Kurumu, İnternet kelimesinin karşılığı olarak genel ağ demektedir. http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.532d6546391588.13289333 (22.03.2014).

² “Elektronik ticaret ya da kısaca e-ticaret, 1995 yılından sonra İnternet kullanımının artmasıyla ortaya çıkan, ticaretin elektronik ortamda yapılması kavramıdır. Mal ve hizmetlerin üretim, tanıtım, satış, sigorta, dağıtım ve ödeme işlemlerinin bilgisayar ağları üzerinden yapılmasıdır. Elektronik ticaret, ticari işlemlerden biri veya tamamının elektronik ortamda gerçekleştirilmesi yoluyla reklam ve pazar araştırması, sipariş ve ödeme, teslimat olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır.” http://tr.wikipedia.org/wiki/Elektronik_ticaret (12.06.2013).

³ OKAN Neval, “İnternette Haksız Rekabet”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, Y.2011, s.125.

Anahtar Kelimeler: İnternette Haksız Rekabet, Elektronik Ticaret,

ABSTRACT

Developments in technology affects commercial life as it does in every area of life. Since the competition is increasing, it can be seen that who wants to get ahead in competition wants to benefit from the Internet. Internet as a fast and an economic way of communication constitutes a market for the businesses' goods and services. Many businesses take place in e-commerce.

During the process using the Internet as a marketing way, some kinds of behaviours may constitute unfair competition. As we see the continuously development of technology it is possible to come up new unfair competition behaviours every day. Determining which behaviours constitute unfair competition on the Internet becomes important for applying legal remedies against these behaviours.

In this study, the articles on unfair competition of Turkish Commercial Code numbered 6102 has been evaluated in the context of unfair competition on the Internet. The computing bases which have been mentioned responsible from unfair competition in new Turkish Commercial Code have been assessed as well.

Key Words: Internet Unfair Competition, Electronic Commerce

◆◆◆◆

GİRİŞ

Ticaret hayatında rekabetin, kalitenin artması ve fiyatların düşürülmesi bakımından olması gereklidir. Ancak rekabet kişinin kendi emeğine ve çabasına dayanmalıdır. Rekabetin dürüstlük kurallarına uygun olarak ve kötüye kullanılmadan yapılması gerekir⁴.

İşletmeler rekabette öne geçmek için bugün teknolojinin getirdiği imkânlardan özellikle de İnternet'ten faydalanmaktadır. Elbette tekniğin getirdiği olanaklardan her alanda olduğu gibi ticaret alanında da yararlanılacaktır. Ancak bu noktada elektronik ortamda haksız rekabet teşkil eden davranışlar gündeme gelmektedir.

⁴ ARKAN Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 15.B., Ankara 2011, s.307.

İnternet, bir bilgi kaynağı olmanın yanı sıra ürün ve hizmetler için küresel alanda bir pazar da oluşturmaktadır. İnternet sayesinde şirketler ve hatta küçük işletmeler bile geniş bir kitleye ürünlerini satabilme imkânını elde etmektedir⁵. Dolayısıyla İnternet elektronik ticaret için de kullanılmaktadır. Elektronik ticaret “mal ve hizmetlerin üretim, tanıtım, satış, sigorta, dağıtım ve ödeme işlemlerinin bilgisayar ağları üzerinden yapılmasıdır” şeklinde tanımlanmaktadır⁶. Elektronik ticaret üç aşamadan oluşmaktadır. Bunlar; ticari işlemlerden biri veya tamamının elektronik ortamda gerçekleştirilmesi yoluyla reklam ve pazar araştırması, sipariş ve ödeme ile teslimdir⁷. Elektronik ticaret sırasında da işletmeler arasında rekabet vardır ve işletmeler öne geçmek için çeşitli pazarlama⁸ stratejileri geliştirmektedir⁹. İşte elektronik ticaret sırasında haksız rekabetin gündeme gelmesi söz konusu olmaktadır. Hız, günümüzde çok önemli boyutlara gelmiştir. İşletmelerin, hem yurt içinde hem de yurt dışında rekabet güçlerini artırabilmek için müşterilerine ihtiyaç duydukları mal ve hizmetleri en kısa zamanda ulaştırması gerekir. Bu itibarla İnternet müşteriye, üretici ve satıcı işletmelere daha da yakınlaştırmaktadır. Bu da işletmelerin aracılık maliyetlerinde tasarruf etmelerini sağlamaktadır¹⁰.

Teknolojinin gelişimi ve İnternet kullanımının artması ile birlikte özellikle bilgisayar bilgisi az olan gerek tüketiciler gerekse işletmeler haksız rekabet teşkil eden uygulamalar nedeni ile zayıf konuma düşmektedir. Haksız rekabet hukukunun bu anlamda tüketici hukuku ile de yakın ilgisi vardır. Çünkü her

⁵ VERMEER Marike, “*Unfair Competition Online and The European Electronic Commerce Directive*”, Annual Survey of International & Comparative Law, Vol.7, Issue 1, Y.2001, s.87, <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=annlsurvey> (12.06.2014); BAŞTÜRK İhsan, “*Türk Ticaret Kanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki-Cezai Sonuçları*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y. 2, S. 6, 2011, s.283.

⁶ <http://www.e-ticaret.gov.tr/index.cfm?sayfa=47A6A1A9-D8D3-8566-4520E2710CDD3930> (12.06.2014).

⁷ <http://www.e-ticaret.gov.tr/index.cfm?sayfa=47A6A1A9-D8D3-8566-4520E2710CDD3930> (24.03.2014).

⁸ Pazarlama “bir ürünü veya hizmeti satmak için, ürünün veya hizmetin değerinin tüketicilere anlatılmasına” denir. <http://en.wikipedia.org/wiki/Marketing> (15.06.2013).

⁹ OKAN, İnternet, s.125.

¹⁰ KÂHYA Bünyamin Ersin / ÇALIKOĞLU Rüştü Levent / DENGİZ Abdullah, “*Türkiye’nin En Büyük 500 İşletmesinde E-Ticaret Üzerine Bir Alan Araştırması*”, www.tcmb.gov.tr/yeni/iletisimgm/eticaret.pdf (24.03.2014), s.2.

ikisinin de amacı piyasadaki düzeni bozan uygulamaları engellemektir. Tüm haksız rekabet uygulamaları ister tüketicilere ister işletmelere yönelik olsun piyasadaki düzeni bozmaktadır¹¹.

I. HAKSIZ REKABET İLE İLGİLİ DÜZENLEMELER

Türk Hukukunda haksız rekabet hem Türk Borçlar Kanunu'nda hem de Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'ndan başka haksız rekabetin önlenmesi hakkında İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanun bulunmaktadır. Ayrıca Sinaî Mülkiyetin Korunmasına Dair Paris Sözleşmesi'ne göre de taraf devletler vatandaşlarına ve diğer taraf devlet vatandaşlarına haksız rekabete karşı etkili bir koruma sağlamakla yükümlüdürler. Bunların yanında piyasada rekabeti önleyen, sınırlandıran, bozan anlaşmalar, karar ve uygulamalar, piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek amacıyla Rekabetin Korunması Hakkında Kanun yürürlüktedir¹². 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 57.maddesi uyarınca “*gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı hâlinde zararının giderilmesini isteyebilir*”. Haksız rekabet nedeni ile dava açılabilmesi için gerçek olmayan haberler veya ilanlar, dürüstlük kuralına aykırı davranışlar nedeni ile müşterilerin azalması veya böyle bir tehlikenin yaratılması yeterlidir. Ancak tazminat talebi için haksız fiilde bulunanın kusurunun olması gerekir¹³. Maddenin devamında ticari işlere ait haksız rekabet hakkında Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir (TBK md.57/II). Bu itibarla Türk Borçlar Kanunu'ndaki haksız rekabete ilişkin hükümler ticari

¹¹ DECOCQ Georges, “*Cyber Consumer Protection and Unfair Competition*”, Electronic Journal of Comparative Law, Vol.11.3, December 2007, <http://ejcl.org> (22.03.2014); BAŞ-TÜRK, s.282.

¹² Buradaki düzenlemelerle ilgili diğer açıklamalar için bkz. ARKAN, s.309; GÜVEN Pelin, *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s.19 vd.

¹³ ARKAN, s.310; CAN Mustafa / MEMİŞ Tekin, “*Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri*”, Mevzuat Dergisi, Y.7, S.81, Eylül 2004, s.16, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/09a/04.htm> (22.06.2013).

olmayan işlerdeki haksız rekabet hallerine uygulanacaktır. Özellikle davalının tacir olmadığı -avukat, doktor, mali müşavir vs.- durumlarda Türk Borçlar Kanunu uygulanacaktır¹⁴. Buna göre tarafların tacir olmadığı haksız rekabet halleri hakkında Türk Borçlar Kanunu, tarafların tacir olduğu özellikle davalı tarafın tacir olduğu haksız rekabet halleri hakkında Türk Ticaret Kanunu uygulanacaktır¹⁵.

II. HAKSIZ REKABET İLE İLGİLİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA GETİRİLEN YENİLİKLER

A. Genel Olarak

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabete ilişkin hükümlerin hazırlanmasında İsviçre'de 1988 tarihinde yürürlüğe giren Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun ve zaman içinde gelişen uygulama ve doktrin dikkate alınmıştır¹⁶. Türk Ticaret Kanunu'nda haksız rekabete ilişkin hükümlerin amacının dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanması olduğu belirtilmiştir (TTK md.54(1)). Türk Ticaret Kanunu uyarınca rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır (TTK md.54(2)). Bu madde önceki Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabetin tanımından daha geniş bir tanımdır. 6102 sayılı Kanun ile haksız rekabetin tanımı değiştirilmiştir¹⁷. Kanun'daki ifadeden hareketle haksız rekabetin tanımı, doktrinde *YASAMAN* tarafından “rakipler arasında veya tedarik eden-

¹⁴ TAMER Ahmet, *Yanlış veya Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet*, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.77 vd.

¹⁵ Bu durumun mehzaz alınan İsviçre Borçlar Kanunu'ndan kaynaklandığı ancak İsviçre'de 1943 yılında çıkarılan Haksız Rekabet Kanunu ile haksız rekabet konusunda tek bir düzenlemenin getirildiği, bizdeki gibi Borçlar Kanunu'nda ayrı Ticaret Kanunu'nda ayrı düzenleme bulunmasının isabetli olmadığı hakkında açıklama için bkz. ARKAN, s.311; Eski Türk Ticaret Kanunu'nun uygulaması sırasında verilen Yargıtay kararlarında rakip olmayan, hatta tacir olmayan kişilerin haksız rekabet fiili işleyebileceklerinin kabul edildiği belirtilmektedir Y.11.HD. E.2008/9072, K.2010/591, T.21.02.2010 (YASAMAN Hamdi, “6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Haksız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler”, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Mayıs 2012, s.43).

¹⁶ TTK md.54 Gerekeçe metni; Ayrıca bkz. ARKAN, s.313 vd.

¹⁷ KAYA Arslan, *Karşılaştırmalı-Notlu Yeni Türk Ticaret Kanunu*, 3.B., Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s.29.

lerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar” şeklinde verilmektedir¹⁸. Doktrinde ARKAN ise bizim de katıldığımız üzere aldatıcı, yanıltıcı davranışlar da dürüstlük kuralına aykırı olduğundan kanunda daha yalın bir şekilde “*rakipler ve tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen, dürüstlük kuralına aykırı her tür davranış*” şeklinde bir tanım verilmesinin daha isabetli olacağını belirtmiştir¹⁹.

Türk Ticaret Kanunu uyarınca haksız rekabet için kusura gerek yoktur. Failin kusurlu olup olmadığı sadece açılacak davalar bakımından önem taşımaktadır.

Türk Ticaret Kanunu’nda haksız rekabet halleri yirmi bir tane olmak üzere sayılmıştır (TTK md.55). Sayılan haller sınırlayıcı değil, örnekleyici niteliktedir. 6102 sayılı Kanun’da haksız rekabet oluşturan hallere ilişkin örnekleyici sayım artırılmış, tüketicilerin hatta tüketici olmayan üçüncü kişilerin haksız rekabet fiillerini işleyebilecekleri hususuna açıklık getirilmiş, yaptırımlar güçlendirilmiştir²⁰.

Türk Ticaret Kanunu’nda sayılan örnek haksız rekabet hallerinin ilk grubunda dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar yer almaktadır. Bu davranışlar on iki bent halinde sayılmıştır (TTK md.55(1)(a)). 5.bentte kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötüleyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmanın haksız rekabet olacağı açıkça düzenlenmiştir. Doktrinde yeni Türk Ticaret Kanunu’nda karşılaştırmalı reklamın açıkça düzenlenmesinin isabetli olduğu ancak İsviçre Haksız Rekabete Dair

¹⁸ YASAMAN, s.34.

¹⁹ ARKAN, s.315, dn.2; Haksız rekabetin bir başka tanımı şu şekildedir: “*Haksız rekabet, iyiniyet kurallarına aykırı şekilde, başkasını (rakiplerini) ezerek rekabet sahasından çıkarmaya veya bu sahada onun işini zorlaştırmaya veya müşterileri cezbetmek için mal ve hizmetlerini daha iyi göstermeye yarayan araçları kullanmak suretiyle, başkasının iktisadi rekabet hakkını ortadan kaldıran veya sınırlayan hal ve hareketlerin bütünüdür ifade eder.*” TAMER, s.30.

²⁰ YASAMAN, s.33.

Federal Kanun'un yerine AB Direktifi Hükümlerinin dikkate alınmasının daha isabetli olacağı hakkında görüş belirtilmiştir²¹.

İkinci grupta sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmeye ilişkin davranışlar sayılmıştır (TTK md.55(1)(b)).

Üçüncü grupta ise başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma ile ilgili davranışlar sayılmıştır (TTK md.55(1)(c)).

Dördüncü grupta *“üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretenin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildirenlerin dürüstlüğe aykırı davranmış”* olacakları belirtilmektedir (TTK md.55(1)(d)).

Beşinci grupta *“iş şartlarına uymamak, özellikle kanun veya sözleşmeyle rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanların dürüstlüğe aykırı davranmış”* olacağı belirtilmektedir (TTK md.55(1)(e)).

Altıncı grupta, *“dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine; 1.doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan veya 2.sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımı öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğe aykırı davranmış olur”* denmek suretiyle haksız rekabet halleri sayılmaktadır (TTK md.55(1)(f)).

²¹ Ticaret Kanunu uyarınca her karşılaştırmalı reklam hukuka aykırılık teşkil etmez. Karşılaştırmalı reklamların hukuka uygunluk şartları doktrinde şu şekilde sayılmaktadır: *“karşılaştırılabilirlik, reklamda kullanılan ifadelerin gerçeğe uygun olması, reklamın aldatıcı olmaması, itibasa sebebiyet vermemeli, gereksiz kötüleme yasağı, gereksiz yere rakibin tanınmışlığından faydalanma yasağı”*. Bkz. BOZBEL Savaş, *“Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Karşılaştırmalı Reklam”*, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Mayıs 2012, s.118; Arama motorlarının kullanımını sağladıkları adwords reklamların, haksız rekabet teşkil edebileceği görüşü için bkz. MEMİŞ Tekin / BOZBEL, Savaş, *“Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamlar”*, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Kasım 2008, S.81, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MARKA%20VE%20HAKSIZ%20REKABET%20HUKUKU%20BAKIMINDAN%20ADWORDS%20REKLAMLAR&kimlik=1227080164&url=makaleler/tmemis-sbozbel-1.htm> (12.06.2014).

Kanunda sayılan bu haller örnekseyici nitelikte olduğundan ileride bu hallerden başka yeni haksız rekabet halleri ortaya çıkabilir. Bir davranış yukarıda sayılanlardan birine girmese dahi Kanun'un 54(2). maddesindeki genel hüküm çerçevesinde aldatıcı veya dürüstlük kuralına aykırı ise haksız rekabet teşkil edecektir²².

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na bakıldığında haksız rekabet alanında yeniliklerden biri de hukuki sorumluluğa ilişkindir. Kanun'un 56(2).maddesinde ekonomik çıkarları zarar gören veya böyle bir tehlike ile karşılaşabilecek müşterilerin de Kanun'da sayılan davaları açabilecekleri düzenlenmiştir. Önceki Kanun'da iktisadi menfaati zarar gören müşterilerin dava açma hakkı bulunmaktaydı. Ancak zarar görme tehlikesinin de dava açabilmek için yeterli olması yeni Kanun ile getirilmiştir. Bundan başka tüketicilerin ekonomik faaliyetlerini koruyan sivil toplum kuruluşları ile kamusal nitelikli kurumların da Kanun'un 56.maddesinin (a), (b) ve (c) bendindeki davaları açabileceği düzenlenmiştir²³. Bu düzenleme ile Rekabet Kurumu, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu gibi kurumlara dava açma hakkı tanınmıştır²⁴.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet konusunda getirdiği yeniliklerden bir başkası da basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu ile ilgili düzenlemedir (TTK md.58).

B. Türk Ticaret Kanunu Uyarınca İnternette Gerçekleşen Haksız Rekabette Sorumlular

Türk Ticaret Kanunu bilişim alanına ilişkin yenilikler getirmektedir. Bun-

²² ARKAN, s.322.

²³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda eski Kanun'da olduğu gibi ticaret ve sanayi odalarının, esnaf odalarının, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer mesleki ve ekonomik birliklerin de 56.maddenin (a),(b) ve (c) bendelerinde yazan davaları açabilecekleri belirtilmiştir. Ancak eski düzenlemede maddede sayılanların kendilerinin veya şubelerinin üyelerinin dava açma hakkına sahip olmaları halinde eski md.58(a), (b), (c)'de belirtilen davaları açabilecekleri yer almaktaydı. Bu bakımdan yeni Kanun bu kuruluşların dava açma hakkını genişletmiştir. BAŞTÜRK, s.285, dn.23.

²⁴ BAŞTÜRK, s.285; Rekabet Kurumu'na dava açma hakkı tanınmasının gerekliliği hakkında bkz. ARKAN Sabih, "*Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar*", BATİDER, C.XXII, S.4, s.19.

lardan bazıları da haksız rekabet alanındadır. Kanun'un 58.maddesi uyarınca haksız rekabet nedeni ile bilişim kuruluşlarının da sorumlu olduğu düzenlenmiştir. 58.maddenin kenar başlığı "*Basın, Yayın, İletişim ve Bilişim Kuruluşlarının Sorumluluğu*"dur. Maddenin içeriğinde ise bilişim işletmeleri terimi kullanılmaktadır. 58.maddenin birinci fıkrasının ifadesi "*haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, 56.maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, ancak basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir.*" şeklindedir. Burada ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlardan bahsedilmektedir. Bu anlamda kenar başlıktaki bilişim kuruluşları geniş anlamda mevcut bilişim işletmelerini ve de ileride teknik gelişmeler neticesinde ortaya çıkabilecek kuruluşları kapsamaktadır. Makalenin konusu itibarı ile burada sadece bilişim kuruluşlarının sorumluluğuna değinilecektir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 58.maddesinden anlaşıldığı üzere 56.maddede belirtilen tespit, tecavüzün men'i, tecavüzün kaldırılması davaları kural olarak içeriğin sahipleri ile ilan veren kişilere karşı açılacaktır. Bilişim kuruluşlarının sorumluluğu ancak Türk Ticaret Kanunu'nda belirtilen şartların söz konusu olması durumunda gündeme gelecektir²⁵. Bilişim araçları ile görüntülenen, ses olarak yayımlanan veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişilerin haberi olmadan ya da onaylarına aykırı olarak bunlar yayımlanmışsa, bunların kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa, bunların meydana çıkarılması veya bunlara karşı Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa; yukarıda anılan davalar görüntüyü, sesi, iletiyi, yayını bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefine bunlar gösterilemiyorsa işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir (TTK md.58(a),(b),(c)). Buna göre kural olarak bilişim araçları ile haksız rekabet oluşturan içeriklerin

²⁵ BAŞTÜRK, s.289.

erişime²⁶ sunulması halinde bilişim kuruluşlarına başvurulamayacaktır. Ancak Kanun'daki şartlar varsa başvurulabilecektir.

Bilişim işletmeleri terimi ile Kanun'da neyin ifade edilmek istendiği açıklanmamıştır. Bu konuda BAŞTÜRK'ün görüşü ticari işletme ile bilişim kavramının birleştirilmek sureti ile bilişim alanında faaliyet gösteren ticari işletmelerin ifade edilmek istenildiği yönündedir²⁷. Bu görüşe göre bilişim alanında faaliyet gösteren tüm kuruluşlar ticari işletme olması kaydıyla 58.madde uyarınca sorumlu olacaklardır. Ticari işletme niteliğinde olmayan, kişisel kullanıcıların kendi bireysel yararları için yürüttükleri faaliyet nedeni ile haksız rekabet oluşturabilecek davranışlar hakkında Türk Ticaret Kanunu değil Türk Borçlar Kanunu uygulanabilecektir. Yazar bu noktada Kanun'daki düzenlemenin yeterince açık olmadığı, ilan sahibi ya da içerik sahibinin belirlenemediği durumlarda kaçınıcı dereceye kadar gidileceğinin bilinmemesi, eleştirisinde bulunmaktadır. Yazar, bilişim teknolojilerindeki gelişmeler dikkate alındığında haksız rekabet oluşturan içeriğin oluşturulması ve iletilmesinde herhangi bir şekilde işlevi olan tüm kişi ve işletmelerin fiilin gerçekleşmesindeki fonksiyon ve katkılarına bakılmaksızın sorumlu tutulmaları gibi sonucun ortaya çıktığını belirtmektedir. Örnek olarak da haksız rekabet oluşturan içeriğe sahip e-postanın başkasına iletimini sağlayan ticari işletmenin haksız fiil nedeni ile sorumluluğunun gündeme gelmesini göstermektedir. Böyle bir durumda sorumluların kim olduğu veya içerik sahibi ile ilan sahibinin belirlenememesi durumunda ikinci ve üçüncü kademe sorumlularına kadar gidilip gidilemeyeceğinin belirsiz olduğunu ifade etmektedir²⁸.

1. İçerik Sahibi ve İlan Veren

Türk Ticaret Kanunu'nun 58.maddesinde kademeli sorumluluk öngörülmektedir. Buna göre ilk kademedeki sorumlu olanlar, haksız rekabet teşkil eden içeriğin sahibi ile ilan veren kişilerdir. Kanun'da içerik sahibi ve ilan vere-

²⁶ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2(d) maddesinde erişim şu şekilde tanımlanmaktadır: “Bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılması”.

²⁷ BAŞTÜRK, s.290.

²⁸ Diğer örnekler ve açıklama için bkz. BAŞTÜRK, s.291-292.

nin tanımı yapılmamıştır. Ancak başka kanunlarda benzer terimler kullanılmaktadır. Bunlardan biri Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'dur. Bu Kanun'da Ek madde 4/III'te²⁹ bilgi içerik sağlayıcısı kavramından söz edilmektedir. Ancak tanım yapılmamaktadır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 2(1)(f) maddesinde içerik sağlayıcı terimi şu şekilde tanımlanmaktadır: "İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder." Buna göre, İnternet ortamında kullanıcılara sunulan her türlü veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler içerik sağlayıcı olabilir. İnternet sitelerine yorum, yazı yazan ya da resim, müzik ve benzeri içerikler yükleyen kullanıcılar ya da bir internet sitesi, blog ve benzeri şekilde internette sayfası olan tüm gerçek ve tüzel kişiler içerik sağlayıcı olabilir. Örneğin bir gazetecinin kendisine ait blogunda yazdığı yazıları açısından içerik sağlayıcıdır ya da bir üniversite, kendi sitesindeki tüm içerik açısından içerik sağlayıcıdır ya da bir haber sitesindeki kendi girmedikleri haberlerin altına yorum yazan kişiler ilgili yorumları açısından içerik sağlayıcıdır. Facebook ve Twitter gibi sosyal paylaşım sitelerinde paylaşımda bulunanlar da paylaştıkları ile içerik sağlayıcıdır³⁰.

²⁹ FSEK Ek madde 4/III metni şu şekildedir: "Dijital iletim de dâhil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlâli halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlê durdurulmasını ister. İhlâlê devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlê durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir."

³⁰ <http://www.cnnturk.com/bilim-teknoloji/internet/her-internet-kullanicisinin-bilmesi-gereken-kavramlar> (16.04.2014); İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 6.maddesinde içerik sağlayıcının sorumluluğu düzenlenmektedir. Buna göre içerik sağlayıcılar, İnternet ortamında kullanıma sundukları her türlü içerikten sorumludur. İçerik sağlayıcı bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kulla-

İlan veren ise haksız rekabet teşkil eden veriyi İnternet ortamında ilan eden, erişime sunulmasını isteyen kişi olarak tanımlanmaktadır³¹.

2. İletiyi Bilişim Aracına Koyan veya Koyduran Kişi ve İlan Servisi Şefi

İlk kademede yer alan içerik sahibi ve ilan verenin haberi olmaksızın ya da onların onayına aykırı olarak haksız rekabet oluşturan veri erişime konulmuşsa veya bunların kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa ya da başka sebepler nedeni ile bunlara karşı dava açılması mümkün olmazsa 56(a),(b),(c) bentlerindeki davalar iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefine karşı açılır. İnternet sitesinin ilan sorumlusunun bulunması durumunda ilan servisi şefi iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ile birlikte sorumlu olacaktır³².

Türk Ticaret Kanunu'nda bilişim aracının ne olduğu tanımlanmamıştır. İngilizce'de *informatics* şeklinde ifade edilen bilişimin kelime anlamı³³; bilginin, özellikle elektronik makineler aracılığıyla, düzenli ve ussal biçimde işlenmesidir. Bilgisayar bu anlamda elektronik bir makine olması, bilgileri işleyebilmesi itibarı ile bir bilişim aracıdır³⁴. Ancak bir veriyi sadece bilişim aracına koymanın (bir bilgisayara koymak veya başkasına koydurmak fiilinin) bu

nıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise, genel hükümlere göre sorumludur (Yön.md.6). Buradan da hareketle içerik sağlayıcıların, İnternet ortamında kendi sundukları içeriğin haksız rekabet teşkil etmesi durumunda bundan sorumlu olacakları söylenebilir. İçerik sağlayıcı bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu olmayacaktır. Ancak bağlantı sağladığı ve haksız rekabet teşkil eden içeriği benimsediği ve kullanıcının da bu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise sorumlu olacaktır.

³¹ BAŞTÜRK, s.294.

³² BAŞTÜRK, s.294.

³³ Türk Dil Kurumu'nun hazırladığı sözlüğe göre bilişimin tanımı "*İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi, enformatik*". www.tdk.gov.tr(16.04.2014); Bilişim hukuku ise sayısal bilginin paylaşımını konu alan hukuk dalıdır. İnternet'in kullanımına ilişkin yasal çerçeveyi belirleyen internet hukukunu kapsamaktadır. Bilişim hukukunu, bilgi teknolojisi hukuku ve İnternet hukuku başlıkları altında ikiye ayırarak incelemek gerekir. http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilişim_hukuku (16.04.2014).

³⁴ BAŞTÜRK burada Kanun'daki bilişim araçları teriminin isabetli olmadığını onun yerine bilişim ağları teriminin kullanılmasını gerektiğini ifade ediyor. Ayrıca iletiyi bilişim aracına koymanın tek başına haksız rekabet teşkil etmeyeceği bu nedenle erişime sunmak teriminin tercih edilmesini öneriyor. BAŞTÜRK, s.295.

veri başkalarına iletilmedikçe haksız rekabet teşkil etmeyeceği, burada kanun koyucunun bilişim aracına koymak ile ifade etmek istediğinin veriyi erişime sunmak olarak anlaşılması gerektiği doktrinde isabetli olarak belirtilmektedir. Ayrıca bilişim araçları terimi yerine bilişim ağları teriminin kullanılması önerilmektedir³⁵. Bizim görüşümüze göre bilişim araçları ağları veya bilgisayar ağları terimi daha uygundur. Çünkü bilişim tek başına isim olarak bilginin işlenmesidir. Burada bilgiyi işleyen araçların oluşturdukları ağa haksız rekabet oluşturan verinin konulmasından söz edilmektedir.

3. İşletme veya Kuruluş Sahipleri

İçerik sahibi ile ilan verene ya da iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişiye ve ilan servisi şefine ulaşılamaması halinde veya haklarında dava açılmaması durumunda üçüncü kademedeki sorumlu olanlara başvurulabilir. Bunlar işletme veya kuruluş sahipleridir (TTK md.58(1)(c)).

İkinci ve üçüncü kademedeki kişilerden birinin kusurunun bulunması halinde sıraya bakılmaksızın dava açılabilir³⁶ (TTK md.58(2)).

4. İnternet Hizmet (Servis) Sağlayıcıları

Türk Ticaret Kanunu'nun 58(4).maddesinde haksız rekabet halinde hizmet sağlayıcıların sorumluluğu ile ilgili bir düzenleme getirmiştir. Hizmet sağlayıcısının tanımı Türk Ticaret Kanunu'nda yapılmamaktadır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da ise İnternet ortamındaki kuruluşlar; içerik sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve yer sağlayıcılar olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Buna göre içerik sağlayıcı İnternet ortamı üzerinden kullanıcılarına sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder (5651 s.k.md.2(f)). Erişim sağlayıcı, kullanıcılarına İnternet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya

³⁵ BAŞTÜRK, s.295.

³⁶ Buradan da içerik sahibi ve ilan verenin sorumluluğunun kusur (sübjektif) sorumluluğu olduğu, haksız rekabet oluşturan iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi ile bilişim işletmeleri ve kuruluşları sahiplerinin sorumluluğunun ise kusursuz (objektif) sorumluluk olduğu çıkarılabilir. BAŞTÜRK, s.301-302.

tüzel kişilerdir (5651 s.k.md.2(e)). Yer sağlayıcı, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade eder (5651 s.k.md.2(m)).

5651 sayılı Kanun'da bahsi geçen "erişim sağlayıcı" terimi Türk Ticaret Kanunu'nun 58.maddesinde belirtilen "İnternet hizmet(servis) sağlayıcı" terimi ile aynı hususu ifade etmektedir³⁷. Eğer öyle ise terim birliği açısından daha önceki tarihli³⁸ olan 5651 sayılı Kanun'daki erişim sağlayıcı ifadesinin daha yeni olan Türk Ticaret Kanunu'nda da kullanılması isabetli olabilirdi.

İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³⁹ uyarınca erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadığını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir (Yön.md.8(3)). Bu Yönetmelik bakımından erişim/İnternet servis sağlayıcıların sorumsuzlukları düzenlenmektedir⁴⁰. Türk Ticaret Kanunu'nda iletişim ve bilişim alanındaki gelişmeler dikkate alınarak eski Kanun'a göre daha geniş olarak getirilen düzenlemeye göre de İnternette hizmet sağlayıcılar⁴¹ bakımından sorumsuzluk

³⁷ İnternet servis sağlayıcı, İnternet erişim sağlayıcı kavramına karşılık gelir. GÜNGÖR Müberra / EVREN Gökhan, İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri, Telekomünikasyon Kurumu, Ankara 2002, s.7.

³⁸ 5651 sayılı Kanun, kabul tarihi 04.05.2007.

³⁹ RG., T.30.11.2007, S.26716.

⁴⁰ Hizmet sağlayıcısı teriminin içeriğinin ne olduğunun tam olarak belirli olmaması doktrinde eleştirilmektedir. Hizmet sağlayıcısı teriminin içeriğinin belirlenmesinin, verileri geçici olarak önbelleklerinde veya daha geniş bir ifadeyle sistemlerinde kaydederek kullanıcılarına hizmet sağlayan arama motorlarının hukuki sorumlulukları açısından önem taşıdığı ifade edilmektedir. Arama motorunun, örümcek (*spider*) veya robot olarak adlandırılan programları kullanmak suretiyle İnternet içeriğini tarayan ve topladığı verileri belleğine kaydeden hizmet sağlayıcılar olduğu belirtilmektedir. Arama motorları İnternet içeriğini tarayarak farklı zaman aralıklarında kendi sistemlerinde daha etkin bir şekilde kullanmak amacıyla belleklerine almaktadırlar. Dolayısıyla, hukuka aykırı bir içerik ilgili İnternet sitesinden kaldırılabilir, içeriğin bir kopyası arama motorunun belleğinde kalmaya devam edebilmektedir. Bu durum ise haksız rekabetin önlenmesi açısından çeşitli sorunlar yaratmaktadır. KAYA Bedii, "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun 58.maddesinin Bilgi Toplumu Hizmet Sağlayıcıları Açısından İncelenmesi", <http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=31810> (19.04.2014); Bilişim ağlarında hangi hizmetleri sağlayanların hizmet sağlayıcı kavramına dâhil olacağının net bir şekilde belirlenmesinin gerekli olduğu hakkında bkz. BAŞTÜRK, s.304.

⁴¹ İnternet hizmet sağlayıcısının görevi İnternet bağlantısını temin etmektir. İngilizcesi İnternet Service Provider (ISP) olan İnternet hizmet sağlayıcısına örnek olarak TTNET verilebi-

hali öngörülmüştür⁴². Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, hizmet sağlayıcıları aleyhine haksız rekabet davaları açılmaz. Buna göre hizmet sağlayıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için, haksız rekabet oluşturan fiilin iletimini başlatması, alıcısını veya haksız rekabeti oluşturan içeriği, seçmiş ya da haksız rekabeti gerçekleştirecek şekilde değiştirmiş olması gerekir (TTK md.58(4)). Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen hizmet sağlayıcıların sorumluluğunun Avrupa Birliği Elektronik Ticaret Direktifi (2000/31/EC)'nin 12.maddesi ile paralel olduğu görülmektedir⁴³. Nitekim bu Direktif uyarınca bilgi toplumu hizmet sağlayıcılarının üçüncü kişilerin hukuka aykırı içeriğinden sorumlu olmayacakları düzenlenmiştir. Direktif'te aracı hizmet sağlayıcıların tanımı yapılmamıştır⁴⁴. Ancak, Direktif'in 12-14. maddelerindeki aktiviteleri yerine getirenler bakımından aracı hizmet sağlayıcılar sorumluluktan muaf tutulmuştur. Buna göre ancak belirli koşulların varlığı durumunda hizmet sağlayıcıların sorumlu tutulması söz konusudur. Direktif uyarınca salt erişim hizmeti gören İnternet servis sağlayıcıları iletilen bilginin içeriğinden a) iletişim hizmet sağlayıcının kendisi tarafından başlatılmamışsa, b) iletişimde yer alan karşı tarafı seçemiyorsa, c) iletişimin konusu olan bilgiyi seçmiyorsa ve onu değiştirmiyorsa, sorumlu değildir⁴⁵ (Direktif md.12(1)).

Türk Ticaret Kanunu uyarınca hizmet sağlayıcılar hakkında tedbir kararı verilmesi de birtakım koşullara tabi tutulmuştur. Buna göre mahkeme haksız

lir. <http://internetservissaglayicisi.nedir.com/> (29.10.2013).

⁴² ARKAN, s.329.

⁴³ Detaylı bilgi için bkz. BAŞTÜRK, s.305.

⁴⁴ Aracı hizmet sağlayıcıların rolleri şunlardır: ağ operatörü (bilginin iletilmesi için gerekli vasıtayı sağlar), erişim sağlayıcı (kullanıcıların İnternet'e erişimini sağlar), arama motoru (web sitelerini bulmaya yarayan online araçlar), host hizmeti sunucusu (kullanıcılara web sitesi kiralama, web sayfası hazırlama ve yazılım, metin, grafik, ses gibi içerikleri yükleme hizmeti sunar. BAISTROCCHI Pablo, *"Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce"*, Santa Clara High Technology Law Journal, Year 2002, Vol. 19, Issue 1, s.116.

⁴⁵ Caching (ön belleğe alma) ve hosting (barındırma) İnternet hizmet sağlayıcılarının da belirli koşulların bulunması durumunda sorumlu olmayacakları yine Direktif'te düzenlenmiştir. (Direktif md.13, 14). Detaylı açıklama için bkz. BAISTROCCHI, s.122; SOYSAL Tamer, *"İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları"*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2005, S.61, s.310 vd.

rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesine veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması da dâhil somut olaya uyan başka tedbirler alabilir (TTK md.58(4)). Burada mahkemeye geniş bir yetki tanınmaktadır. Elbette ki bu yetkinin haksız rekabet fiilini önleyecek veya sona erdirecek kadar etkili ancak İnternet'in özgürlükçü yapısı ile uyumlu ve serbest rekabete dayalı piyasa ekonomisini de koruyucu şekilde kullanılması gerekmektedir⁴⁶.

III. İNTERNETTE GERÇEKLEŞEN HAKSIZ REKABET HALLERİ

Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabet ile ilgili hükümlere genel olarak bakıldığında örnek olarak sayılan haksız rekabet hallerinden olan aldatıcı

⁴⁶ “Eklenen dördüncü fıkra önce, hizmet sağlayıcılar için sorumsuzluk ilkesini koymaktadır (Hizmet sağlayıcıların başka kanunlarda düzenlenen “ara ve geçici saklama” dâhil diğer sorumluluklarının saklı olduğu şüphesizdir). Dördüncü fıkra daha sonra hizmet sağlayıcıların haksız rekabet oluşturan fiilden sorumlu tutulabilecekleri durumları Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarda Elektronik Ticaret Konusunda 8 Haziran 2000 tarihli 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (“Elektronik Ticaret Konusunda Direktif”) ile uyumlu bir şekilde belirlemektedir. Teknik olan bu sebepler için bilirkişi incelemesi gereklidir. Bu konuda diğer hassas bir sorun da, bilgi toplumu hizmetini durduran tedbir kararlarıdır. Dördüncü fıkranın bu husustaki ilkesi, sistemi durduran tedbir kararlarının -kural olarak- verilemeyeceğidir. Çünkü böyle bir karar sadece uyumsuzluk konusu fiili değil bilgi toplumu hizmetini durdurmaktadır. Ancak dördüncü fıkra böyle etkileri geniş bir kararın hangi durumlarda verilebileceğini göstermektedir. Konunun, göz ardı edilemez önemi dolayısıyla, dördüncü fıkra, böyle etkileri geniş bir karar vermeden önce mahkemenin ilgili hizmet sağlayıcısını (temsilcisini, mümkünse teknik temsilciyi) dinlemesi gerektiğini hükme bağlamıştır.” Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurul Tutanağı, 23. Dönem 3. Yasama Yılı
25. Birleşim, 03 Aralık 2008 Çarşamba, http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=20281&P5=H&PAGE1=19&PAGE2=76 (21.04.2014); Burada erişimin engellenmesinin tercih edilmeyip, içeriğin geçici olarak kaldırılması tedbirine izin verilmesi oranlılık ilkesinin gözetilmiş olması bakımından önemlidir. BAŞTÜRK, s.308; Kanunun açıkça alınacak tedbiri tanımlaması ve tedbirleri bunlarla sınırlandırmasının yerinde olacağı görüşü için bkz. KAYA Bedii ilgili makale; Hukuk devletinin gereği olarak hukuki korunma talebinde bulunan kimseyi tatmin için getirilecek sistemlerin hasım tarafın menfaatlerini de gözetecek şekilde, belli bir denge içinde önceden konulmuş ve herkes için uygulanabilir kuralları içermesi gerekir. Detaylı bilgi için bkz. YAVAŞ Murat, “**Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri**”, Doç.Dr.Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Armağan Özel Sayısı, İstanbul 2006, s.792.

reklamlar⁴⁷, rakibi kötüleme, karışıklığa neden olma gibi haller İnternet ortamında da gerçekleşebilmektedir. Ayrıca İnternet ortamında gerçek ortamda yer almayan ve haksız rekabet oluşturan uygulamalar söz konusu olmaktadır⁴⁸. Örneğin, bağlantı/ilişim (*hyperlink*) ve yönlendirici kod (*metatag*) kullanılarak haksız rekabet oluşturan bir durum ortaya çıkabilmektedir.

İnternetin sınırlarının olmaması nedeni ile millî sınırları aşan uyuşmazlıkların çözümünde bir devletin kanunlarının yeterli çözümü sağlamayacağı bu itibarla milletlerarası kurallara ihtiyaç olduğu belirtilmektedir⁴⁹. Bu bağlamda Avrupa E-ticaret Direktifi'nin bir model olarak dikkate alınabileceği ifade edilmiştir⁵⁰.

A. İstenmeyen Elektronik Posta (Spam) Göndermek Sureti İle Haksız Rekabette Bulunma

Elektronik posta (e-posta olarak anılacaktır) dijital mesajların bir veya birden fazla alıcıya gönderilmesini sağlayan metot olarak tanımlanabilir⁵¹. İstenmeyen e-posta (*spam*) ise bir kişinin elektronik posta kutusuna isteği dışında gelen e-postaları ifade etmektedir. Spam niteliğindeki e-postaların elektronik posta kutularını doldurmasına yol açan kişilere *spammer* denmektedir. Bu kişiler e-posta adreslerini toplayarak bunlardan bir veritabanı oluşturmakta ve bunları ücret karşılığında satmaktadırlar. Spammerdan e-posta adreslerini alan kişiler genellikle geniş müşteri çevresine ulaşmak isteyen bu suretle ürünlerini pazarlamak isteyen işletmelerdir⁵².

Spammer, e-posta adreslerini değişik yollarla öğrenmektedir. Bunlar, fo-

⁴⁷ “Reklam, bir işletmenin ürün ve hizmetleri hakkında hedef kitleleri satın alma eylemine yönelmek ve işletme imajını bu kitleler üzerinde oluşturabilmek için medyada yer ve zaman satın alma yoluyla gerçekleştirdiği bilgilendirme ve ikna faaliyetleridir.” OKAN Neval, *Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s.39.

⁴⁸ VERMEER, s.88.

⁴⁹ JOHNSON David R. / POST David G., “*Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace*”, Stanford Law Review, Vol.48, No.5, May 1996, s.1401.

⁵⁰ OKAN, İnternet, s.123.

⁵¹ Modern e-posta İnternet veya diğer bilgisayar ağları üzerinden işlemektedir. İlk başlarda e-postanın gönderilebilmesi için hem gönderenin hem de alıcının çevrimiçi/online olması gerekmektedir. Günümüzde e-posta sistemleri saklama ve iletme modeline dayanmaktadır. <https://en.wikipedia.org/wiki/Email> (16.06.2013).

⁵² ÖZDİLEK Ali Osman, İnternet ve Hukuk, Papatya Yayıncılık, İstanbul 2002, s.153.

rum siteleri⁵³, posta listeleri⁵⁴, haber grupları⁵⁵, usenet⁵⁶, forward e-postalar⁵⁷, web siteleri⁵⁸, açık listelemeler⁵⁹, sohbet odaları⁶⁰ ve spammerların posta listelerine üye olmalarıdır⁶¹.

Spam, kişilerin elektronik posta kutularını dolduran gereksiz, kolaylıkla gönderilebilen pazarlama mesajları olarak zararsız gibi görünebilir. Ancak spam

- ⁵³ İnternetteki kullanıcıların çeşitli konular hakkında tartışabildikleri forum denilen alanlardan e-posta adresleri edinilmektedir. Forum, bir İnternet sitesinde yer alan ve siteyi ziyaret edenlerin mesajlarını bırakabilecekleri ve diğer kişilerin de bunları okumasını sağlayan programdır. Bu mesajlar genellikle değişik tartışma konularına ilişkin kategorilere ayrılmıştır. Forumta mesaj tahtası (*message board*) denildiği de görülmektedir. <http://www.greenwebdesign.com/Glossary-Of-Technical-Terms.htm> (17.06.2013).
- ⁵⁴ “Elektronik posta listesi, e-posta’nın bilgiyi İnternet kullanıcılarına yaygın dağıtım yapmak amacı ile özel bir şekilde kullanılmasıdır.... tipik olarak 4 şeye dayanmaktadır: e-posta adreslerinin listesi, bu e-posta adreslerinden e-postalarını alan insanlar (üyeler), bu e-posta adreslerine gönderilen yayınlar (e-posta mesajları), ve bir yansıtıcı, ki bu tek bir e-posta adresidir; mesajın alıcısı olarak bu adres atandığında o mesajın bir kopyasını tüm üyelere göndermektedir.” <http://liste.linux.org.tr/nedir.php> (21.06.2013).
- ⁵⁵ “Haber grupları, ortak ilgi alanlarına sahip kullanıcı gruplarının yazılımdan çizgi roman ve politikaya kadar pek çok şeyi konuşmak için bir araya geldiği İnternet tartışma forumlarıdır. Yalnızca gönderen ve belirli alıcılar tarafından görülebilen e-posta iletilerinin tersine, haber grubu iletileri gönderildiği grubu görüntüleyen herhangi bir kişi tarafından okunabilir. Haber grupları İnternet’in her yanından kullanıcıya açık oluşuyla uluslararası bir kapsama sahiptir.” <http://windows.microsoft.com/tr-tr/windows-vista/what-are-newsgroups> (21.06.2013).
- ⁵⁶ “Usenet’in kendisi bir ağ değildir. Usenet, dünya üzerindeki milyonlarca ağ kullanıcısının (İnternet/Bitnet vb) çok değişik konularda haberler, yazılar gönderdiği bir tartışma platformu ya da başka bir deyişle konu başlıkları içeren elektronik posta alışverişi yapan bir takım makinelerdir. Bu platform, konularına göre belirli bir hiyerarşide oluşturulmuş tartışma öbeklerinden (news group-haber grubu) oluşur. Kendini İnternete bağlayabilen herhangi bir bilgisayar, haber grubu postasını uzak bilgisayarlardan indirme ve yükleme işini yapan yazılımı kurarak, usenet’in bir parçası olabilir.” <http://altbilgi.com/usenet-nedir-usenet-nasil-calisir.html> (21.06.2013).
- ⁵⁷ Gelen mesajların yeniden iletilmesi anlamında kullanılan forward e-postalar sayesinde giderek artan bir e-posta listesi oluşmaktadır. Spammer bu e-posta adreslerinin en sonunda kendisine geleceğini hesaplayarak bir veri tabanı oluşturmaktadır. ÖZDİLEK, İnternet ve Hukuk, s.154.
- ⁵⁸ Üye olunan bazı web siteleri elektronik posta adreslerini toplayıp bir spammera satabilir. ÖZDİLEK, İnternet ve Hukuk, s.154.
- ⁵⁹ Bazı web siteleri üyelerinin adreslerini açıkça listeleyerek spammerların elde etmesine imkân sağlamış olur. ÖZDİLEK, İnternet ve Hukuk, s.154.
- ⁶⁰ Sohbet odaları (*chat room*), genellikle eşzamanlı olarak bazen de farklı zamanlarda konferans görüşme/mesajlaşma yapılan sitelerdir. https://en.wikipedia.org/wiki/Chat_room (22.06.2013).
- ⁶¹ Spammer kendini bir posta listesine kaydettirerek üye olur ve tüm üyelerin eposta adreslerine ulaşabilir. ÖZDİLEK, İnternet ve Hukuk, s.155.

göndermenin ceza hukuku ve özel hukuk yönünden sonuçları bulunmaktadır. Ancak konumuz bakımından spam göndermenin haksız rekabet bakımından sonuçlarına bakılacaktır.

Doktrinde spam yolu ile reklam⁶² yapmanın spam şirketleri yasal statüye kavuşmadıkça hukuka aykırı olacağı belirtilmektedir⁶³. Spam göndererek reklam yapma durumunda reklamda aldatıcı unsurların bulunması ve reklam yapanın da tacir olması halinde Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin kuralları uygulanacaktır. E-posta kutusu spam ile dolan kişi reklamı yapan aleyhine dava açabilir⁶⁴.

E-posta sahiplerini spama karşı korumak kanuni düzenleme ile mümkün olabilir. Böyle bir düzenlemede farklı yollar seçilebileceği, ya spama izin verilip e-posta sahibi spam almayı istemez reddederse bir daha yapılamayıp ve aksi durumda ceza verilmesi ya da spam gönderecek kişinin önceden e-posta sahibinden izin alınması yoluna gidilebileceği doktrinde ifade edilmiştir⁶⁵.

Avrupa Birliği'nin 2000/31 sayılı Direktifi'nin dibacesininin 30.maddesinde elektronik posta yoluyla talep olmaksızın ticari mesaj gönderilmesinin, tüketiciler ve bilgi toplumu hizmeti sunucuları için istenmeyen bir durum olabileceği ve bu durumun interaktif ağıın düzgün akışını engelleyebileceği belirtilmiş-

⁶² Reklam, mal ve hizmetlerin tanıtılması ve satışların artırılması yöntemlerinden birini teşkil etmektedir. BAKER Samm Sinclair, *The Permissible Lie, The Inside Truth About Advertising*, 4th Edition, Ohio 1968, s.5 (Naklen GÖLE Celal, *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1983, s.34); Reklam sayesinde mal ve hizmetlerin bir vasıta kanalıyla pazara sunulduğunun bilinmesi sağlanmaktadır http://answers.ask.com/business/other/what_is_an_advertisement (30.10.2013).

⁶³ ÖZDİLEK, İnternet ve Hukuk, s.163.

⁶⁴ Spam yolu ile reklam gönderenin tacir olmaması durumunda veya reklam içeriğinin ticari olmaması halinde Türk Ticaret Kanunu'ndaki haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanamayacaktır. Bu durumda gündeme gelecek olan Türk Borçlar Kanunu hükümleri ise e-posta alıcısını korumaya yeterli olmayacaktır. Zira Türk Borçlar Kanunu'nun 57.maddesi gereği gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı diğer davranışlarda bulunulması yüzünden kişinin müşterilerinin azalması veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşması gerekmektedir. MEMİŞ Tekin, *"Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi"*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, S.1-4, Y.2001, s.441.

⁶⁵ MEMİŞ, E-posta, s.443.

tir⁶⁶. Maddede ayrıca talep olmaksızın yapılan ticari iletişime izin veren üye devletlerde filtreleme süreçleri oluşturulmasının teşvik edilmesi ve kolaylaştırılması gerektiği düzenlenmiştir. Buna ilave olarak talep olmaksızın iletişimi örgütleyen ticari toplulukların her durumda saydamlığı artırmak ve bu girişimlerin işleyişini kolaylaştırmak için açıkça tanımlanması gerektiği, elektronik posta ile talep olmaksızın yapılan ticari haberleşmenin alıcı için ek haberleşme maliyetleriyle sonuçlanmaması gerektiği de maddede yer almıştır. 31.madde ise alıcının önceden izni olmaksızın, ülkelerinde yerleşik hizmet sunucuları kanalıyla talep olmadan mesaj gönderimine izin veren üye devletlerin, hizmet sunucuların kayıtlı üyeleriyle düzenli olarak danışmalarda bulunmaları ve bu tür mesajlar almak istemeyen özel kişilere kendini bu sistemin dışına çıkarma imkânını sağlamaları gerektiğini düzenlemektedir⁶⁷.

Türkiye’de bu konu Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı’nda düzenlenmektedir. Söz konusu Tasarı’nın 6.maddesi uyarınca ticarî elektronik iletiler, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebilir⁶⁸. Bu onay, yazılı olarak veya her türlü elektronik iletişim araçlarıyla alınabilir. Bu kuralın istisnası ise esnaf ve tacirlere önceden onay alınmaksızın ticarî elektronik iletiler gönderilebilmesidir (Tasarı md.6). Bu Tasarı ile elektronik ticarete tüketicilerin korunması ve elektronik ticaretin daha güvenli olması amaçlanmaktadır. Ayrıca Tasarı uyarınca ticarî elektronik iletinin içeriği alıcıdan alınan onaya uygun olmalıdır. Örneğin, tatil satın almak isteyen ve bu konuda onay vermiş alıcıya, bebek eşyası satmaya çalışılmamalı ve ek olarak gelen e-postada göndericinin iletişim bilgileri mevcut olmalıdır⁶⁹.

Tasarı uyarınca iletide, göndericinin tanınmasını sağlayan bilgiler ile haberleşmenin türüne bağlı olarak telefon numarası, faks numarası, kısa mesaj numarası ve elektronik posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim bilgileri

⁶⁶ Talep olmaksızın yapılan ticari mesaj biçimlerinin, alıcı tarafından onaylanması konusu bu direktifle düzenlenmemiş, 97/7/AT ve 97/66/ sayılı direktiflerle düzenlenmiştir (2000/31 sayılı Direktif dibace md.30).

⁶⁷ Direktifin tercümesi için bkz. <http://www.e-ticaretmerkezi.net/abdirektif.php> (07.09.2013).

⁶⁸ Bu onay sistemi “*opt-in sistemi- opt-in system*” olarak bilinmektedir.

⁶⁹ KIRTOK Gül Banu, “*Yeni E-Ticaret Kanunu ile E-Posta Pazarlaması Nasıl Düzenlenecek?*”, <http://eticaretmag.com/yeni-ticaret-kanunu-eposta-pazarlamasi/> (25.04.2014).

yer alır. İletide, haberleşmenin türüne bağlı olarak, iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması hâlinde kimin adına yapıldığına ilişkin bilgilere de yer verilir. Tasarı'da elektronik ileti teriminin tanımı şu şekilde yapılmaktadır: “Elektronik ileti: Telefon, faks, otomatik arama makineleri, elektronik posta, kısa mesaj hizmeti gibi vasıtalar kullanılarak elektronik ortamda gerçekleştirilen ve doğrudan pazarlama, reklam, tanıtım, promosyon, yardım ve bağış toplama, araştırma, inceleme, propaganda veya cinsel içerik iletimi gibi amaçlarla gönderilen veri, ses ve görüntü içerikli iletileri ifade eder.”(Tasarı md.2(c)). Tasarı'daki ifadeden de anlaşılacağı üzere sadece e-posta veya telefon mesajları değil onları da kapsayacak şekilde isabetli olarak geniş bir tanımlama yapılmıştır. Tasarı uyarınca alıcının ticarî elektronik iletiyi reddetme hakkı da bulunmaktadır. Buna göre alıcılar diledikleri zaman, hiçbir gerekçe belirtmeksizin ticarî elektronik iletileri almayı reddedebilir. Gönderici ise ret bildiriminin, elektronik iletişim araçlarıyla kolay ve ücretsiz olarak iletilmesini sağlamakla ve gönderdiği iletide buna ilişkin gerekli bilgileri sunmakla yükümlüdür. Talebin ulaşmasını takiben gönderici, üç iş günü içinde alıcıya elektronik ileti göndermeyi durdurur (Tasarı md.8).

B. Alan Adları (Domain Name) ile İlgili Haksız Rekabet

İnternette her sitenin kendine ait bir özel adresi vardır. Bunlara IP adresi denir. Sayılardan oluşan IP adresleri *Domain Name System (DNS)* ile simgesel olarak isimlendirilmiştir. Bu sayede sayılardan oluşan adresleri akılda tutmak zorken simgesel olan isimlerle adreslerin hatırlanması kolaylaşmaktadır⁷⁰. Elektronik ticaretin öneminin artması nedeni ile işletmeler sanal ortamda da var olmak, müşterilerine bu kanaldan da ulaşmak istemektedirler. Bir bilgisayar kullanıcısının herhangi bir ürüne, hizmete, markaya ya da bir işletmeye İnternet üzerinden ulaşabilmesi için bir İnternet sitesinin olmasına ihtiyaç vardır. İnternetteki bu adresler mal veya hizmet sunan kişinin bilgisayarını tanım-

⁷⁰ ÖZDİLEK, İnternet ve Hukuk, s.128; Örneğin tr.wikipedia.org alan adını hatırlamak, 207.142.131.210 IP numarasını hatırlamaktan daha kolaydır. <http://tr.wikipedia.org/wiki/DNS> (09.09.2013); BOZBEL Savaş, “İnternet Alan Adı (Domain Name) Müracaat ve Tescil Uygulamaları-Dünyadaki Uygulamalar Eşliğinde Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Mevzuat Dergisi, Yıl 8, S.92, Ağustos 2005, s.1, www.mevzuatdergisi.com/2005/08a/01.htm (28.10.2013).

lamaktadır⁷¹. Örneğin, bir şirketin, kendi İnternet sitesinde ürettiği mal ve hizmetlerin tanıtımını yapması ya da pazarlaması mümkündür. Şirketler İnternet sitesi adresini alırken genellikle içeriğine uygun bir isim seçmelidirler. Bu da genellikle şirketin ticaret unvanı ya da ürettiği mal veya hizmetin markası ile aynıdır, ya da bunları içerir. Alan adları reklam açısından da önemlidir. Çünkü İnternetteki kullanıcı markanın sahibinin ve alan adı ile ulaştığı sitenin sahibinin aynı kişi olduğu kanısına sahiptir⁷².

Bir web sitesine ulaşmayı sağlayan alan adları ile ilgili haksız rekabet söz konusu olabilir. Marka hakkı ihlalleri ya da herhangi bir adın ya da ticari adın ihlali şeklinde ortaya çıkan alan adları ile ilgili sorunlar haksız rekabete yol açabilmektedir. Alan adları ile ilgili ve haksız rekabet oluşturan başlıca konular şu şekilde sayılmaktadır: “a) alan adı korsanlığı, b) tanınmış markaya benzer bir adı alan adı olarak tescil ettirme, c) Üçüncü kişiye ait bir markanın kasten harf hatalarıyla tescili⁷³, d) alan adı casusluğu, e) başkasına ait alan adından yararlanma, f) taklit⁷⁴”.

Alan adı korsanlığı (*domain grambling*), alan adının tescilli bir marka ile veya tescilli olmayan ancak tanınmış olan bir marka ile bir şirketin ticaret un-

⁷¹ KIRCI N. Berkay, *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı*, Turhan Kitapevi, Ankara 2009, s.75-76; 6102 Türk Ticaret Kanunu’nun 397(3). maddesi uyarınca denetim tabi olan şirketlere İnternet sitesi açma zorunluluğu getirilmiştir. TTK md.397(4) gereği hangi şirketlerin denetim kapsamında olacağı Bakanlar Kurulu’nun 23.01.2013 tarih ve 28537 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 2012/4213 sayılı “Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Karar”ı ile belirlenmiştir.

⁷² Alan adı olarak işletmeler ve şirketler, markalarını ya da işletme adlarını kullanmaktadır. Bu bakımdan alan adının tanıtıcı işlevi vardır. Günümüzde alan adı ticari değer kazanmış ve adeta bir çevrimiçi marka olmuştur. Geniş açıklama için bkz. OKAN, Ağ Reklamları, s.92; NOMER Füsün, *“İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”*, Prof.Dr.Hayri Domaniç’e 80.Yaşgünü Armağanı, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s.400; CAN / MEMİŞ, s.21; “... tüketici ulaşmak istediği sitenin adresini bilmiyorsa, o firmanın markasını veya adından oluşan adresleri deneyerek istediği siteye ulaşabilmektedir.”TOPLU ÜNLÜ Selma, *“Domain Names (İnternet Alan Adları), İnternet Üzerinde Marka Tecavüzü ve Haksız Rekabet”*, www.bilisimzirvesi.com.tr/01/dosyalar/alan-adlari.pdf, s.6 (16.04.2013).

⁷³ Çok ziyaret edilen veya tanınmış markaların İnternet sitelerinin alan adlarının yanlış yazılış şekillerini alan adı olarak alan kişiler, kendi sitelerine reklam verilmesini sağlayarak gelir elde etmektedirler. KIRCI, s.80.

⁷⁴ OKAN, Ağ Reklamları, s.95.

vanı ile veya tr dışındaki bir alan adı ile aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer olması durumunda söz konusu olur. Alan adı korsanlığının bir başka şekli o zamana kadar alınmamış ancak talep edilme ihtimali yüksek olan alan adları olarak ilerde bunları kullanmak isteyenlere vermek için yüksek bedeller istemektir⁷⁵.

Alan adlarının başkaları tarafından iltibasa yol açacak şekilde marka, ticaret unvanı, işletme adı gibi tanıtmaya vasıtası olarak kullanılması, alan adının ününden faydalanmak amacıyla bunlarla aynı işareti taşıyan marka ve ticaret unvanının ya da işletme adının kullanılması haksız rekabet teşkil eder⁷⁶. Örneğin tanınmış markaların bilerek yanlış yazılmış hallerini alan adı olarak bilerek tescil ettiren kişiler, arama motorlarında markaları yanlış yazan İnternet kullanıcılarını böylelikle kendi sitelerine çekmektedirler⁷⁷.

Örneğin kullanılan alan adı başkasına ait tanınmış bir markayı içeriyorsa ya da bir kişinin izni alınmadan alan adında kullanılırsa bu da haksız rekabet oluşturur⁷⁸.

Cins ve meslek isimlerinin veya tanınmış diğer isimlerin alan adı olarak kullanılması da haksız rekabet oluşturmaktadır⁷⁹.

C. Çevrimiçi Reklam (Online advertising veya Web advertising) ve Pop Up Reklamlar ile Haksız Rekabet

İşletmeler reklam amacı ile web sitelerini kullanabilir. Çevrimiçi reklam (*online advertising*) ya da bilgisayar ağı reklamı (*webvertising/web advertising*) denilen bu reklamlar iki türdür. İşletme ya kendine ait web sitesinde

⁷⁵ OKAN, Ağ Reklamları, s.95-96; Alan adları başlangıçta ilk gelen ilk alır ilkesine göre verilmiştir. Tanınmış kişilerin isimlerini alan adı olarak alarak bundan kazanç elde etmeye çalışan kişilerin ortaya çıkması üzerine alan adlarının verilmesinde uygulanan kurallar değişmiştir. *INTERNIC (The Internet's Network Information Center-İnternet Ağ Bilgi Merkezi)* denilen alan adlarının en üst seviyede yönetimini yapan organizasyon alan adı almak isteyen kişinin bu alan adını almaya hakkı olduğunu ispatlamak zorunda olduğu bir sistem getirmiştir. CAN / MEMİŞ, s.23; www.internic.net (13.09.2013).

⁷⁶ NOMER, s.401.

⁷⁷ Örneğin "Citizen" yerine "Cetizen" yazılması. Örnek ve diğer açıklamalar için bkz. TOP-LU ÜNLÜ, s.7.

⁷⁸ OKAN, İnternet, s.128.

⁷⁹ CAN / MEMİŞ, s.21.

reklamını yapar. Ya da başkalarına ait web sitelerinde reklam verir. Başkalarına ait web sitelerine reklam verildiğinde o sitelerin genellikle üst köşelerinde bulunan reklam bantları (*banner*) kullanılmaktadır. Bu reklamlarda haksız rekabet söz konusu olabilir⁸⁰.

Reklam bantları açılan web penceresinin içinde yer alır, ayrı bir pencerede görünmez. Reklam bantları hazırlanmış bir web sayfasında yer alabileceği gibi anahtar sözcüklerin tetiklediği reklamlar olarak ortaya çıkabilmektedir⁸¹.

Pop up reklam ise bir web sitesine girildiği zaman asıl site açıldığında onunla birlikte açılan istenmeyen reklam pencereleridir⁸². Pop up reklamlar ile ilgili hukuki sorun, bilgisayar kullanıcılarının arama motorlarında aradıkları kelimeler ile pop up reklamlar arasında bağ oluşturan program tasarlayanların fiillerinin haksız rekabet teşkil edip etmeyeceğidir. Aranılan kelimelerin başkasına ait bir marka olması durumunda ise marka hakkının ihlal edilip edilmediği konusu da gündeme gelmektedir⁸³. Bu noktada hukukumuz bakımından Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’de yer alan ve başkasına ait tescilli markayı, markanın kullanımına ilişkin hakkı veya meşru bir bağlantısı olmadığı halde, markanın aynısını veya benzerini İnternet ortamında ticari etki yaratacak biçimde, alan adı, yönlendirici kod, anahtar sözcük veya benzeri biçimlerde kullanan kişinin fiilinin önlenebileceği hükmü gündeme gelmektedir. Ayrıca Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan haksız rekabete

⁸⁰ OKAN, İnternet, s.128.

⁸¹ OKAN, Ağ Reklamları, s.134; Hamburg’da bulunan Landgericht Bölge Mahkemesinin 2000 yılında verdiği bir kararında arama motorları tarafından anahtar kelimelerin satılmasının haksız rekabet teşkil ettiğine hükmedilmiştir (MANN Roger, “*Sale of Keywords: Trademark Violation, Unfair Competition or Proper E-Advertising?*”, European Intellectual Property Review, Y.2000, N.8, s.378, http://www.damm-mann.de/assets/eipr_2000_378.pdf (16.09.2013)).

⁸² Teknoloji’nin gelişmesiyle birlikte bu sorunu çözmek için pop-up engelleyici programlar hatta web tarayıcı plug-in’leri mevcuttur. Pop-up’lar bilgisayarlara kötü amaçlı yazılım yüklemek amacıyla da kullanılabilir. Bu nedenle pop-up engelleyiciler kullanılması önerilmektedir. Bugün antivirüs programlarının pop-up engelleme işlevini de yardımcı programlara ihtiyaç kalmadan engelleyebildiği görülmektedir. <http://pop-up.nedir.com/#ixzz2f3H4xz3F> (16.09.2013).

⁸³ Bu konuda U-Hall International, Inc. v. WhenU.com, Inc. 279 F. Supp. 2d 723 (E.D. Va 2003) (SINCLAIR, Andrew J., “*Third Party Pop-up Advertisements: U-Hall Int’l, Inc. v. WhenU.Com*”, <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume101/sinclair.pdf> (16.09.2013)).

ilişkin hükümler ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un aldatıcı reklamlara ilişkin hükümleri uygulanabilecektir⁸⁴.

D. İlişim/Bağlantı (Link/Hyperlink) Yolu ile Haksız Rekabet

İnternette bulunan *link* ya da *hyperlink* denilen, ilişim veya bağlantı şeklinde ifade edilebilecek olan kısa kodlar, HTML diliyle yazılmış olan web sayfalarını birbirine bağlar. Bu linkler sayesinde birçok web sayfası birbirine bağlanır. Bağlanan web sayfaları aynı web sitesi üzerinde olabileceği gibi başka bir web sitesinde yani başka bir adreste de olabilir. İnternette dolaşım bu linkler kullanılarak yapılmaktadır⁸⁵.

Bir web sayfasında başka bir web sayfasına bağlantı verilmesi uyumsuzluklara neden olabilir. Bazı web sayfalarında kendileri ile hiç ilgisi olmayan başka bir web sitesinin ana sayfasını atlayıp doğrudan sayfa içindeki diğer sayfalardaki bilgilere bağlantı (*deep link*) verilmesi o web sitesi sahibi bakımından sorun oluşturabilir⁸⁶. Zira bu şekilde ana sayfa atlanmış olmakta ve ana sayfanın amacı etkisiz kalmaktadır. Ana sayfada yer alan reklamlar kullanıcı tarafından görülmemektedir. Ayrıca bağlantı veren sitenin bunu nasıl yaptığına bağlı olarak kullanıcıya gönderme yapılan sitenin bağlantıyı veren siteye ait olduğu izlenimi uyandırılmış olabilir. Bu durum da haksız rekabet teşkil edecektir. Bağlantı verilirken başkasına ait marka kullanılıyorsa Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname anlamında marka hakkına tecavüz söz konusu olabilir⁸⁷.

E. Çerçeveleme (Framing) Yolu İle Haksız Rekabet

Çerçeveleme (*framing*) bir kişinin bir veya birden fazla ayrı ayrı adres-

⁸⁴ OKAN, Ağ Reklamları, s.137; 6502 sayılı 07.11.2013 tarihinde kabul edilen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 61.madde ve devamı ticari reklam ve haksız ticari uygulamalarla ilgilidir.

⁸⁵ <http://www.bilgiportal.com/zemin/yazi/926/link-nedir> (22.07.2013); <http://en.wikipedia.org/wiki/Hyperlink> (22.07.2013).

⁸⁶ İskoçya'da Edinburg'da verilen bir mahkeme kararı davalının davacıya ait gazetenin web sitesinden başlıkları kendi web sitesinde bağlantı olarak vermesinin önlenmesi hususuna ilişkindir. Shetland Times Ltd. v. Dr. Jonathan Wills and Zetnews Ltd. Court of Session, Edinburgh (Lord Hamilton, J.) (October 24, 1996) http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case194.cfm (16.09.2013).

⁸⁷ OKAN, Ağ Reklamları, s.118.

lenmiş unsurdan oluşan bileşik bir web sayfası hazırlamasına imkân sağlar. Çerçeveleme içeren bir web sayfası, bilgisayar ekranında çoklu pencerelere benzeyen kendine özgü biçimde tanımlanmış alanlardan oluşur. Bir web sayfasına bağlantı verilerek herhangi bir web sitesinin içeriği web sitesi sahibinin sitesine getirilebilir. Bağlantı aracılığıyla çerçeveler, kullanıcının asıl sayfası ile bağlantılarını kaybetmeden kullanıcının tek bir bilgisayar ekranındaki çerçevelenmiş alan içerisinde değişik web site yerleşimlerini eş zamanlı olarak görebilmelerini olanaklı kılar. Çerçevelemede her bir çerçeve birbirinden bağımsız olarak işler. Bilgi, bilgisayar ekranında diğer çerçevelerde görüntülenen içeriğin üzerine yazmaksızın bilgisayar ekranındaki yalnızca tek bir çerçeve içinde görüntülenebilir. Böylelikle web sayfası sahipleri reklam vermeyi sürdürerek ve belirli web sitesi materyalini belirli bir çerçeve içine sabitleyerek web sitelerinin yerleşim planlarını kendi yararlarına kullanabilirler. Ancak bu durumda çerçevelemeyi kullanan ve diğer sitelere bağlantı veren kişilerin fiilleri haksız rekabet oluşturabilir⁸⁸.

Çerçeveleme ile ilgili çeşitli hukuki sorunlar doğabilir. Eğer çerçeve içinde görüntülenen içerik Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında eser niteliğinde ise sahibinden izin alınmadığı sürece çerçeve kullanımı yasaya aykırılık teşkil edecektir. Yine çerçeve kullanılan web sitelerinde çerçeve içine alınan içeriğin etrafının reklamlarla çevrilmesi ve buna ek olarak kullanıcının tarayıcısının adres kısmında çerçeve kullanılan asıl sayfanın adresinin görünmesi, tüketici

⁸⁸ Bu konuda bir örnek olay Total News, isimli haber toplama sitesinin haber kuruluşlarının bilgilerini kendi web sitesinde görüntülemek için çerçeveleme ve bağlantı teknolojilerini kullanması ve çerçevelerin etrafını kendi ilanlarıyla çevirmesi ve buna karşılık Washington Post, Wall Street Journal ve CNN'in de içinde bulunduğu haber kurumlarının Total News'e karşı bir dava açması gösterilebilir. Bu davada davacılar, davalının web sitesinin kendi sitelerine bağlantı vermesinin ve çerçeveleme kullanmasının kişilerin web sitelerini okuma tarzlarını değiştirdiğini çünkü Total News'in çerçevesinin haber kuruluşlarının web sitelerine dâhil olan reklamlar yerine Total News'in reklam verenlerinin reklamlarını içerdiğini iddia etmişlerdir. Davacılar söz konusu durumda davalının kendilerine ait haberlerin ticari değerini kötüye kullandığını, markalarının ayırt edici özelliğini azalttığını ve seyreltildiğini iddia etmişlerdir. Haber kuruluşları ayrıca Total News'in sitesinin, Total News'in web sitesinde gösterilen reklamların ve içeriğin kaynağı konusunda tüketicileri aldatma, karışıklık ve yanılgıya neden olma olasılığının bulunduğunu iddia etmişlerdir. (ÖZDİLEK, Ali Osman, "*Web Sitelerinde Çerçeveleme (Framing) Teknolojisi ve Getirdiği Yasal Problemlere Kısa Bir Bakış*", Montreal 2002, <http://teknolojihukuku.blogspot.com/2007/01/web-sitelerinde-ereveleme-framing.html> (17.09.2013)).

bakımından karışıklığa yol açabilecektir. Böyle bir durumda marka hakkı tecavüze uğrayanlar Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında hukuki yollara başvurabilecekleri gibi haksız rekabete ilişkin Türk Ticaret Kanunu hükümlerine dayanarak da talepte bulunabileceklerdir⁸⁹.

F. Yönlendirici Kod (Metatag) Yolu İle Haksız Rekabet

Bir işletmenin kendisine ait web sitesinin olmasının yanı sıra elektronik ortamda arama motorlarında arandığında kolay bulunabilmesi tanıtım ve reklam açısından önemlidir. İşte bir arama motorunda aramayı kolaylaştırmak için işletmeye ait web sitesinin içeriğine ilişkin bilginin özel bölümlerinde kullanıcıların göremeyeceği ancak arama motorları tarafından görülen yönlendirici kodlar (*metatag*) yer alır⁹⁰.

Bir web sitesinin sahibi yönlendirici kodların içeriğini oluşturan anahtar kelimeleri seçmekte serbesttir. Örneğin bir işletme kendisi ile ilgili veya konusu ile ilgili kelimeleri seçebilir. Web sitesi sahibi işletme, rakibine ait marka, işletme adı gibi işaretleri de yönlendirici kod olarak seçebilir. Böylelikle İnternet ortamında arama motorlarında bu kelimeleri arayanlar web sitesini görebilecektir. Eğer bir web sitesinin yönlendirici kodları başkasının markasını içeriyorsa bu durum arama yapan tüketici bakımından karışıklığa yol açabilir. Zira tüketici arama motorunda markayı yazıp arama yaptığında aradığı web sitesi yerine markanın yönlendirici kod olarak kullanıldığı web sitesine ulaşacaktır. Bu da marka hakkının ihlaline neden olabilir. Başkasına ait isimlerin, unvanların yönlendirici kod olarak kullanılması haksız rekabet oluşturabilir⁹¹.

G. Elektronik Ortamda İş Şartlarına Uymama

Türk Ticaret Kanunu'na göre kanun veya sözleşmeyle rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan iş şartlarına uyulmaması dürüstlüğe aykırı davranış oluşturmaktadır (TTK md.55(1)(e)). Örneğin, mes-

⁸⁹ ÖZDİLEK, Çerçeveleme; OKAN, Ağ Reklamları, s.123-124.

⁹⁰ OKAN, Ağ Reklamları, s.87-88; Metatag'ın HTML kodunun HEAD bölümüne yerleştirilmiş olan, arama motoru, web browser (tarayıcı) ya da website sunucusuna bilgi sağlayan etiket olduğu ve arama motorlarına site ve içeriği hakkında bilgi sunduğu hakkında bkz. <http://metatag.nedir.com/> (20.09.2013).

⁹¹ ÖZDİLEK, İnternet ve Hukuk, s.204-205; OKAN, Ağ Reklamları, s.89.

leki kuruluşlar indirim zamanlarını tespit etmekte ve bu dönemlerde indirimli satış yapılmaktadır. Tespit edilen dönemlerin dışında indirimli satış yapılması haksız rekabet sayılır⁹². Buna göre işletmelerin İnternet mağazalarında indirim zamanlarını beklemeden örneğin sezon indirimine girmesinin elektronik ortamda haksız rekabet sayılmasının mümkün olduğu söylenebilir. Bilgisayar kursu açmak için bakanlıktan izin almak gerekmektedir. İzin alınmadan kurs açılması haksız rekabettir⁹³. İnternet üzerinden kursun uzaktan eğitim şeklinde olması durumu değiştirmez. Yine haksız rekabetin söz konusu olduğu söylenebilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 55(e) maddesi uyarınca rakipler arasında geçerli olan mesleki geleneklere uymamak haksız rekabet sayılmaktadır. Zaman içinde İnternet ortamında üzerinde anlaşılan ve uluslararası kabul görmüş etik kurallar⁹⁴ oluştuğunda bunlara aykırı davranışların da haksız rekabet teşkil edeceği belirtilmektedir⁹⁵.

H. Dürüstlük Kuralına Aykırı İşlem Şartları Kullanmak

Türk Ticaret Kanunu uyarınca dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak, özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullanma davranışı haksız rekabet sayılır (TTK md.55(1) (f)). Buna göre İnternet'ten alışveriş yapmak isteyen kişinin bir siteden istediği ürünü alabilmesi için karşı taraf ile yapılan satım sözleşmesinde örneğin müşterinin elektronik posta adresinin ve diğer kişisel bilgilerinin kullanımına izin verdiğine ilişkin genel işlem şartının haksız rekabet teşkil edeceği düşünülebilir. Zira böyle bir durumda o siteden alışveriş yapan müşteri bilgilerinin paylaşılmasını istemese de eğer o ürünü satın almak istiyorsa sözleşmeyi kabul ettiğine dair kutucuğa web sayfasında işaret koymadan işlemini tamamlayamayacaktır.

⁹² ARKAN, s.320.

⁹³ ARKAN, s.320.

⁹⁴ İnternette iletişimi yönlendiren etik kural ve standartlara *netiquette* denilmektedir. Uluslararası alanda tüm ülkelerce kabul edilmiş kurallar bulunmamaktadır. <http://networketiquette.net/index.html> (28.10.2013). Bununla birlikte Milletlerarası Bilgi İşleme Federasyonu-IFIP (*International Federation for Information Processing*), İnternetin Yönetimi ve Etik Kurallar başlığı altında çerçeve ilkeleri hazırlamıştır. http://www.info.fundp.ac.be/~jbl/IFIP/Ethics_and_Internet_Governance.pdf (28.10.2013).

⁹⁵ CAN / MEMİŞ, s.20.

IV. SONUÇ

İnternet, pek çok konuda olduğu gibi işletmelerin kendilerinin ve ürünlerinin tanıtımı için de önemli bir alandır. İşletmeler bu nedenle İnternette yer almak istemektedir. İşletmeler İnternet aracılığıyla kazanç sağlayabilmek için gerçek ortamda olduğu gibi sanal ortamda da rekabet halindedir. Ancak sanal ortamda da haksız rekabet kurallarının ihlal edilmemesi gerekmektedir.

Hukukumuzda haksız rekabet hem Türk Borçlar Kanunu'nda hem de Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmektedir. Davalının tacir olduğu durumlarda Türk Ticaret Kanunu uygulanacaktır. Ancak bu durum doktrinde yaratacağı uygulama zorlukları nedeniyle eleştirilmektedir⁹⁶. Bunun için İsviçre'de olduğu gibi iki ayrı düzenleme yerine bir tek haksız rekabet kanunu hazırlanması ve bu kanun hazırlanırken elektronik ticaret ve İnternet ortamında oluşabilecek haksız rekabet hallerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Yeni düzenlemenin hazırlanmasında Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ve Avrupa Birliği'ndeki düzenlemeler de dikkate alınmalıdır⁹⁷. Bununla birlikte 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda eskisine nazaran daha geniş bir bakış açısı ile haksız rekabet düzenlenmektedir. Daha fazla örneğe yapılmıştır. Karşılaştırmalı reklamlar ile ilgili açık düzenleme getirilmiştir. Hem işletme sahiplerinin, hem tüketicilerin hem de kamunun menfaatlerinin gözetilmesi söz konusudur⁹⁸. Ayrıca kanunda haksız rekabetten sorumlu olacak kişiler düzenlenirken günümüz şartlarına uygun olarak bilişim alanındaki gelişmeler dikkate alınmıştır.



KAYNAKLAR

ARKAN Sabih, *“Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar”*, BATİDER, C.XXII, S.4.

ARKAN Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 15.B., Ankara 2011.

⁹⁶ ARKAN, s.310-311; CAN / MEMİŞ, s.45.

⁹⁷ CAN / MEMİŞ, s.45; İKİZLER, Metin / BAŞAR, M. Sinan, *“Spam'in Zararları ve Spam ile Hukuki Mücadele: ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları ile Karşılaştırılması”*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, Y.2006, s.114.

⁹⁸ OKAN, Ağ Reklamları, s.143-144.

BAISTROCCHI Pablo, “*Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce*”, Santa Clara High Technology Law Journal, Year 2002, Vol. 19, Issue 1.

BAŞTÜRK İhsan, “*Türk Ticaret Kanununda Bilişim Yoluyla Haksız Rekabetin Hukuki-Cezai Sonuçları*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1, Y. 2, S. 6, 2011.

BOZBEL Savaş, “*İnternet Alan Adı (Domain Name) Müracaat ve Tescil Uygulamaları-Dünyadaki Uygulamalar Eşliğinde Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi*”, Mevzuat Dergisi, Yıl 8, S.92, Ağustos 2005, www.mevzuatdergisi.com/2005/08a/01.htm (28.10.2013).

BOZBEL Savaş, “*Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Karşılaştırmalı Reklam*”, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Mayıs 2012.

CAN Mustafa / MEMİŞ Tekin, “*Elektronik Ortamda Haksız Rekabet Halleri*”, Mevzuat Dergisi, Y.7, S.81, Eylül 2004, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/09a/04.htm> (22.06.2013).

DECOCQ Georges, “*Cyber Consumer Protection and Unfair Competition*”, Electronic Journal of Comparative Law, Vol.11.3, December 2007, <http://ejcl.org> (22.03.2014).

GÖLE Celal, *Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1983.

GÜNGÖR Müberra / EVREN Gökhan, İnternet Sektörü ve Türkiye İncelemeleri, Telekomünikasyon Kurumu, Ankara 2002.

GÜVEN Pelin, *Rekabet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

İKİZLER, Metin / BAŞAR, M. Sinan, “*Spam’in Zararları ve Spam ile Hukuki Mücadele: ABD Örneği ve Türk ve Avrupa Birliği Hukukları ile Karşılaştırılması*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, Y.2006.

JOHNSON David R. / POST David G., *“Law and Borders-The Rise of Law in Cyberspace”*, Stanford Law Review, Vol.48, No.5, May 1996.

KÂHYA Bünyamin Ersin / ÇALIKOĞLU Rüştü Levent / DENGİZ Abdullah, *“Türkiye’nin En Büyük 500 İşletmesinde E-Ticaret Üzerine Bir Alan Araştırması”*, www.tcmb.gov.tr/yeni/iletisimgm/eticaret.pdf(24.03.2014).

KAYA Arslan, *Karşılaştırmalı-Notlu Yeni Türk Ticaret Kanunu*, 3.B., Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

KAYA Bedii, *“Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun 58.maddesinin Bilgi Toplumu Hizmet Sağlayıcıları Açısından İncelenmesi”*, <http://www.turk-internet.com/portal/yazigoster.php?yaziid=31810> (19.04.2014).

KIRCI N. Berkay, *Markanın İnternet Yoluyla Haksız Kullanımı*, Turhan Kitapevi, Ankara 2009.

KIRTOK Gül Banu, *“Yeni E-Ticaret Kanunu ile E-Posta Pazarlaması Nasıl Düzenlenecek?”*, <http://eticaretmag.com/yeni-ticaret-kanunu-eposta-pazarlamasi/> (25.04.2014).

MANN Roger, *“Sale of Keywords: Trademark Violation, Unfair Competition or Proper E-Advertising?”*, European Intellectual Property Review, Y.2000, N.8, http://www.damm-mann.de/assets/eipr_2000_378.pdf (16.09.2013).

MEMİŞ Tekin, *“Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi”*, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.V, S.1-4, Y.2001 (E-posta).

MEMİŞ Tekin / BOZBEL, Savaş, *“Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamlar”*, e-akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Kasım 2008, S.81, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=MARKA%20VE%20HAKSIZ%20REKABET%20HUKUKU%20BAKIMINDAN%20ADWORDS%20REKLAMLAR&kimlik=1227080164&url=makaleler/tmemis-sbozbel-1.htm> (12.06.2014).

NOMER Füsün, *“İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”*, Prof.Dr.Hayri

Domaniç'e 80.Yaşgünü Armağanı, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

OKAN Neval, "**İnternette Haksız Rekabet**", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, Y.2011 (İnternet).

OKAN Neval, **Ağ Reklamları ve Haksız Rekabet**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011 (Ağ Reklamları).

ÖZDİLEK Ali Osman, İnternet ve Hukuk, Papatya Yayıncılık, İstanbul 2002 (İnternet ve Hukuk).

ÖZDİLEK Ali Osman, "**Web Sitelerinde Çerçeveleme (Framing) Teknolojisi ve Getirdiği Yasal Problemlere Kısa Bir Bakış**", Montreal 2002, <http://teknolojihukuku.blogspot.com/2007/01/web-sitelerinde-ereveleme-framing.html> (17.09.2013) (Çerçeveleme).

SINCLAIR Andrew J., "**Third Party Pop-up Advertisements: U-Haul Int'l, Inc. v. WhenU.Com**", <http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume101/sinclair.pdf> (16.09.2013).

SOYSAL Tamer, "**İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları**", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y.2005, S.61.

TAMER Ahmet, **Yanlış veya Yanıltıcı Beyan ve Hareketlerle Haksız Rekabet**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

TOPLU ÜNLÜ Selma, "**Domain Names (İnternet Alan Adları), İnternet Üzerinde Marka Tecavüzü ve Haksız Rekabet**", www.bilisimzirvesi.com.tr/01/dosyalar/alan-adlari.pdf, (16.04.2013).

VERMEER Marike, "**Unfair Competition Online and The European Electronic Commerce Directive**", Annual Survey of International & Comparative Law, Vol.7, Issue 1, Y.2001, <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1061&context=annlsurvey> (12.06.2014).

YASAMAN Hamdi, "**6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Hakız Rekabet İle İlgili Getirdiği Yenilikler**", Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Mayıs 2012.

YAVAŞ Murat, *“Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri”*, Doç.Dr.Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Armağan Özel Sayısı, İstanbul 2006.

Yararlanılan İnternet Siteleri

- <http://altbilgi.com/usenet-nedir-usenet-nasil-calisir.html> (21.06.2013)
- http://answers.ask.com/business/other/what_is_an_advertisement (30.10.2013)
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Hyperlink> (22.07.2013)
- <http://en.wikipedia.org/wiki/Marketing> (15.06.2013)
- <http://internetservissaglayicisi.nedir.com/> (29.10.2013)
- <http://liste.linux.org.tr/nedir.php> (21.06.2013)
- <http://metatag.nedir.com/> (20.09.2013)
- <http://pop-up.nedir.com/#ixzz2f3H4xz3F> (16.09.2013)
- http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.532d6546391588.13289333 (22.03.2014)
- http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilişim_hukuku (16.04.2014)
- <http://tr.wikipedia.org/wiki/DNS> (09.09.2013)
- http://tr.wikipedia.org/wiki/Elektronik_ticaret (12.06.2013)
- <https://en.wikipedia.org/wiki/Email> (16.06.2013)
- <http://windows.microsoft.com/tr-tr/windows-vista/what-are-newsgroups> (21.06.2013)
- <http://www.bilgiportal.com/zemin/yazi/926/link-nedir> (22.07.2013)
- <http://www.cnnturk.com/bilim-teknoloji/internet/her-internet-kullanicisinin-bilmesi-gereken-kavramlar> (16.04.2014)
- <http://www.e-ticaret.gov.tr/index.cfm?sayfa=47A6A1A9-D8D3-8566-4520E2710CDD3930> (12.06.2014)
- <http://www.e-ticaret.gov.tr/index.cfm?sayfa=47A6A1A9-D8D3-8566-4520E2710CDD3930> (24.03.2014)

<http://www.e-ticaretmerkezi.net/abdirektif.php> (07.09.2013)

<http://www.greenwebdesign.com/Glossary-Of-Technical-Terms.htm>
(17.06.2013)

http://www.info.fundp.ac.be/~jbl/IFIP/Ethics_and_Internet_Governance.pdf
(28.10.2013)

http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case194.cfm (16.09.2013)

<http://www.internetnedir.net/Internet-nedir-ne-degildir.html> (22.03.2014)

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/Tutanak_B_SD.birlesim_baslangic?P4=20281&P5=H&PAGE1=19&PAGE2=76 (21.04.2014)

https://en.wikipedia.org/wiki/Chat_room (22.06.2013)

www.internic.net (13.09.2013)

www.tdk.gov.tr (16.04.2014)

MÜTEMADİ (KESİNTİSİZ) SUÇ

Dauerverbrechen

Yrd. Doç. Dr. Erdal YERDELEN *

ÖZET

Hareket ile meydana gelen hukuka aykırı sonucun birden sona ermeyip zaman içinde devam etmesi ve bu devamlılığın failin iradi bir davranışına bağlı olması halinde mütemadi suçtan söz edilmektedir. Haksızlığın belli bir süre devamının suçun oluşması bakımından aranması pratikte değişik sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Özellikle suçun işlendiği zaman, yer, lehe kanun uygulaması, zamanaşımı, iştirak; tartışmalı alanların bir kısmıdır. Bu çalışmada, mütemadi suçun hukuki niteliği ve benzer suçlardan farkı incelenecektir. Ayrıca hukuki niteliğinin farklı olmasına bağlanan diğer sonuçlar da ortaya konmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Davranış, Suç, Mütemadi Suç, Suçun İşlenme Zamanı, Özelikli Durumlar.

ABSTRACT

As is known, in the case of an unlawful outcome that occurred with an action, doesn't end outright and continue through the time and this continuity depends on the willed behaviour of the perpetrator is mentioned continuing offence. Requiring injustice continue for a certain period in terms of occurring offence has led to emergence of difference results in practice. Especially time and place of the crime, implementation of law in favor of suspect/accused, limitation, participation are a portion of controversial areas. In this study, the legal nature of continuing offence and differences from similar offences will be examined. In addition other outcomes connected to different legal nature of the continuing offence will tried to reveal.

Key Words: Act, Offence, Conduct, Continuing Offense, Committing Time of Crime, Featured Cases

◆◆◆◆

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Ani suç, cezai açıdan kanunun aradığı unsurların gerçekleştiği anda tamamlanan ve sona eren suç tipidir. Ani suçlarda tamamlanma ile sona erme aynı ana denk gelmektedir. Suçun unsurları bu anda eksiksiz olarak (tam) gerçekleşmektedir. Örneğin, hırsızlık, başkasının taşınabilir eşyasının alınması ile tamamlanır ve sona erer. Kasten öldürme suçu da aynı şekilde bir ani suçtur.

Mütemadi suçlarda ise ani suçtan farklı olarak suçun tamamlanmasıyla hukuka aykırı durumun bir müddet daha devam etmesi gereklidir. Başka bir ifadeyle suçun tamamlanmasıyla sona ermesi arasında bir zaman aralığı söz konusudur. Mütemadi suç açısından gerçekleşen bu unsurların belli bir süre devamı ve tekrar hukuka uygun hale gelecek aşamaya (noktaya) kadar sürmesi icap eder. Hareket ile meydana gelen hukuka aykırı sonucun birden sona ermeyip zaman içinde devam ettiği suçlar, mütemadi (kesintisiz) suç olarak adlandırılır¹.

Mütemadi suçun en önemli özelliği suçun tamamlanması ile bitmesi aşamalarının farklı zamanlarda gerçekleşmesidir. Mütemadi suçlarda hareketin icrası devam ettiği sürece suç da işlenmeye devam etmektedir. Mütemadi suçlarda hareketten kaynaklanan haksız durumun sürdürülmesi de kanuni tipi gerçekleştirmektedir. Mütemadi suçların kesintisiz olma özelliği nedeniyle suç, haksızlığın gerçekleşmesiyle tamamlanmakta ve bu sonucun ortadan kalkmasıyla bitmektedir².

Mütemadi suçun kesintisiz olma özelliği ile suçun tamamlanma ve bitme aşamalarının farklı zamanlarda gerçekleşmesi hukuki açıdan önemli sonuçlar doğurmaktadır³. Suçun belli bir zaman diliminde devam etmesinin doğal sonucu olarak, suçun işlenme yeri, işlenme zamanı, zamanaşımı süresinin başla-

¹ ÖZGENÇ, İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.170; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.116.

² KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.116.

³ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2013, s.167. Ani suçlarda tamamlanmanın bir an, mütemadi suçlarda ise tamamlanmanın bir aşama olduğu görüşündedir. Bu aşamanın bir başı ve bir sonu bulunmaktadır. Burada kastedilen aşamanın sonunun suçun işlenme anı olarak kabul edilmesi gerekir. Bunun gerekçesi, hukukun ihlalinin devamı sona ermedikçe suçun işlendiğinin kabulü mümkün değildir.

ması, lehe kanun değerlendirmesinin yapılması, kusur durumunun bu sürede değişmesi, teşebbüs, iştirak, diğer suç tipleriyle ilişkisi, ceza muhakemesi hukukunda etkileri (şikayet süresi) gibi konular önem arz etmektedir.

I. MÜTEMADİ (KESİNTİSİZ) SUÇ KAVRAMI VE NİTELİKLERİ

Mütemadi suç ile ilgili araştırma ve yazılar Almanya'da 20. Yüzyılın başlarında yoğunluk göstermektedir. Türkiye'de ilk mütemadi suç tanımına 1949 tarihli Ceza Hukuku Umumi Hükümler⁴ kitabında rastlanmaktadır. Önder'in 1963 tarihli makalesi de bu anlamda en kapsamlı çalışmadır.

Alman Ceza Hukuku Doktrininde yapılan değişik mütemadi suç tanımları şu şekildedir⁵: Olshausen'a göre; mütemadi suç, "suçun unsurlarının istenerek belli bir süre kesintisiz olarak devam ettirildiği suç tipidir"⁶. Frank, mütemadi suçu, "sadece suçun unsurlarının oluşturulması değil aksine bunların sürekliliğinin de unsurlara dahil olduğunu görerek tanımlamaktadır⁷. Tippelskirch, mütemadi suç teriminden, belirli bir eylemin cezalandırılabilir bir aşamaya gelecek şekilde tamamlanması, buna rağmen eylemin mağdura karşı devam ettirilmesini anlamaktadır⁸. Köhler'e göre, eğer bir suçun hukuki olarak tamamlanmasına rağmen devam ettiği gözleniyorsa diğer bir deyişle icrai davranışın akabinde oluşturulan bu hukuka aykırılığın ihmali bir şekilde devam ettirilmesi (sonlandırılmaması) söz konusu ise mütemadi suçtan bahsedilir⁹. Allfeld de benzer bir tanıma başvurmaktadır; mütemadi suç, "tamamlanmasından sonra da devam eden bir suç tipidir ki, hukuka aykırı durumun sonlandırılmasıyla son bulur"¹⁰. Beling'e göre, mütemadi suç, "az veya çok belli bir zaman dilimi-

⁴ TANER, M. Tahir, Ceza Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1949, s.97-102.

⁵ Alman Ceza Hukukunda mütemadi suç karşılığı olarak; "Dauerverbrechen", "Dauern-delikt" veya "Dauernsrafftat" ifadeleri kullanılmaktadır. Bunların en çok kullanılan "Dauerverbrechen"dir. Saksonya Ceza Kanununda "Dauernden", İsviçre'de "Dauerndelikt" ve Avusturya'da "Dauerstarftat" terimleri kullanılmaktadır. ÖNDER, Ayhan, "Mütemadi Suç", İ. H. F. M. C. XXIX, 1963, S: 1-2, s.79.

⁶ OLSHAUSEN, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Auflage, 1927, s.67.

⁷ FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926, s.74; FINGER, Lehtbuch des deutschen Strafrechts, 1904, s.375; DOERR, Das fortgesetzte Delikt, 1908, s.158.

⁸ HEİSERER, S. Ulrich, Das Dauerverbrechen, München 1931, s.7.

⁹ KÖHLER, Deutsches Strafrecht, 1917, s.537.

¹⁰ ALLFELD, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1922, s.231.

ni tamamlanmasından sonra da işgal eden suç tipidir.”¹¹ Jescheck/Weigend’e göre mütemadi suç, “failin cezalandırılabilir fiiline bağlı olan hukuka aykırı durumun yine failin iradesi ile belli bir süre devam ettirmesini gerektiren suç tipleridir”¹². Roxin’e göre mütemadi suç, “failin fiili ile bitmeyen aksine failin iradesine bağlı olarak haksızlığın belli bir süre devam ettiği suçlardır”¹³.

Türk Doktrininde ise¹⁴; Taner’e göre, mütemadi suç, “failin harekete geçmesiyle hitam bulmayarak icrası, bir müddet uzayan suçlardır”¹⁵. Temadiyi neticenin içinde gören Dönmezer/Erman’a göre, mütemadi suç, “hareketin eseri olan hukuka aykırı sonucun birden sona ermeyip zaman içinde devam etmesidir”¹⁶. Alacakaptan’a göre, bu unsura ek olarak bu devamlılığın failin iradi bir davranışına bağlı olması gerekir¹⁷. Erem’e göre, mütemadi suç, bir fiilden değil bir durumdan ibarettir, temadinin sona erdiği anda durum ortadan kalkmaktadır. Bu ana kadar devam etmesi gereken suçta mütemadi suç denir¹⁸. Önder’e göre, “netice gerçekleşikten sonra da bir müddet devam eden suçlar, mütemadi suç olarak nitelendirilir”¹⁹. Hafizoğulları/Özen’e göre, mütemadi suç, “suç oluşturan fiilin, failin davranışının sürekliliği yüzünden, zararlı veya tehlikeli durumu, kesintisiz olarak devam ettiren suçlardır”²⁰. Mütemadi suç

¹¹ BELİNG, Grunzüge des Strafrechts, 1925, s.24.

¹² JECHECK Hans-Heinrich/WEIGEND/Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996, s.263.

¹³ Roxin, mütemadi suçü Dauerdelikt ifadesi ile nitelendirmektedir. ROXİN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, München 2006, s.330.

¹⁴ Mütemadi suçun diğer tanımları için bkz. ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 88; İÇEL, Kayıhan/EVİK, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997, s.64; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2009, s. 228; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT Özlem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s.258; ÖZBEK, Veli Özer/M. Nihat, KANBUR/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013, s.218; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s.180; HAKERİ, Ceza Hukuku, s.164.

¹⁵ TANER, s.97.

¹⁶ DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt: I, İstanbul: 1997, s.385.

¹⁷ ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara 1970, s.48; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011 s. 269.

¹⁸ EREM, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1962, s.57.

¹⁹ ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.185; ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s.79.

²⁰ HAFIZOĞULLARI, Zeki/Muharrem ÖZEN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011,

yerine “Devamlı suç” ifadesini kullanan Soyaslan’a göre devamlı suç, “suça sebebiyet veren hareket ve bunun sonucu olarak meydana gelen zarar veya tehlikeli neticenin bir süre devam ettiği suçlardır²¹”. Mütemadi suç için “Sürekli suç” ifadesini tercih eden İçel’e göre, sürekli suç, “hareketin neden olduğu neticenin belli bir süre devam ettiği suç grubunu ifade eder²². Özgenç, mütemadi suç, “hareket ile meydana gelen hukuka aykırı sonucun birden sona ermeyip zaman içinde devam ettiği suçlar, olarak ifade etmektedir²³”.

Bu tanımlamalardan şu sonuç ortaya çıkmaktadır; mütemadi suç, aniden oluşan suçlara göre daha fazla bir şeyler içeren suç tipidir. Bu suç tipinin ani suça göre fazladan içerdiği husus, haksızlığın belli ve makul bir zaman aralığında failin iradesiyle devam etmesidir²⁴. Bu durum, mütemadi suçun tamamlanması ile bitmesi arasında belli bir sürenin geçmesini gerektirmektedir. Kısaca bu suç tipinde suçun tamamlanma anı ile bitme anı birbirinden ayrılmaktadır²⁵. Failin haksızlığa son vermek imkan ve iktidarına sahip olmaması halinde kesintisiz suçun varlığından bahsedilemez²⁶. Temadiye son verme iktidarının mutlaka failin kendisinde olması gerekmez. Üçüncü kişilerin de bu iktidara sahip olması failin mütemadi suç olmasını engellemez. Örneğin, kolluğun hürriyetinden yoksun bırakılan kişiyi kurtarması²⁷.

Mütemadi suçu zorunlu ve muhtemel mütemadi suçlar şeklinde ikiye ayırarak incelemek mümkündür: Zorunlu mütemadi suçlar, ceza kanunlarında sonucun bir süre devam etmesini zorunlu kıldığı suçlardır. Kişiyi hürriyetinden

s.214.

²¹ SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012, s.251.

²² İÇEL, Kayıhan/AKINCI-SOKOLLU, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, Suç Teorisi 2. Kitap, İstanbul: Beta Yayınevi, 2000, s.69.

²³ ÖZGENÇ, s.170; benzer tanım için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.116.

²⁴ Mütemadi suç açısından dikkat edilecek konu, anlık sayılabilecek hareketlerin örneğin mağduru elinden tutup çekip sonra bırakmanın bu suçu oluşturmayacağıdır. Sürenin çok kısa olup olmadığına somut olayda hakim karar verecektir. ÖZBEK vd, Genel Hükümler, s.218.

²⁵ Doktrinde mütemadi suçun tamamlanma anı ile bitme anının farklı zamanlara tekabül ettiği konusunda tam bir mutabakat söz konusudur.

²⁶ ÖZBEK vd. Genel Hükümler, s.218; EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.351; KUNTER, Nurullah, Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1954, s.96; ÖNDER, “Mütemadi Suç”, s.79.

²⁷ ÖZBEK vd, Genel Hükümler, s.219; ZAFER, s.181.

yoksun kılma suçu bunun en güzel örneğidir. Muhtemel mütemadi suçlar: ani suç olarak işlenmeleri mümkün olmakla birlikte mütemadi suç olarak işlenebilmeleri de muhtemel olan suçlardır²⁸. Örneğin, hırsızlık ani bir suçtur ancak petrol boru hattına yapılan bağlantı ile süreklilik arz edecek şekilde petrol çekilerek işlenen hırsızlık suçu mütemadi bir nitelik taşımaktadır (TCK m.142/3)²⁹.

Mütemadi suçun, suç tipleri içerisinde başka bir varlığa sahip olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Tartışmalar genellikle hangi fiilin mütemadi suç olduğu konusu üzerine yoğunlaşmaktadır. Hürriyetten yoksun bırakma suçunun mütemadi suç olduğu konusunda artık bir şüphe bulunmamaktadır. TCK m.109 (StGB m. 239)'a göre; *“Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir”*. Bu maddenin ifade tarzına göre ilk bakışta sanki hürriyeti engelleyici ilk hareketin yapılmasıyla birlikte suçun tamamlandığı ve aynı zamanda son bulunduğu anlamı çıkarılmaktadır. Failin maksadı, kişiyi hürriyetinden alıkoymak ve onu engellemektir. Bu durumda hukuka aykırı eylemin tamamlanması, failin niyetinin kasti bir hareket olarak tezahür ettiği ana denk gelmektedir. Bu durumda cezalandırılabilir eylem, failin, fiilin unsurlarını tamamlaması ile oluşmakta bundan daha fazlasına ihtiyaç göstermemektedir. “Engellemenin” kişinin hürriyetini kaldıracak dereceye ulaşması gerektiği düşüncesi kanun koyucunun bu suç açısından düşündüğü şeydir. Bu sonuç aslında Alman Ceza Kanunu m. 239’da belirtilen “başka bir şekilde hürriyetinden yoksun bırakılırsa” ifadesinden de anlaşılmaktadır. Özellikle “başka bir şekilde” ifadesinden failin sadece bir anlık engellemesi değil kişi hürriyetinden yoksunluk sayılacak bir sürenin gözlerimizde canlandığını kabul etmemiz gerekir³⁰.

Mütemadi suç açısından hiç kimsenin sadece bir anlık bir engellemeyi düşünmediği, genellikle amacın daha uzun süren hürriyetten yoksun bırakma şeklinde olduğu da kabul edilmelidir. Failin birini bir odaya kapatması anında

²⁸ ÖZBEK vd, Genel Hükümler, s.219; DEMİRBAŞ, s.228; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.271; ZAFER, s.181.

²⁹ ÖZGENÇ, s.171.

³⁰ HEİSERER, s.9.

eylemin cezalandırılabilir bir şekilde tamam olduğu (tamamlanma) ancak bu hürriyet yoksunluğunun son bulduğu ana kadar suçun devam ettiği ve hürriyetin tekrar kazanıldığı anda suçun bittiği de bir gerçekliktir. Fail eylemine devam ettiği müddetçe meydana getirdiği haksızlık devam etmekte ve failin bundaki gösterdiği direncin devamı müddetince de her an fiilin unsurları tekrarlanmakta, tamamlanmakta ancak eylem bitmediği sürece de sonlanmamaktadır³¹.

Hukuka aykırı durumun devamının bir unsur olduğu suç açısından, bu haksızlığın tamamlandığı anda, haksız davranışın bitmesiyle eylemin de sonlandığı kabul edilebilir. Bu fikir, teknik anlamda tamamlanma ile bitme kavramlarının farklılığı nedeniyle kabul edilemez³². Ayrıca fiilin sürdürülmesi değil, teknik olarak “devam ettirilmesi” söz konusudur. Hukuka uygun duruma tekrar getirilmediği halde, haksızlık oluşturan fiilin sadece tamamlanması değil sona ermesi de mümkün olabilir. Örneğin, hürriyetten yoksun bırakma suçunu işleyen failin, mağduru odaya kapattıktan bir süre sonra failin öldüğünü düşünelim. Fail fiilini tamamlamış, haksızlık henüz sona ermemiş ve hukuka uygun duruma intaç edilmemiştir. Ancak burada failin fiili de sona ermiştir. Bu halde hiç kimsenin mağdurdan haberdar olmadığı ve haksızlığa son verecek başka bir durumun da oluşmadığı düşünüldüğünde; bu suçun unsuru olarak haksızlığın ortadan kaldırılması değil, haksız eylemin devam ettirilmesi kabul edilmelidir. Bu durumda mütemadi suçlar açısından haksızlık oluşturan durumun devamının yeterli olduğu ancak bunun uzun süre devamının gerekmediği birkaç saniyelik bir ihlalin de bu suçun oluşmasını sağladığı kabul edilmelidir. Ancak hürriyetten yoksun bırakmanın süresi, cezanın belirlenmesi bakımından failin kastının derecesini ortaya koyması açısından önemlidir³³.

Kitzinger, mağdurun hakkının her an yeniden ihlal edildiği ve fiilin ağırlı-

³¹ HEİSERER, s.10.

³² Esasen doktrinde üzerinde fazla durulmasa da “tamamlanmak” ve “bitmek” fiillerinin sözlük anlamları birbirine çok yakındır. Mütemadi suç açısından bu iki fiil farklı şeyleri ifade etmektedirler. Tamamlanma fiili, suçun tipiklik unsurunun tam olarak oluşturulmasını ve fiilin haksızlığının ortaya çıkmasını anlatırken; bitme fiili, hukuka aykırı durumun ortadan kalkmasını ifade etmektedir.

³³ HEİSERER, s.11.

ğının bu nedenle her geçen zaman diliminde nitelikli hal aldığı fikrindedir³⁴. Bu nedenle bir haftadan fazla süren hürriyetten yoksun bırakma fiili için hapis cezası verilmesi gerekir. Hafkesbring'in dediği gibi, filin devamı kural olarak kanun koyucu tarafından sessiz geçirilen bir unsur alanı olarak değil, daha çok filin unsurlarının artarak devamı ve bundan dolayı da cezalandırılmanın daha ağır olması gerektiği şeklinde algılanmalıdır. Bu zamana kadar söylenenlerden, fail, engellemek ya da başka bir davranış ile kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakmakta, öyle ki öncelikle icrai bir davranışla hukuka aykırı durumu yaratmakta ve kendisi tarafından oluşturulmuş bu durumu bir müddet muhafaza etmekte böylece mütemadi suç meydana getirmektedir³⁵.

Saf ihmali bir davranışla işlenen mütemadi suçun mümkün olup olmadığı sorusu da gündeme gelmektedir. Suç, genel olarak hukuk tarafından cezalandırılacağı açıklanmış bir davranıştır. Suç tanımına genellikle icrai davranış, hareket dahildir. Pozitif bir davranış (icari hareket) yanında ihmali davranışların da cezalandırılacağı genel kabul gören bir görüş iken ceza kanunlarına buna dair hükümlerin eklenmesiyle kanunilik özelliğini de kazanmıştır³⁶. Ancak bunun için gerekli şart, failin hareketsiz kalmayı, ihmali davranışı seçmiş olması ancak hukuk düzeni tarafından failin belli bir davranışta bulunmasının istenmiş ya da ihmali davranışta bulunmasının hukuka aykırı sayılmış olması gerekir. Sadece ihmali bir davranışla mütemadi suçun işlenip işlenmeyeceği konusundaki soruya da evet olarak (olumlu) cevap verilmektedir. Çünkü kişinin ihmali bir davranışla gerçekleştirdiği haksızlığı yine ihmali bir davranışla devam ettirmesi söz konusu olabilir³⁷.

Alman İmparatorluk Mahkemesi ihmali bir davranışla gerçekleştirilen hak-

³⁴ KİTZINGER, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht, 1902, s.249.

³⁵ HEİSERER, s.12. Mütemadi suçlardaki failin bu kararlı tutumu, kasta dayanan kusurunun yoğunluğu bakımından fikir vermektedir. Kanun koyucunun bunu dikkate alarak suç ve ceza politikası gereğince mütemadi suçlara ani suçlara nazaran daha ağır yaptırımlar bağlaması söz konusu olabilir.

³⁶ Alman Ceza Kanunu § 13 garantörsel ihmali suçları düzenlemektedir. Bu genel hüküm niteliğindedir ve tüm suç tipleri için geçerlidir. TCK'da buna benzer ihmali suç düzenleyen genel hüküm bulunmamaktadır. TCK m. 83, 88 ve 95'de ihmali suçun cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu hükümler sadece ilgili suçlar açısından geçerlidir.

³⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.118; HEİSERER, S. s.12.

sızlığın yine ihmali bir davranışla devam ettirmesinin mümkün olacağını kabul etmektedir³⁸. Buna örnek olarak; failin ilk anda içeride bir kişi olduğunu bilmediği bir odanın kapısını kilitlemesi, daha sonra içerde kişi olduğunu öğrendiği halde açmaması gösterilebilir³⁹. Burada ilk anda da bir icrai davranış olduğu konusunda şüphe yoktur, kapının kilitlenmesi icrai bir davranıştır. Kapıyı kilitlediği anda içeride bir kadının olduğunu bilmeyen failin kastının varlığından bahsedilemez⁴⁰. Bu nedenle henüz bu aşamada Alman Ceza Kanunu (StGB m. 239) (TCK m.109) anlamında bir suç (hürriyetten yoksun bırakma) söz konusu değildir. Fail açısından kasıtlı davranış, kadının odada kilitli olduğunu öğrendiği anda ve buna rağmen oda kapısını açmadığı zaman başlamaktadır. Çünkü ancak faile bu zaman diliminden itibaren kişiyi serbest bırakma (kapıyı açma) yükümlülüğü (ön gelen tehlikeli davranışı nedeniyle) verilmiştir⁴¹. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen fail, bu andan itibaren kendisini icrai değil sadece ihmali bir davranışla ceza sorumluluğu altına sokmaktadır. Burada eylem, çok kısa bir süre de olsa kişiyi serbest bırakma yükümünü birkaç saniye ihmal etmesi (kastının varlığı şartıyla) halinde tamamlanacaktır. Mütemadi suçlar açısından bu yükümlülük, haksızlık içeren durum devam ettiği müddetçe mevcuttur⁴². Açıklanan bu örnek, mütemadi suçun da sadece ihmali davranışla işlenebileceğini ortaya koymaktadır. Bunun ancak haksızlık içeren durumun giderilmesi konusunda faile bir yükümlülük verilmiş olması halinde geçerli olduğunun altı çizilmelidir.

Kitzinger, mütemadi suçun bu iki şekli (icrai ve ihmali davranışla gerçekleştirilen veya sadece ihmali davranışla gerçekleştirilen) dışında tekrarlayan mütemadi suç denilen üçüncü bir şeklinin varlığını savunmaktadır. Buna örnek olarak da, pratikte çok az rastlansa da hareketin sürekli devam edip tekrarlandığı bir kişinin psikolojik bir baskı uygulanması suretiyle özgürlüğünden yok-

³⁸ Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 24/339 sayılı Kararı

³⁹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.118.

⁴⁰ TCK m. 30 anlamında suçun maddi unsurlarında hatanın kastı ortadan kaldırması söz konusudur.

⁴¹ Alman Ceza Kanunu (StGB m.13'te garantörsel ihmali suçun hangi durumlarda söz konusu olacağı düzenlenmiştir. İhmal sebebiyle sorumlu olacaklardan biri de öngelen tehlikeli eylemde bulunan kişidir.

⁴² HEİSERER, S. s.13.

sun bırakılmasını göstermektedir⁴³. Egenolf, bu şekilde izah edilen (Kitzinger tarafından) devam eden suç ve yenilenen suç ayırımına şu örnekle katılmakta ve bu durumda yenilenen bir davranıştan bahsedilemeyeceğini savunmaktadır. Örneğin; “Fail A, Mağdur B’yi bir odada kendi gücü ile kapıyı kapalı tutmak suretiyle (sürekli ve yenilenen bir kuvvet ile) engellemektedir. Kitzinger ve Egenolf’un verdikleri örnekleri incelediğimizde bu şekilde tekrarlanan mütemadi suç şeklinde bir üçüncü mütemadi suç türünün en azından tartışılması gerektiği izlenimi edinilmektedir⁴⁴.

Kitzinger’in mütemadi suç açısından eylemi özellikle vurguladığı, “sürekli yenilenecek devam etme ve fasıla vermeme” durumu daha yakından incele-nirse burada da devam eden bir vücut hareketini ve hukuka aykırı durumu ortadan kaldıracak bir ihmali davranışın varlığı görülür. Öyle ki sonuç itibariyle burada icrai ve ihmali davranıştan mütevelli bir mütemadi suçtan başka bir şey yoktur. Örneğin; failin, bir kişiyi bir odaya koyarak odanın kapısını sürgüleyip, ellerini cebine sokarak uzaklaşması ile mağduru odaya kapatıp, kapıyı vücut gücüyle tuttuğu mağdurun direnmesine rağmen kapıyı açmasına müsaade etmediği eylemleri arasında büyük fark vardır. İkinci durumda, icrai davranış önemli bir yer işgal ettiği halde, ihmali davranış tamamen ikinci (tali) planda kalmaktadır. Buna rağmen mütemadi suçun unsurları açısından olaya bakıldığında bunun önemsiz olduğu fark edilir. Çünkü bu durum, mütemadi suçun yapısı açısından önemli olmayan icrai ve ihmali davranış birleşmesinin (bir arada yoğrulmasının) sadece bir başka tezahürüdür ve aynı başlık altında incelenmesi gerekir. Bu nedenle mütemadi suç ancak iki çeşit işlenebilecektir⁴⁵; icrai ve ihmali davranışın birleşmesiyle ve sadece ihmali davranışla⁴⁶.

Mütemadi suçu inceleyen teorilerin tamamı, en dar anlamıyla, haksızlığın gerçekleştirilmesinin tek başına yeterli olmadığı, haksızlığın devam etmesi daha doğru bir ifadeyle haksız durumun sabit tutulması gerektiği, sonucunu ortaya koymaktadır. Bu teoriler hep aynı fikirden, mütemadi suçun bir icrai

⁴³ KİTZINGER, s.249.

⁴⁴ EGENHOLF, Das Dauer und Zustandverbrechen, 1914, s.19.

⁴⁵ Bu ayırlardan başka gerçek veya gerçek olmayan mütemadi suç şeklinde yapılan ayrımlar, bu suçun incelenmesi bakımından amaca hizmet etmeyecektir.

⁴⁶ HEİSERER, s.14.

ve bir ihmali davranıştan mütevellit olmasından, hareket etmektedir. Sırf ihmali davranışla işlenen mütemadi suçları hesaba katmamaktadır⁴⁷. Tüm bu düşünceleri ve mütemadi suçun iki çeşidinin bulunduğunu, ceza hukukuyla ilgili bazı konuları, (suçun icrasına başla zamanı, haksızlık bilincinin oluştuğu zamanı vs.) göz önüne alarak bir değerlendirme yapıldığında şu sonuca ulaşılmaktadır: Mütemadi suç; failin, ceza tehdidini gerektirecek şekilde hukuki yükümlülüklerini haksız olarak ihlal etmesi (kendisi tarafından bizzat oluşturulan veya kendisinin cezayı gerektiren bir eylemi olmaksızın oluşan) ve bu ihlal üzerinde belli bir süre bilinçli olarak devam etmesi şeklinde tarif edilebilir⁴⁸.

II. MÜTEMADİ SUÇTA ÖZELLİKLİ DURUMLAR

Mütemadi suç kavramından, hareketin eseri olan hukuka aykırı durumun birden sona ermeyip zaman içinde devam etmesi ve bu devamlılığın failin iradi bir davranışına bağlı olması halinde söz edilmektedir.⁴⁹ Mütemadi suçun iki temel özelliği bulunmaktadır. Bunlar; hukuka aykırı sonucun zaman içinde devam etmesi ve bu devamlılığın failin iradesine bağlı olmasıdır⁵⁰. Fiile son verme iktidarının failin elinde olmaması durumunda mütemadi suçtan bahsedilemeyecektir. Örneğin, TCK m.230'da düzenlenen birden çok evlilik suçunda çok eşliliğe son verme iradesi failin elinde bulunmamasından dolayı bu suç mütemadi suç olarak nitelendirilemez⁵¹. Çünkü sonraki evlilik ancak hâkim kararıyla sona erdirilebilmektedir. Eşin fiilen ikinci evlilikteki birlikteliği terk etmiş olması, evlilik akdinin feshedilmiş olması sonucunu doğurmayacaktır. Evliliğe son verilmesinin ancak hâkim kararıyla mümkün olması ve burada hukuki anlamda bir irade varlığı nedeniyle mütemadi suçtan bahsedilemez.⁵²

⁴⁷ DOERR, s.158.

⁴⁸ HEİSERER, S. s.15.

⁴⁹ ALACAKAPTAN s. 48-49; KUNTER, s.97; DÖNMEZER/ERMAN, s.385-386; EREM s.352.

⁵⁰ ZAFER, s.180.

⁵¹ Alman Ceza Kanununda (StGB m.171) da bulunan birden fazla evlenme fiili, ani suç olarak kabul edilmektedir. JESCHEK/WEİGEND s.263. Birden fazla evlilik suçunda (TCK m. 230) evliliğin devamı suç tipinde aranan bir unsur değildir. İkinci evliliğin yapılması ile birlikte suç tamamlanır ve biter. HAKERİ, Ceza Hukuku, s.165.

⁵² DÖNMEZER/ERMAN, s.518.

A. Mütemadi Suçlarda Devam Eden Hareket mi Netice midir?

Mütemadi suçta devam etmesi gerekenin hareket mi yoksa netice mi olduğu tartışmalıdır. Mütemadi suçta devam eden şeyin, failin cezalandırılabilir fiiline bağlı olan hukuka aykırı durum olduğu ve bu durumun yine failin iradesi ile belli bir süre devam ettirmesini gerektirdiği de belirtilmektedir.⁵³ Benzer görüşe göre, mütemadi suç, bir fiilden değil bir durumdan ibarettir, temadinin sona erdiği anda durum ortadan kalkmaktadır⁵⁴.

Doktrinde ağırlıklı görüş bu suçlarda neticenin devam ettiği yönündedir⁵⁵. Bir kısım yazarlar ise hareketten doğan neticenin devam ettiğini savunmaktadır⁵⁶. Bu görüşler, her suçta mutlaka bir neticenin bulunduğu ve suçu oluşturan asıl haksızlığın sonucun ifade ettiği haksızlık olduğunu kabul eden klasik anlayıştan kaynaklanmaktadır. Her suçta bir neticenin olduğu görüşü kabul edilemez. Netice, ancak suçun kanuni tanımında hareketten bağımsız olarak belirtildiği takdirde bir unsur olarak değerlendirilmelidir. Ayrıca neticenin tek başına hareketten bağımsız olarak devam etmesi mümkün değildir. Ayrıca netice, hareketin bir eseri olduğuna göre neticenin devamı hareketin devamıyla mümkün olacaktır.⁵⁷ Mütemadi suç, bir suçun kanunda belirtilen hareketinin icrasının devam ettiği suçlardır.⁵⁸ Örneğin, bir kimseyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK m. 109)⁵⁹, suç işlemek için örgüt kurma suçu (TCK m. 220),

⁵³ JECHECK/WEIGEND, s.263; HEİNRİCH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör: ÜNVER, Yener, Stuttgart 2010, s.95.

⁵⁴ EREM, s.57.

⁵⁵ ÖNDER, Ceza Hukuku, s.185; DÖNMEZER/ERMAN, s.518; ÖZBEK vd. Genel Hükümler, s.219; İÇEL, s.69; HAFIZOĞULLARI, s.214.

⁵⁶ KUNTER, s.96; SOYASLAN, s.255; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.258; HAKERİ, Ceza Hukuku, s.164.

⁵⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.116; ÖZGENÇ, s.170.

⁵⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 269; ÖZGENÇ, s. 171; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.116.

⁵⁹ Hürriyetten yoksun kılma suçunun mütemadi olma özelliği hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZBEK, Veli Özer/M. Nihat, KANBUR/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s.386 vd.; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s.398 vd.; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s.365 vd.; TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s.420 vd.

İslam ceza hukukunda bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenebilen hırsabe, mütemadi

konuttan çıkmamak suretiyle işlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçu (TCK m. 116/1), 6136 sayılı Kanuna aykırı olarak ruhsatsız silah taşımak suçu⁶⁰ mütemadi suçlardır. Bu örneklerde de görüldüğü üzere mütemadi suçlarda fiilin icrası devam ettiği sürece, fiilin ifade ettiği haksızlık devam etmektedir⁶¹.

Mütemadi suçun önemli bir özelliği de suçun tamamlanması ile bitmesi aşamalarının farklı zamanlarda gerçekleşmesidir. Örneğin, bir kimseyi hürriyetinden yoksun kılma suçu, mağdurun iradesine uygun olarak hareket kabiliyetinin kısıtlanmış olması ile tamamlanmakta, ancak mağdurun hareket serbestisini tamamen kazanmasıyla suç bitmektedir.⁶² Mütemadi suçlarda hareketin icrası devam ettiği sürece suç da işlenmeye devam etmektedir. Mütemadi suçlarda hareketten kaynaklanan haksız durumun sürdürülmesi kanuni tipi gerçekleştirmektedir. Mütemadi suçların bu özelliği nedeniyle devamlı bir şekilde yenilenen suç esasen hukuka aykırı durumun gerçekleşmesiyle tamamlanmakta ve bu sonucun ortadan kaldırılmasıyla bitmektedir.⁶³

Netice, fiile nedensellik bağı ile bağlı olup, suç tipinde yer alan, ihmali ve icrai bir insan hareketinin dış alemde oluşturduğu ve hukuken önemli olan değişikliktir.⁶⁴ Bu açıdan da netice, hareketten ayrı bir şey olmalıdır.⁶⁵ Eğer hareketin meydana getirmiş olduğu her türlü değişikliği netice kabul edersek

suçtur. AVCI, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004, s.323.

⁶⁰ “6136 sayılı Kanuna aykırı silah taşıma ve bulundurma suçu ile patlayıcı madde bulundurma suçunun mütemadi suç olduğu ve temadinin kesildiği tarihe kadar gerçekleştirilen eylemlerin tek suç oluşturacağı gözetilerek sanığın; suça konu vahim nitelikteki silahı bir süre taşıma ve niteliksiz tabancayı bulundururken yakalanma olayında silahların sayı ve niteliği de gözetilerek bir kez TCK m.174/1 maddesi uyarınca cezalandırılmasıyla yetinilmesi gerekirken, dört kez ayrı ayrı patlayıcı madde bulundurma suçundan iki kez de 6136 sayılı kanuna muhalefet suçundan hüküm kurulması...” 9. CD, 22.9.2011, 27205 HAKERİ, s.167.

⁶¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.116.

⁶² ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s. 269; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.117.

⁶³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.117. Esasen doktrinde üzerinde fazla durulmasa da “tamamlanmak” ve “bitmek” fiillerinin sözlük anlamları birbirine çok yakındır. Mütemadi suç açısından bu iki fiil farklı şeyleri ifade etmektedirler. Tamamlanma fiili, suçun tipiklik unsurunun tam olarak oluşturulmasını ve fiilin haksızlığının ortaya çıkmasını anlatırken; bitme fiili, hukuka aykırı durumun ortadan kalkmasını ifade etmektedir.

⁶⁴ ALACAKAPTAN, s. 45; DÖNMEZER/ERMAN, s. 381.

⁶⁵ DÖNMEZER/ERMAN, s.386.

bu durumda, öğretilerde verilen en klasik örnekle, yaralamadan doğmuş olan bir zararı; vücutta izi kalmış ve daha sonra yok olmuş bir yarayı da suçun sonucu sayacak mıyız?⁶⁶ Böyle bir durumda izi devam eden anlık suçların pek çoğuna da mütemadi suç kapsamına almış oluruz.⁶⁷ Yaralama suçlarından kalma izlerin devam etmesi neticenin devam etmesi sayılamayacağından dolayı iz bırakan suçları mütemadi suçlardan ayırmak gerekmektedir.⁶⁸

Kanaatimizce, mütemadi suçta devam eden haksızlık yukarıda gerekçesini açıkladığımız üzere harekettir. Diğer görüşler de aslında devam eden haksızlığın harekete bağlı olduğunu dolaylı olarak kabul etmektedirler. Gerçekten de ister “neticenin” isterse de “durumun” varlığından ve devamından bahsedilsin aslında her ikisi de hareketin devam ettiğini baştan kabullenmektedir. Çünkü hareketin devam etmediği bir halde neticenin veya ortaya çıkan durumun varlığı ve devamı kabul edilemez.

B. Devamlılık Failin İradesinde Olmalı mıdır?

Öğretilerde mütemadi suçların tanımıyla ilgili tartışmalı olan diğer bir konu devamlılığın failin iradesine bağlı olup olmadığı sorusudur. Bir görüşe göre, failin istediği anda temadiye son verebilmek olanağına sahip bulunması mütemadi suçun varlığı açısından bir önem taşımamaktadır⁶⁹. Bu görüşte olan yazarların en sık kullandıkları örnek başkasını özgürlüğünden mahrum bırakan kimsenin, mağdurun kaçması halinde temadiye son verme olanağından yoksun kalacağı ancak söz konusu mütemadi suçu işlemiş olacağıdır.⁷⁰ Diğer bir görüş ise, mütemadi suçun varlığından söz edebilmek için, failin iradesinin gerekliliğini kabul etmektedir.⁷¹

Mütemadi suçlarda failin devamı failin iradesine bağlı olsa da her zaman kesintiye fail neden olmaz. Kesintinin gerçekleşmesinde değişik olasılıklar söz konusu olabilir:⁷² Failin kesintisiz suçtan dolayı mahkûm olması kesintiye

⁶⁶ ALACAKAPTAN, s.48; DÖNMEZER/ERMAN s. 385.

⁶⁷ SANCAR, s.30.

⁶⁸ ÖNDER, Mütemadi Suç, s. 91; HAKERİ, s.168.

⁶⁹ ALACAKAPTAN, s.49; DÖNMEZER/ERMAN, s.386.

⁷⁰ DÖNMEZER/ERMAN, 386.

⁷¹ ALACAKAPTAN, s.48; DÖNMEZER/ERMAN, s.386; KUNTER, s.97.

⁷² DEMİRBAŞ, Timur, s.235.

neden olacaktır. Failin, böyle bir mahkûmiyet almasına rağmen, temadi eden suçu devam ettirmesi halinde ortada yeni bir suç vardır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında⁷³ bu konuya açıklık getirmiştir. Fail hakkında kesintisiz suçla ilgili iddianame düzenlenmesi halinde de failin kesintiye uğradığını saymak gerekecektir.

C. Mütemudi Suçun İşlendiği Yer

Mütemudi suçun, tek bir bütünlük oluşturan, kesintiye uğramayan bir eylem olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Bu doğal teklik aynı zamanda suçun nerede işlendiği konusunda da etkili olan bir kriter olacaktır. Çünkü eylemi kendi içerisinde bölerek her birinin nerede işlendiğini ortaya koymaya kalkılsa dahi bu mümkün olmayacak her bir eylem açısından farklı yer belirlemek söz konusu olmayacaktır. Mütemudi suç, suçun işlendiği yer açısından kısımlara ayrılabilir bir yapıya sahip olmayan birliktelik arz etmektedir. Mütemudi suç, bu suçu oluşturan eylemin yapıldığı herhangi bir yerde işlenmiştir⁷⁴.

İcrai ve ihmali davranıştan oluşan bir mütemudi suç açısından her iki davranışın o suç açısından etkisi eşittir. Suç yerinin belirlenmesi bakımından birinin diğerine rüçhanı söz konusu olamaz. “*Mütemudi suça dahil olan son davranışın yapıldığı ve eylemin sona erdiği yer ve zaman bu suç açısından önem arz etmektedir*”. Doktrindeki ağırlıklı görüş ve İmparatorluk Mahkemesi de aynı noktadan hareketle, “*eğer suçun unsurları değişik yerlerde devam ettirilerek işlenmişse bu durumda failin hareketi ile oluşturduğu ya da vücut gücü ile harekete geçirdiği etken ile tamamlanmasına neden olduğu her unsurun gerçekleşme yeri suç yeri sayılabilir*”. “Bir cezalandırılabilir eylem yer ve zaman itibarıyla karmaşık ve geniş bir çerçeveye oturuyorsa bu eylemin tamamlanması da bu yer ve zamanla sınırlı olacaktır⁷⁵”.

⁷³ “Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerinin yerleşmiş kararlarında belirtildiği üzere iddianamenin düzenlenmesi, mahkûmiyet hükmü, şikâyetten vazgeçme üzerine verilen düşme kararı, Af Yasası hukuki kesinti oluşturmaktadır. Mütemudi (kesintisiz) suçlarda hukuki kesintiden sonra fiile devam edilmesi, müteselsil suçlarda ise failin tekrarlanması, yeni ve müstakil bir suçu oluşturmaktadır. Yargıtay’ın duraksamassız ve kararlılık gösteren içtihatları da bu doğrultudadır.” CGK, 12/3/1996, 6/24 E ve 34 K. sayılı. YAŞAR, Osman, İctihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1998, s.1117; DEMİRBAŞ, s.235.

⁷⁴ HEİSERER, S. s.19.

⁷⁵ E. 23/155. HEİSERER, S. s.20.

Saf ihmali mütemadi suçlar açısından suçun işlenme yeri, kişinin yükümlülüğünde olan davranışı gerçekleştirmesi için kendisine tanınan son noktadaki yerdir. Buna karşılık Kitzinger'e göre, suç yeri kanun tarafından herhalde yapılması istenen davranışın yapılmadığı yer değil, somut olaydaki sonucun engellenmesi için gerekli olan davranışın yapılmadığı yer olmalıdır⁷⁶. Doktrinde ağırlıklı görüş, failin davranışta bulunduğu ya da davranışta bulunması gereken andaki yer, suçun işlenme yeridir. Sonuç itibariyle saf ihmali davranışla işlenen mütemadi suçun işlenme yeri, "*failin hareketsiz kalarak, hukuka aykırı durumu ortadan kaldırmayı reddettiği, diğer bir deyişle fiilin tamamlandığı andaki yerdir*"⁷⁷.

Bir başka önemli konu da mütemadi suçun tamamlandığı yerin ülkenin yargı yetki sınırlarını aşmasıdır. Burada yine o basit kuraldan hareket edilirse, mütemadi suçun tamamlanması ve belirli bir süre davranışın devam etmesi gerekir. Sonuç olarak davranışın bir kısmı ülke sınırları içerisinde bir kısmı ise sınırlar dışında ise (örneğin, bir kişiyi demir yolu ile ülkeden ülkeye götürerek hürriyetinden yoksun bırakma), bu durumda yine Alman İmparatorluk Mahkemesinin şu kararına başvurulacaktır; "*Eğer bir fiil karmaşık ve zaman ve yer itibariyle birbirinden ayrılan yapıda ise bu durumda fiilin zaman ve yer itibariyle parçalarının bir kısmının Almanya'da meydana gelmiş olması Alman kanunlarının uygulanması için yeterlidir.*" Buna göre, eğer mütemadi suçun bir kısmı dahi ülke topraklarında işlenmişse Alman Ceza Kanunu (StGB) olayda uygulanacaktır. Fail ister davranışı isterse de haksızlık oluşturan sonucu ülke topraklarında gerçekleştirsin netice farklı olmayacaktır⁷⁸. TCK m.8 hük-

⁷⁶ KİTZİNGER, s.250.

⁷⁷ HEİSERER, S. s.21.

⁷⁸ E. 13/337. HEİSERER, S. s.22. Kitzinger bu sonucu kabul etmemekte, bu durumda ey-
lemin cezasız kalma riski olduğunu, her iki devletin de yargı yetkisini kabule etmek ge-
rektiğini savunmaktadır. Ancak böyle bir sonuç bizi non bis in idem kuralının ihlaline ve
mütemadi suçun bölünmezliği kuralının çiğnenmesine götürecektir ki bu da kabulü kolay
bir sonuç değildir. Kitzinger bu tezlerle karşı da; StGB m.7 nin yabancı ülke tarafından dik-
kate alınması halinde çifte cezalandırma yasağının ihlal edilmeyeceğini ortaya atmaktadır.
KİTZİNGER, s.253.

Erem, temadinin sona erdiği zaman yürürlükte olan kanunun failin lehinde veya aleyhinde
olmasına bakılmaksızın uygulanması gerektiği görüşündedir. Çünkü ancak bu şekilde ka-
nun değişimleri halinde ihtilafları önleyici bir ahenk sağlanmış olacaktır. EREM, s.57.

mü de aynı şekilde bir düzenleme içermektedir. Buna göre; “*Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır*”. Yetkili mahkemenin belirlenmesi bakımından da mütemadi suçlarda suçun işlendiği yer, kesintinin meydana geldiği yer olduğundan yetkili mahkeme de o yer mahkemesi olacaktır⁷⁹. 5271 sayılı CMK m. 12/1-2 bu konuda açık hüküm içermektedir. Bu hüküm, “*Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir*”.

D. Mütemadi Suçun İşlenme Zamanı

Suçun işlenme yeri ile ilgili yapılan açıklamaların hemen hepsi suçun işlenme zamanı açısından da geçerlidir. İcrai ve ihmali davranışlardan oluşan mütemadi suçun işlenme zamanı failin haksızlık içeren davranışı götürdüğü son andır. Bu davranışın son bulunduğu an suçun işlendiği zaman olarak kabul edilir. Saf ihmali davranıştan oluşan mütemadi suçlar açısından da failin haksızlık oluşturan ihmali davranışı sonlandırdığı ya da kendisinin bir davranışı olmadan bu haksızlığın sonlandığı an suçun işlenme zamanıdır⁸⁰.

Tartışmalı olan bir konu da saf ihmal suretiyle işlenen mütemadi suçlar açısından faile belli bir davranışta bulunma yükümlülüğü belli bir süre tanınmak suretiyle verilmiş olabilir. Bu sürenin bittiği an, (ihmalin cezalandırılabilir şekil kazandığı zaman) davranış ile yükümlülüğün ihlal edildiği an, suçun işlenme zamanı sayılacaktır. İhmalin cezalandırılabilir olduğu an ile yükümlülüğün ortadan kalktığı anının aynı zaman dilimine rastlaması halinde ortada bir mütemadi suç yoktur. Bu durumda ani suçun varlığından bahsedilir⁸¹. Daima şu tetkikin yapılması meseleye çözüm getirecektir; tanınan sürenin sonu ile yükümlülüğün sonu birbirine denk gelmekte midir? Yoksa süre sadece yükümlülüğün yerine getirilmesi için bir düzenleyici hüküm mahiyetinde midir? Bu

⁷⁹ TANER; s. 99; ÖZBEK vd. Genel Hükümler, s.219.

⁸⁰ V. LİSZT, s.133; KİTZİNGER, s.250; KÖHLER, s.557, BELİNG, s.250.

⁸¹ HEİSERER, s. 24.

sorulara verilecek cevaplara göre ortada bir mütemadi suç olup olmadığına karar verilecektir. Kitzinger, böyle bir sürenin yükümlülüğün yerine getirilmesini garantiye almak adına (ne kadar süreceğini sınırlamadan) konulduğunu, ihmali davranışla işlenen suç mütemadi suç sayabilmemiz için bu tanınan sürenin de aşılması gerektiğini ifade etmektedir⁸². Bunu teyit eden bir örneği Frank şu şekilde anlatmaktadır; idari bir düzenleme olarak (zabıta tedbiri) bir hayvanın kesilmesinden önce bir veteriner kontrolünden geçirilmesi gerekir. Bu yükümlülük şüphesiz ki kasabın hayvanı boğazlama anına kadar devam edecektir. Bu yükümlülüğün ihlali ancak ve ancak kasap tarafından kesici darbenin hayvanın boğazına vurulması anında söz konusu olacaktır. O andan itibaren artık hayvanın veteriner kontrolünden geçirilmesi mümkün değildir. Bu yükümlülük ihlali haksızlığın doğduğu andan itibaren devam edip gitmemektedir. Burada ihmali bir davranışla işlenen ani bir suç vardır, mütemadi suç söz konusu değildir. Mütemadi suçtan bahsedilebilmesi için yükümlülük ihlalinin cezalandırılabilir hale geldiği andan sonra da bir müddet daha devam etmesi gerekir⁸³.

Türk Ceza Kanununda zaman bakımından uygulamayı düzenleyen 7. Madde suçun ne zaman işlenmiş sayılacağını düzenleyen açık hüküm bulunmamaktadır. Fiilin icrasının bir süre devam ettiği mütemadi suçlarda, hukuka aykırı durumun sona erdiği yani kesintinin gerçekleştiği anda suç işlenmiş sayılır. Bu tür suçlarda suçun tamamlandığı ve bittiği an farklıdır. Suçun işlenme zamanını belirlemek için suçun bitme anını esas almak gerekecektir⁸⁴. Alman Ceza Kanunu (StGB m.8'e göre, "suç, fail tarafından davranışın gerçekleştirilmesiyle ya da gerçekleştirilmesi istenen davranışın yapılmamasıyla gerçekleşmiş olur. Neticenin gerçekleşmiş olmasına bakılmaz". Mütemadi suç açısından icrai davranışın yapılmış olmasıyla, ya da saf ihmali mütemadi suçlarda ise icrai davranışın yapılmasının gerektiği anda suç tamamlanmakta ancak bu andan itibaren de fiil devam etmektedir⁸⁵.

⁸² KİTZİNGER, s.256.

⁸³ HEİSERER, s. 25.

⁸⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.72.

⁸⁵ HEİSERER, s. 26.

E. Lehe Kanun Değerlendirmesinde Mütemudi Suç

Mütemudi suçun işlenmesi sırasında o suçla ilgili bir kanun değişikliğinin olması durumunda nasıl hareket edileceği de önemli bir sorundur. Bu durumda üç ayrı alternatif söz konusu olabilir; mütemudi suçun icrasına başlama anını esas alarak olaya eski kanun uygulanabilir, mütemudi suçun sona erme anı dikkate alınarak yeni kanun uygulanabilir son olarak da suçun bir kısmına eski bir kısmına yeni kanun uygulanabilir. Bir an mütemudi suçun tekliği konusunu göz ardı edersek her bir suça işlendiği anda yürürlükte olan kanunun uygulanacağında şüphe yoktur, yürürlükte olmayan kanun uygulanmayacaktır. Ancak bu durumda lehe kanunun geçmişe uygulanması kuralı (TCK m.7/2, StGB m.2/3) ihlal edilmiş olacak ve geçmişteki kanun lehe olsa dahi uygulanmaması söz konusu olacaktır ki, bu sonucun kabulü mümkün deęildir⁸⁶.

O zaman mütemudi suçun devamı esnasında o suçla ilgili düzenlemede değişiklik olmuş ise hangi kanun uygulanacaktır? Kitzinger'e göre, bir fiilin başta suç olmamasına rağmen kanun değişikliğine ile suç haline getirilmesi durumunda mütemudi suçun tekliğinden hareketle eylemin tamamının cezalandırılabilir bir fiil olarak değerlendirilmesi ya da bir fiil için kanunda öngörölmüş hükümlerin fiilin devamı sırasında daha ağırlaştırılması (aleyhe hüküm tesisi) halinde yine mütemudi suçun tekliğini öne sürerek aleyhe olan hükmün fiilin tamamı için uygulanması adaletli sonuç vermeyecektir⁸⁷. Cezalandırılabilir olmayan baştaki fiilin ayrılması ve değerlendirmenin cezalandırılabilir eylem üzerinden yapılması gerekir. Kanunun yürürlüğe girdiği ana kadar suç olarak düzenlenmemiş olan eylem ile kanunun yürürlüğü sonrası suç haline gelen eylemin ayrı değerlendirilmesi, mütemudi suçun tekliği prensibini ihlal etmez zira kanunun yürürlüğe girdiği ana kadar ortada ceza hukuku anlamında bir eylem (suç) mevcut deęildir⁸⁸.

Buna karşılık başka bir fikir; sonradan yürürlüğe giren aleyhe kanunun ağır hükümlerinin ancak bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonrası için geçerli

⁸⁶ TANER, s.100; HEİSERER, s. 26.

⁸⁷ KİTZİNGER, s.254; aynı yönde görüş için bkz. TANER, s.100.

⁸⁸ GUTENAEKER, s.24.

olacağı ancak fiilin tekliğinin de göz ardı edilememesi gereğini belirtmektedir⁸⁹. Mütemadi suç açısından failin bir tek suçtan sorumlu tutulacağı konusunda şüphe yoktur. Hal böyle olunca eylemin bir kısmının hafif diğer kısmının ağır ceza ile karşılanması gibi bir durum söz konusu olamayacaktır. Ayrıca fail, yeni kanunun yürürlüğe girmesinden evvel işlediği eylemin ilgili kısmı için de eski (lehe) kanuna göre cezalandırılması gerektiğini ileri süremez, çünkü yeni kanunun geçerliliği yayımlanmasıyla birlikte olmaktadır ve fail bundan sonraki eylemini bu kanunun sonuçlarını (aleyhe olduğunu bile bile) öngörmek suretiyle gerçekleştirmiştir⁹⁰. Örneğin, 25.3.2014 tarihinde mağduru kaçıran fail, 2.4.2014 tarihinde serbest bırakacak veya yakalanacak olursa, suç 2.4.2014 tarihinde işlenmiştir. Fail hakkında 1.4.2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olsa ve aleyhe hükümler içerse de yeni kanun uygulanacaktır. Çünkü suçun işlenme tarihi 2.4.2014'tür. Mütemadi suç açısından suçun işlenme zamanı kesintinin gerçekleştiği (temadinin bittiği) an olarak kabul edilmelidir⁹¹.

Kanaatimizce, mütemadi suçun devamı sırasında daha lehe olan bir kanun yürürlüğe girmişse bu durumda bu suça hangi kanunun uygulanacağını tartışmak gereksizdir. Çünkü TCK m. 7/2 hükmü bu soruna açık ve net çözüm getirmiştir. Buna göre, lehe olan kanun hükmü olaya uygulanacaktır. TCK m. 7/2 uygulanması, mütemadi suçun başlangıcında eylem cezalandırılabilir iken o sırada yürürlüğe giren kanun ile suç olmaktan çıkarılması halinde büyük anlam taşımaktadır. Zira bu durumda lehe olan kanunun uygulanması gerekeceği ve en lehe kanunun da suç olmaktan çıkararak kanun olacağı, failin beraatına karar verilmesi gerektiği açıktır⁹². TCK m. 7/2'ye göre eylem için ceza, eylemin gerçekleştirildiğinde yürürlükte olan kanuna göre belirlenir. Mütemadi suçun devamı süresince iki ayrı kanun ile hükmetme durumu söz konusuysa (suç devam ederken kanun değişikliği olmuşsa) ve yeni kanun failin lehine ise bu durumda "*fail için daha uygun olan (failin lehine olan) kanunun uygulanması gerekecektir.*" Bu ifade çok önemlidir, zira eylemin devamı sırasında ilk haline göre suç sayıldığı halde kanun değişikliği ile suç olmaktan çıkarılmış bir

⁸⁹ EGENOLF, s.31.

⁹⁰ GOLTDAMMER, s.444.

⁹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.72-73.

⁹² HEİSERER, s.28.

fiil söz konusuysa bu durumda fail için en uygun (en lehe olan) kanun eylemi suç olarak düzenlemeyen kanun olacaktır. Belirli bir somut dönem için geçerli olan süreli kanunlar açısından düşünüldüğünde ise tam tersi geçerli olacaktır; “süreli kanunlar sonradan yürürlükten kalmış olsalar da o dönemde gerçekleştirilmiş eylemler için uygulanmaya devam edilirler.” Bu hüküm sadece ve ancak süreli kanunlar açısından geçerli olup, mütemadi suçlar bakımından suçun devamı sırasında kanunun değişmesi için geçerli değildir⁹³.

F. Mütemadi Suçta Zamanaşımı

Bir fiil hakkında karar verecek hakim o fiille ilgili olarak devletin takip yetkisinin yer ve zaman itibarıyla bulunup bulunmadığını test etmek zorundadır. Zamanaşımı da fiilin işlenmesinden itibaren belli bir sürenin geçmesi nedeniyle artık devlet tarafından takip edilemeyeceğini ifade eder⁹⁴. TCK m.66/6 hükmü, “*Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar*”, şeklindedir⁹⁵. Bu hüküm ile mütemadi suçlarda zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı açıkça düzenlendiğinden ortada bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada yapacağımız açıklamalar, bu konuda açık hüküm bulunmayan durumlarda suçun işlenme anının tespit bakımından yapılan tartışmalara ve şikayet süresinin başlama anının belirlenmesine yardımcı olacaktır.

Mütemadi suçlar açısından kanunlarda açık düzenleme olmaması halinde zamanaşımının ne zaman işlemeye başlayacağı da tartışmalı hale gelmekte-

⁹³ TCK m.7/4 hükmü şu şekildedir: “*Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir*”.

⁹⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.657.

⁹⁵ 765 sayılı TCK m.103: “Müruru zamanın başlangıcı tamamiyle icra olunmuş cürüm ve kabahatler hakkında fiilin vukuu gününden ve teşebbüs olunan veya icra ve ikmal olunmayan cürümler hakkında son fiilin işlendiği tarihten ve mütemadi ve müteselsil cürümler hakkında dahi temadi ve teselsülün bittiği günden itibar olunur”, şeklinde düzenleme içermekteydi.

dir⁹⁶. Alman Ceza Kanunu (StGB m.78a'ya göre, “*Dava zamanaşımı süresi fiil tamamlanır tamamlanmaz işlemeye başlar. Suç tipine dahil netice daha sonra gerçekleşirse dava zamanaşımı bu tarihte işlemeye başlar*”⁹⁷). Alman Ceza Kanununda (StGB) mütemadi suçta zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağına dair açık hüküm yer almamaktadır. Mütemadi suçun tamamlanma anı ile bitme anı farklı zamanlara tekabül ettiğinden mütemadi suçun işlenme zamanıyla ilgili olarak üç olasılığa bağlı olarak dava zamanaşımının başlangıcı da farklı olacaktır. Birinci olasılık, mütemadi suçun tamamlanma anı zamanaşımının başlangıç anı olarak kabul edilebilir. Ancak bu teoriye göre zamanaşımı açısından StGB m.78a'nın kullanılmasının imkânsız olması söz konusu olabilir. Çünkü bu durumda mütemadi suç faili eylemine devam ederek zamanaşımı süresinin bir kısmını veya tamamını mütemadi suç içerisinde geçirebilir. İkinci olasılık, davranışın yapılmaya başlanma anı olarak alınabilir. Bu durumda da adil olmayan sonuçlar ortaya çıkacaktır. Örneğin, zamanaşımı süresi 5 yıl olan bir mütemadi suç A'nın 6 yıldır, B'nin 15 yıldır işlediğini düşünelim. Bu durumda A'nın eylemi için zamanaşımı süresi ilk yıl için dolmuş olmasına ve 5 yıllık eylem için cezalandırılmasına rağmen, B için ilk 10 yıllık süredeki kısım zamanaşımına uğramış olacak ve 5 yıllık kısımdan sorumlu tutulacaktır. Her iki fail açısından da aynı süreyle mütemadi suç işlemiş gibi cezalandırılma yoluna gidilecektir. Böyle bir sonuç şüphesiz adaletsiz olacaktır⁹⁸.

En doğru sonuca götürecek olan şüphesiz üçüncü olasılıktır. Buna göre, StGB m.78a anlamındaki davranışın işlenmesi anı olarak mütemadi suçun sona erme anını kabul etmek gerekir. Doktrindeki ağırlıklı görüş de bu yöndedir. Mahkemeler de bu fikri kabul ederek karar vermektedir. Bu teori hâkime net ve belirli bir zaman noktasını vermekte ve zamanaşımı bu noktadan başlamakta, savunulamaz ve adaletsiz bir sonuca da götürmemektedir. Mütemadi suçun teklifi (yapısı) de bu sonucu desteklemektedir. Eylemin teklifi dikkate

⁹⁶ Alman Ceza Kanunu (StGB m.78a'ya göre, “*Dava zamanaşımı süresi fiil tamamlanır tamamlanmaz işlemeye başlar. Suç tipine dahil netice daha sonra gerçekleşirse dava zamanaşımı bu tarihte işlemeye başlar*”.

⁹⁷ YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, Strafgesetzbuch-Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s.128.

⁹⁸ HEİSERER, s.31.

alındığında mütemadi suçun kesintiye uğradığı (suçun bittiği) anı zamanaşımının başlama anı almak icap eder. Aksi takdirde, çok uzun süre hürriyetten yoksun bırakma fiilleri için zamanaşımının suçun tamamlanma anına çekersek, failin zamanaşımını nedeniyle hiç cezalandırılmaması sonucu ile karşılaşılabilir. Böylece mağdur, failin tamamen vicdanına terk edilmiş olacaktır. Kanun koyucu bu gibi neticeleri engellemek için haksızlık oluşturan durumun devamını bu suçun unsuru olarak kabul etmiştir⁹⁹. İhmalî suçlarda zamanaşımını ise ihmalin sona ermesinden itibaren işlemeye başlar. İhmalî davranışın son bulması ya icrai davranışın yapılması veya icrai davranışın yapılmasının artık mümkün olmadığının belirlenmesi anıdır¹⁰⁰.

Mütemadi suçun devamı sırasında bir af kanunu kabul edilmesi ve fiilin o ana kadar olan kısmının affa uğraması durumunda, bu kanun temadinin o ana kadar olan bölümünü kesmektedir. Bu kanunun yürürlüğe girmesinden sonra devam eden kısım esasen müstakil bir suç sayılmalıdır¹⁰¹. Kanaatimizce burada affın niteliğine göre bir ayırım yapılması ve genel af söz konusu ise bu sonuca ulaşılması icap etmektedir. Çünkü genel af fiilin suç olmak niteliğini ortadan kaldırmaktadır¹⁰². Oysa özel af söz konusu ise fiilin hukuki neticelerini ortadan kaldırdığından temadinin aftan önceki kısmını yok saymak söz konusu olmayacak ancak bu kısım ile ilgili cezalandırma yoluna gidilemeyecektir.

G. Mütemadi Suçta Şikâyet Süresi

Şikâyet konusunu düzenleyen; TCK m.73'e göre; "*soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. Bu süre, şikâyete hakkı olan kişinin (müştekinin) fiil ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar*". Şikâyet süresinin başlaması bakımından TCK m. 66/6'daki gibi mütemadi suç için açıkça bir düzenleme söz konusu değildir. Bu durumda mütemadi suçun yapısındaki doğal teklik nedeniyle, buradaki fiil

⁹⁹ HEİSERER, s.32-33.

¹⁰⁰ ÖNDER, Mütemadi Suç, s.106.

¹⁰¹ ÖNDER, s.115.

¹⁰² KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.655-656.

deyiminden mütemadi suçun sona erme anını anlamak gerekmektedir¹⁰³. Doktrindeki ağırlıklı görüş de bu yöndedir¹⁰⁴.

Şikâyet süresinin sürekli kesilerek yeniden başlaması ve devamı gibi bir sonuca gidilebilecektir. Binding de ağırlıklı görüşü savunmakta ve şikâyetin de tıpkı dava gibi bölünemeyeceğini belirtmektedir. Mütemadi suçun devamlılığı ve tekliği fail hakkında tüm eylem için bir kez şikâyet hakkının kullanılmasını gerektirmektedir. Bunun bölünmesi ve her seferinde yeniden başlaması gibi bir durum söz konusu olamaz. Şikâyet süresinin işlemeye başlayacağı en erken zaman da mütemadi suçun sona erme (kesilme) zamanıdır. Failin, temadiyi devam ettirmesi ancak kendi aleyhine sonuç doğurabilir. Sonuç olarak özetlenirse şikâyet süresi mütemadi suçun cezalandırılabilir bir hal aldığı sona erme zamanında başlayacaktır¹⁰⁵.

Mütemadi suçun sona ermediği (temadinin devam ettiği) sırada müşteki herhangi bir şekilde şikâyet hakkını kullanmışsa ne olacaktır? Şüphesiz böyle bir durumda yapılan şikâyet geçerlidir. Şikâyet hakkının kullanılmasını mutlaka temadinin sona ermesine ertelemek, mağduru failin inisiyatifine terk etmek anlamına da gelecektir. Mağdur, şikâyet etmek suretiyle de failin temadiyi sona erdirmesini amaçlıyor olabilir. TCK m.73 (StGB m.77b) hükmünün anlamından failin devamı sırasında da şikâyet hakkının kullanılabileceği ancak her halükarda mağduru failin tamamlanmasından sonra belli bir süre bu konuda düşünme hakkına sahip olduğu çıkarılmaktadır. Bu süre müştekiye kendi menfaatlerini düşünüp tartma konusunda bir imkân sağlamaktadır¹⁰⁶.

H. Mütemadi Suçta Failin Kusur Yeteneği

Ani suçlarda haksızlık bir süre devam etmediğinden failin kusurluluğunun

¹⁰³ 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay; "TCK m. 108'de kesintisiz veya zincirleme suçtan söz edilmediği, zamanaşımı bakımından açık hüküm bulunduğu, bu sebeple şikâyete bağlı kesintisiz suçlarda şikâyet süresinin mağduru fail ve fiili öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı" yönünde karar vermiştir. CGK, 10.10.1948, 4. CD, 9.2.1949, HAKERİ, Ceza Hukuku, s.167.

¹⁰⁴ ÖZBEK vd. Genel Hükümler, s.219; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.117; HEİSERER, s.38.

¹⁰⁵ HEİSERER, s.38.

¹⁰⁶ ÖNDER, Mütemadi Suç, s.108.

belirlenmesi bakımından herhangi bir tartışma söz konusu olmayacaktır. Mütemadi suçlarda failin tamamlanması ile sona ermesi arasındaki zaman diliminde failin kusurluluk bakımından farklı durumlarda olması halinde, failin hangi andaki kusur durumunun dikkate alınması gerektiği sorunu ortaya çıkacaktır¹⁰⁷. Kusurluluğu düzenleyen TCK maddelerinde¹⁰⁸ bu konuyla ilgili açık düzenleme bulunmamaktadır.

Mütemadi suç ile failin oluşturduğu haksızlığı devam ettirmesi söz konusu olduğunda kesintinin olduğu anda hangi kusur durumunda (failin bitmesi anında hangi yaşta) ise onun esas alınması gerektiği genel kabul görmektedir. Yargıtay, yaş ve isnat yeteneği konusunda temadinin başlama değil bitme anına göre hesap yapılması gerektiği yönünde kararlar vermiştir¹⁰⁹.

Fail eylemin bir kısmını 12 yaşından evvel devamını ise 12 yaşını tamamladıktan sonra gerçekleştirse (mütemadi suçun devamı sırasında fail 12 yaşını ikmal etse) bu durumda da cezalandırılabilir olan kısım ile cezalandırılabilir olmayan (12 yaşına kadar olan kısım) birbirinden ayrılarak mı değerlendirilme yapılacaktır? Bu halde TCK m. 31'in hangi fıkrası uygulanacaktır? Failin 12 yaşını doldurduktan sonra işlediği fiille ilgili algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmadığı tespit edilmişse her iki aşamaya ilişkin ortada faile ceza verilebilecek bir durum söz konusu değildir¹¹⁰. Failin 12 yaşını doldurduktan sonraki durumla ilgili kusur yeteneğinin varlığı tespit edilmişse

¹⁰⁷ HAKERİ, Ceza Hukuku, s.168.

¹⁰⁸ 5237 sayılı TCK m.25/2, 27/2, 28, 29, 30/3-4, 31, 32, 33, 34 maddelerinde kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenler düzenlenmiştir.

¹⁰⁹ 5. CD, 19.3.1966, HAKERİ, s.168. Yargıtay kararlarında yaş ile ilgili belirlemeyi yaparken "suç tarihini" esas aldığından kesintinin gerçekleştiği andaki yaşın dikkate alınacağı kanaatindeyiz. 9. CD, 8.4.2009, 2008/18048, 2009/4081 sayılı kararı YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:1, Ankara 2010, s.863.

"Anayasal düzeni cebren ortadan kaldırmaya kalkışma niteliğinde görülen öldürme ve yaralama eylemlerinin gerçekleştiği tarihte 16 yaşının içinde olan sanığın başkaca bir eyleme katılmaksızın 18 yaşını bitirdikten sonra da örgütsel faaliyetini sürdürmüş olması, yaş küçüklüğüne dayalı ceza indirimine engel değildir". CGK, 26.12.2006, 322, HAKERİ, Ceza Hukuku, s.168.

¹¹⁰ EREM, s.371. Ancak burada TCK m.31/1'deki çocuklara ilişkin güvenlik tedbirinin zorunlu, TCK m.31/2'deki güvenlik tedbirinin ise hakim takdirinde olduğunu belirtmek gerekir. Kanaatimizce böyle bir durumda hakim takdirini çocuğun menfaatini de gözeterek güvenlik tedbiri uygulamak yönünde kullanması gerekir.

bu halde 12 yaşından evvelki kısmı hesaba katarak cezanın artırılması yoluna gidilmemelidir. Yani mütemadinin hesabında 12 yaşından evvelki kısım yok gibi hareket edilmelidir¹¹¹. Kanaatimizce, kusur yeteneği fiilin suç olma niteliğinde etkili olmadığından failin 12 yaşından önce gerçekleştirdiği fiil kısmı da suç olmaya devam edecektir. Ancak bu kısmın cezanın belirlenmesinde (TCK m.61) dikkate alınması gerekir.

Failin 14 (veya 17) yaşında iken işlemeye başladığı bir mütemadi suçu 15 (veya 18) yaşını ikmal etmesine rağmen devam ettirdiğini düşünelim. Bu hal-lerde, failin, ikmal edilen yaş itibariyle fiiline devam etmiş ve bu kısmın da mütemadi suça vücut vermiş olması şartıyla temadinin sona erdiği yaş ne ise ona göre cezalandırılması icap eder, kanaatindeyiz.

Akıl hastalığı bakımından ise, temadinin sona erdiği sırada akıl hastalığı mevcut ise kusurluluğun bulunmadığını kabul etmek gerekir. Ancak temadinin sona erdiği sırada kişi akıl sağlığına kavuşmuş ise failin suçtan sorumlu olması gerekir¹¹². Ancak cezanın belirlenmesinde (TCK m.61) bu süre dikkate alınmalıdır.

Haksız tahrikin mütemadi suçlar bakımından husule gelmesi sıkça görülecek bir durum değildir. Haksız tahrikin kesintisiz suç bakımından varlığını kabul edebilmek için TCK m. 29'daki şartların temadinin devamı müddetince var olması gerekir¹¹³. Failde ilk anda haksız tahrikin şartları mevcut olmasına rağmen temadi süresinde bu şartlar ortadan kalkmış ise artık haksız tahrik hükümlerinin uygulanmaması gerekir¹¹⁴. Ancak bunun cezanın belirlenmesinde (TCK m.61) dikkate alınması gerekir.

¹¹¹ EREM, s.371.

¹¹² EREM, s.371.

¹¹³ Önder'e göre böyle bir durumda akıl hastalığının bulunduğu süreyle ilgili kısmın dikkate alınmaması (fiil olarak kabul edilmemesi) ve fiilin, failin akıl sağlığına kavuşmasından itibaren başladığının kabulü gerekir. Önder, devam eden fiilin hukuka aykırı ve kusurlu olmasını da aramaktadır. ÖNDER, Mütemadi Suç, s.114.

¹¹⁴ EREM, s.467. Uygulamada şu şekilde hadiseler görülmektedir; Kişinin borcunu ödemesi nedeniyle bir bağ evine günlerce kapatılması ve dövülmesi ya da kız arkadaşını taciz ettiği gerekçesiyle kişinin araca bindirilerek şehrin ıssız yerine götürülmesi ve dövülmesi gibi. Bu durumlarda somut olayın şartlarını inceleyecek olan hakimin haksız tahrikin varlığı konusunda karar vermesi gerekir.

I. Mütemudi Suçta Nitelikli Hal

Mütemudi suçta nitelikli halin söz konusu olması durumunda bu nitelikli halin suçun tamamlanma mı yoksa bitme anına göre mi dikkate alınması gerektiği de tartışmalı bir konudur¹¹⁵. Bu açıdan akla gelebilecek iki örnek üzerinden konuyu izah etmek faydalı olacaktır. Mağdurun yaşının suçun tamamlanmasında farklı, bitme anında farklı olması halinde hangisi dikkate alınacaktır. Mütemudi suçun gece işlenmesinin nitelikli hal sayıldığı bir durumda suçun gece tamamlanması ancak bitme anının gündüze denk gelmesi halinde nasıl bir hüküm verilecektir. Nitelikli halin varlığını bilerek suçu işlemeye başlayan faile, fiilin bitmesi anında var olmayan daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal uygulanmayacak mıdır?

Mağdurun yaşının mütemudi suç bakımından ortaya sorun çıkarması pek nadir görülebilecek bir durumdur. Ancak mağdurun yaşının suçun temel şekli, nitelikli halleri bakımından etkili olduğu durumlarda bu sorunun da çözüme kavuşturulması gerekir. TCK m. 109/3-f’de kişi hürriyetinden yoksun kılma suçunun çocuğa karşı işlenmiş olması cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir¹¹⁶. Örneğin, failin, 17 yaşının içinde olan (17 yaş 9 ay) mağduru 5 ay kadar hürriyetinden yoksun bıraktığı bir durumda fail hakkında nasıl bir hükme varılacaktır. Failin davranışta bulunarak suçu tamamladığı anda mağdurun çocuk olması nedeniyle nitelikli hal uygulanacak mıdır? Yoksa temadinin bittiği anda mağdurun yaşının 18 den büyük olması (artık çocuk olmaması) nedeniyle suçun temel şeklinden mi ceza verilecektir. Mütemudi suçlarda fiilin tekliğinin kabulü ile fiilin işlendiği zaman, temadinin bittiği an olarak kabul edilirse bu durumda çok da adaletli olmayan bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bu halde faile, suçun temel şeklinden ceza verilmesi gerekir. Ancak failin filini tamamladığı anda bunu bir çocuğa karşı gerçekleştirmesi söz konusudur. Burada farklı neviden fikri içtima benzeri bir uygulamanın yapılması¹¹⁷ ve failin hür-

¹¹⁵ Temadinin bitme anında suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali söz konusu ise burada bir tartışma söz konusu olmayacaktır. Fiilin tekliği kuralına göre fiilin bitme anındaki nitelikli hal faile uygulanacaktır. Çünkü fail bu nitelikli hali bilerek fiiline devam etmiştir.

¹¹⁶ ÖZBEK vd., Özel Hükümler, s.392.

¹¹⁷ TCK m.43/1’deki; “Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır”, hükmü mevcuttur. Buna göre burada farklı neviden fikri

riyetten yoksun bırakma suçunun nitelikli halinden sorumlu tutulması görüşü savunulabilir. Çünkü burada fiilin tamamlanma anından itibaren mağdur henüz 18 yaşını doldurmadan herhangi bir zamanda kesintiye uğraması durumunda nitelikli halden dolayı ceza verilmesi konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Hal böyle iken failin fiilini, mağdurun 18 yaşını doldurmasından sonraya kadar devam ettirmesini onun lehine olarak yorumlamak mümkün olmamalıdır. Böyle bir sonucun önüne geçmek, fiilin tekliği kuralını da ihlal etmemek ve önceki yapılan açıklamalarla da çelişmeden bu sorunu çözmek için, cezanın belirlenmesinde suçun işlenme biçimi kriterine dayanılarak alt sınırdan uzaklaşmak gerekir, kanaatindeyiz.

Mütemadi suç açısından gece işlenmesinin nitelikli hal olarak belirlendiği durumlarda suçun tamamlanmasının geceye, ancak fiilin bitme anının gündüze rastlaması mümkündür. Örneğin, elektrik hırsızlığı suçunun¹¹⁸ gece işlenmeye başlaması ve temadinin kaçak elektrik kullanıldığının gündüz görevliler tarafından tespiti ile son bulması (suçun bitmesi). Fail ilk harekete başlarken nitelikli halin varlığını bilmektedir, bunu göze alarak harekette bulunduğundan bu nitelikli halin faile uygulanmaması adaletsiz sonuçlara neden olacaktır. Ancak fiilin tekliğinin kabulü bu sonuca ulaşmamıza engeldir. Böyle bir durumda yukarıda mağdurun yaşı bakımından yapılan açıklamalar geçerli olmalı ve faile ceza verilirken cezanın belirlenmesi kriterlerinden suçun işlenme zamanı ve işlenme biçimi kriterleri dikkate alınarak alt sınırdan uzaklaşarak ceza verilmelidir.

içtimanın aynı fiil şartı olduğu halde (temadi eden tek fiil vardır) m.44'te aranan farklı suçların oluşması şartı gerçekleşmemektedir.

¹¹⁸ TCK m.142'de hırsızlık olarak düzenlenmiş olan bu fiil, 02.07.2012 tarihli 6352 sayılı Kanununun 83. Maddesiyle karşılıksız yararlanma suçuna dönüştürülmüştür. Bu maddeyle TCK 163. Maddeye son fıkra olarak; "Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun veya doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi halinde kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur", ibaresi eklenmiştir. ÖZBEK vd., Özel Hükümler, s.679; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, Özel Hükümler, s.678.

III. MÜTEMADİ SUÇ VE BENZER SUÇLAR

A. Mütemadi suç–Ani Suç Ayrımı

Mütemadi suç ifadesi insanın kafasında otomatik olarak ani suç kavramının da oluşmasına hizmet etmekte, bunların da tanımlanması gereği ortaya çıkmaktadır. Doktrinde ağırlıklı olan görüşe göre ani suç; hukuka aykırı durumun teşekkülü ile tamamlanan ve son bulan fiillerdir¹¹⁹. Ani suçlarda suçun tamamlanmasından sonra bahsedilecek bir şey söz konusu değildir, işlenmekle tüketilen suçlardır¹²⁰. Mütemadi suç ile ani suç arasındaki fark çok açıktır. Ani suç, formüle olarak (tipikliğin) gerçekleşmesiyle birlikte hem tamamlanmakta hem de son bulmakta iken mütemadi suç tipikliğin gerçekleşmesinden sonra tamamlanmakla birlikte son bulmamakta bu andan itibaren de bir süre devam etmektedir¹²¹. Mütemadi suçlara tamamlanmış olduğu halde devam edebilen suçlar da denilebilir. Mütemadi suç, suçun kanuni tanımındaki devamlılıktan anlaşılır. Ani suçlarda suç yolundan geri dönüş mümkün olmadığı halde kesintisiz suçlarda haksızlığa istenildiği zaman son verilerek geri dönülebilir¹²².

Sonuç olarak her iki suçta da, cezalandırılabilir bir fiil, icrai veya ihmali davranışla meydana getirilmekte; ani suçlar hukuka aykırı durumun oluşmasıyla birlikte hem tamamlanmakta hem de son bulmakta ve cezalandırılabilir eylem devam etmemektedir¹²³. Mütemadi suçta ise, hukuka aykırı durum oluşmasından itibaren bir süre daha devam ederek sona erme aşamasına kadar sürmektedir¹²⁴.

B. Mütemadi Suç–İz Bırakan Suç Ayrımı

Ceza hukuku öğretisinde ve uygulamasında, mütemadi suç ile iz bırakan suçun (durum suçları) birbirinden farklı kurumlar olduğu kabul edilmekte-

¹¹⁹ ALLFELD, s.230; BELİNG, s.230; FİNGER, s.375.

¹²⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.214.

¹²¹ HEİSERER, s.17.

¹²² HAKERİ, Ceza Hukuku, s.165.

¹²³ İslam hukukunda ani suç-mütemadi suç ayrımı hakkında geniş bilgi için bkz. UDEH, Abdulkadir, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk C:I, (Çev. R. Özcan-Ali Şafak) Ankara 1976, No:68-73.

¹²⁴ ALACAKAPTAN, s.48.

dir.¹²⁵ Günümüzde iz bırakan suçlar ani suçlardan sayılmaktadır.¹²⁶ Kesintisiz suçlarda hukuka aykırı durumun sürdürülmesi failin iradesine bağlıdır¹²⁷. Durum suçlarında ise haksızlık, hukuka aykırı duruma neden olunmasıyla esasen bitmektedir. Suç tipinin tamamlanmasıyla eylem artık failin elinden çıkmış, failin suçla ilişkisi kesilmiştir¹²⁸. Ancak bu haksızlığın meydana getirdiği durum (iz) devam etmektedir. Öyle ki bu durum veya iz asla ortadan kalkmayabilir. Örneğin, yüzde sabit ize yol açar şekilde kasten yaralama suçu¹²⁹, iz bırakan bir suçtur. Bu durumda kasten yaralama fiili yapılmış ve aynı anda bitmiştir. Mütemadi suç değil, ani suç söz konusudur. Bu tür suçlarda suç ani olarak gelişir ve suçun eseri kalıcılık gösterse bile fiile bağlı haksızlığın sürekli bir oluş içerisinde bulunmasından söz edilemez¹³⁰. İz bırakan suçlarda suç (haksızlık) devam etmemekte, suçtan sadır olan kötülük, fenalık devam etmektedir¹³¹.

IV. MÜTEMADİ SUÇTA SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Mütemadi Suçlarda Teşebbüs

Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından mütemadi suça teşebbüsün mümkün olmadığı savunulmuştur¹³². Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, teşebbüsün mümkün olduğu zaman itibariyle ani ve mütemadi suç arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her iki tip suça da suçun tamamlanmasına kadar teşebbüs etmek mümkündür. İkisi arasındaki fark; mütemadi suçun tamamlanmasından sonra işlenmeye devam edilmesi sırasında failin elinde olmayan sebeplerle suçun icrasının son bulması durumunda teşebbüsten değil, tamamlanmış suçtan bahsedilmesidir. Örneğin, bir bağ evine kapatılan kişiyi failin birkaç gün orda tutmak istediğini düşünelim. Kolluk görevlileri tarafından birkaç saat sonra kişinin kurtarılması halinde suç tamamlanmıştır¹³³. Bu

¹²⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.118; ALACAKAPTAN, s. 48; DÖNMEZER/ERMAN, s.385; ÖNDER, Mütemadi Suç, s. 91.

¹²⁶ ÖNDER, Mütemadi suç, s.92.

¹²⁷ ÖZBEK vd. Genel Hükümler, s.219.

¹²⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.270.

¹²⁹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.226.

¹³⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.118.

¹³¹ HAKERİ, s.165.

¹³² EREM, s.499; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s.216.

¹³³ KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.118.

suça teşebbüsün nasıl olacağını açıklamak için şu örnek verilebilir; kişinin hürriyetinden yoksun bırakılmak üzere bir araca zorla bindirilmeye çalışılması sırasında (failin elinde olmayan nedenlerden dolayı) başka kişilerin müdahalesi sonucu mağdurun kurtarılmasıdır. Hürriyetten yoksun kılma, mütemadi suçtan sayılabilecek kadar sürmemişse, yine teşebbüsten bahsedilebilir¹³⁴.

B. Mütemadi Suçlarda İştirak

Doktrinde mütemadi suçlara bitme (kesintiye uğrama) anına kadar her türlü iştirakin mümkün olduğu savunulmuştur¹³⁵. İştirak bakımından özellik arz edecek olan durum, fiilin tamamlanma ve bitme anı arasındaki sürede bazı iştirak türlerinin gerçekleşmesinin mümkün olup olmaması şeklindedir. Bir görüş¹³⁶ mütemadi suça suçun tamamlanması ile bitmesi arasında sadece azmettirmenin mümkün olmayacağı diğer iştirak türlerinin mümkün olduğu şeklindedir. Bir başka görüşe göre¹³⁷, böyle bir durumda azmettirme ve suçun işlenmesinden önce yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırma şeklinde de iştirak mümkün değildir. Bir diğer görüş ise, mütemadi suça, azmettirme dışında şerikliğin her türü ile katılmanın mümkün olduğunu savunmaktadır. Mütemadi suçun devamına teşvik, devam kararını takviye, suçun ne surette devam edebileceğine dair talimat vermek ve diğer bütün şeriklik faaliyetleri mümkündür¹³⁸.

Alman doktrininde ihmali şekilde gerçekleştirilen mütemadi suça yardım eden olarak iştirak etmenin mümkün olmadığı tartışmalıdır¹³⁹. Çünkü üzerinde davranışta bulunma yükümlülüğü bulunan her kişinin hareket etmeyerek ihmal göstermesi durumunda garantörlükleri gereği tek başına fail olarak sorumlu olacakları kabul edilmektedir. Ancak Köhler, şu örneği vererek farklı görüşte olduğunu ifade etmektedir. Örneğin, anne ve babanın çocuklarının hasta olmasını sağlamak için çocuğu yetersiz beslemeleri. Ancak bu örneğin olayı

¹³⁴ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.438.

¹³⁵ ROXİN, s.331; İÇEL, s.70; ÖZGENÇ; s. 171; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s.119.

¹³⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s.258; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, Genel Hükümler, s.271.

¹³⁷ ÖZBEK vd. Genel Hükümler, s.219. HAKERİ, Ceza Hukuku, s.168.

¹³⁸ EREM, s.527.

¹³⁹ HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s.291.

tam karşılamadığı ve açıklayamadığı ortadadır. Mütemadi suçun ihmali, icrai davranışın karışımı ile oluşabileceğine dair yukarıdaki açıklamaların dikkate alınarak hangi halde hangi tür iştirakin mümkün olduğu konusunun çözülmesi gerekir. Bu tartışma mütemadi suçun niteliğinden çok ihmali suçların özelliklerine bağlı olarak yapılmalıdır¹⁴⁰.

Yardım etme fiilin bitmesine kadar icra edilebilecek bir iştirak şekli olduğundan fiili yardımda bulunma şeklindeki iştirak mütemadi suç bakımından da mümkündür. Hatta yardımda bulunma sadece mütemadi suçun belli bir süresinde gerçekleşse dahi tüm fiile yardım etme anlamına gelecektir. Ancak bu yardımın süresi cezanın belirlenmesinde (TCK m.61) dikkate alınabilecektir¹⁴¹. Ancak fiilin tamamlanması durumunda artık bu fiile, azmettirmek, suçun işlenmesinden önce yardımda bulunmak, suç işlemeye teşvik ve suç kararını kuvvetlendirmek şeklinde iştirak etmenin mümkün olmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü bu şeriklik türlerinin mutlaka suçun tamamlanmasından evvel gerçekleştirilmesi zorunludur.

C. Mütemadi Suçlarda İçtima

Mütemadi suçun incelenmesinde, mütemadi suçun tek bir fiilden mi oluştuğu yoksa zincirleme (müteselsil) fiillerden mi oluştuğu konusu, birden fazla fiilin nasıl cezalandırılacağı sorusuna götürmektedir. Zincirleme (müteselsil) suç açısından kürsü örneği olarak verilen olay; bir işyeri çalışanının sürekli o işyerinden sigara çalması verilir. İşçi, önceki kastına dayalı olarak 20 paket sigara çalmak istemektedir. Ancak bu 20 paket sigarayı çalmak eylemini, bir seferde 20 paketi almak değil, aksine her gün bir paket sigara götürmek şeklinde icra etmektedir. Frank, bununla ilgili olarak; “suçların sayısının vücut gücü, çeviklik (ya da olayımızda olduğu gibi kurnazlık) veya başka tesadüflerin etkisiyle ortaya çıkabilir,” demektedir¹⁴². Bununla birlikte Frank, hareketin doğal olarak tekliğinin bu kadar kolay özetlenemeyeceğini, zira her bir sigara paketinin alınmasıyla hırsızlık suçunun bütün unsurlarının tamamlandığını be-

¹⁴⁰ İhmali suçlarda iştirak türleri bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. HAKERİ, İhmal Kavramı, s.278-310.

¹⁴¹ Benzer görüş için bkz. HEİSERER, s.42.

¹⁴² FRANK, s.78.

lırtmektedir. Kitzinger, yukarıda belirtilen örneğe hem mütemadi hem de zincirleme suç u ifade etmesi bakımından şunu eklemektedir; “İşçi, zincirleme bir şekilde sigara çalıyorsa, bu durumda suçun görünümü olarak da her seferinde fiilin yenilediği müşahede edilir. Bu haliyle kesintisiz devam eden bir eylemden bahsedilemez. Aksine birbirini takip eden aynı suç portresi görülür ve bunlar kısa zaman dilimiyle birbirinin peşinden gelmektedir¹⁴³. A, B’yi saatlerce ellerini bağlayarak tutarsa, bu eylemde görüntüde bir çokluk söz konusu değildir, aksine saatlerce kesintisiz olarak devam eden bir suç görülmektedir¹⁴⁴.”

Zincirleme suçta, “suç görünüşte de birbirini takip ederek devam etmektedir”. Doktrinde baskın olan görüşe göre, zincirleme suç halinde her bir fiil kendi içerisinde unsurlarını tamamlamak ve cezalandırılabilir olmak şartıyla, fiillerin çokluğu söz konusudur. Diğer bir ifadeyle zincirleme suç, tüm unsurları tamamlanmış olan ve birbirini takip eden birden fazla fiilden meydana gelmektedir. Buna karşılık mütemadi suçta ise fiillerin çokluğu değil, aynı anda devam eden ve kesintiye uğramayan bir süreklilik söz konusudur. Başka bir deyimle mütemadi suç, tamamlanmış, cezalandırılabilir fiilin “sona ermesine” kadar devam eden bir bütünlük içindedir¹⁴⁵.

Waechter ve John aksi düşüncede olup, zincirleme suç, mütemadi suç arasında fark bulunduğunu kabul etmemektedirler. Bu yazarlara göre, mütemadi suç da zincirleme suçun başka üretim ve yenilenme şeklidir. Fikirlerini açıklarken de, her nasıl üretilirse üretilsin her iki durumda da bir suçun söz konusu olduğunu bunların devam şekillerinin (çünkü her ikisinde de fiillerin çokluğundan değil bir fiilden bahsedilir) cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerektiğini belirtmektedirler¹⁴⁶. Gold ise bu fikre karşılık, zincirleme suç u işleyen kişinin eylemleri arasında, ceza hukukunun ilgilendirmeyen (suç oluşturmayan) bir zaman diliminin olduğunu, oysa mütemadi suç halinde failin, devam eden bir haksızlık içerisinde bulunduğunu bunun birbirinden ayrılması gerektiğini savunmaktadır¹⁴⁷.

¹⁴³ KİTZİNGER, s.257.

¹⁴⁴ HEİSERER, s.16.

¹⁴⁵ BİNDİNG, s.540.

¹⁴⁶ ÖNDER, Mütemadi Suç, s.87.

¹⁴⁷ GOLTDAMMER, s.453.

Mütemadi suç için ayırt edici olan şey (diğer hususların yanında) failin belirli bir sonuca yönelmiş olan kastının zamanıdır. Fail, mütemadi suç açısından tek bir sonucu elde etme kastıyla hareket ettiğinden failin tekliliğinden bahsedilmektedir. Liszts, sonucun tek olması nedeniyle tek bir fiilden bahsedileceğini söylemektedir¹⁴⁸. Mütemadi suç için failin tekliliğinden bahsedilmesi, bu suç türünün bilimsel incelenmesinde tamamen doğal yönden tanımlamayla ilgilidir. Waechter’in teknik ve hukuki bakımdan belirttiği şekilde bir tümlük değildir. Mütemadi suçtaki birlik, failin işlenmeye başladığı (tamamlandığı) ilk andan sona ermesine kadar geçen süredeki birlik değildir. Hafkesbring’e göre, doğru ifade “devamlılığın görüntüsü, bir fiil, ayrılmaz bir tamlık” şeklindedir. “Suçun her bir tamamlanmış şeklinin bir önceki şekli tükettiği” şeklinde ifade etmektedir¹⁴⁹.

Önder’e göre, mütemadi suç ile müteselsil suç birbirinden ayıran farklar; mütemadi suç icrai veya ihmali davranışla işlenebildiği halde müteselsil suç sadece icrai davranışla işlenebilir. Müteselsil suçları birleştiren sadece failde bulunan suç işleme kararı olduğu halde mütemadi suçta faildeki kastta devamlılık vardır. Mütemadi suçta suç tipini ihlal eden harekette kesinti olmadığı halde müteselsil suçta kesinti olduğu gibi hareketin kesilmesi birlikte meydana gelen neticeler de birden fazladır. Mütemadi suçta hareket ve netice tektir¹⁵⁰.

Mütemadi suçta suçun harekete bağlı haksızlığının aralıksız devam etmesi gerekirken zincirleme suçta hareketler bir kez suçun unsurunu oluşturduktan sonra devam etmemektedir. Suç tamamlandıktan sonra hareketler tekrar edilmektedir. Zincirleme suçta devam eden husus, suç işleme kararı olmakta, suçun maddi unsurlarında aralıklar bulunmaktadır. Oysa mütemadi suçta suçun maddi unsurlarında da devamlılık mevcuttur¹⁵¹. Mütemadi suçlar kendi aralarında zincirleme (teselsül) suç oluşturabilir. Örneğin, aynı suç işleme kararı ile farklı günlerde hürriyetten yoksun bırakma suçunu işleyen kişi zincirleme suç hükümlerine göre cezalandırılır¹⁵².

¹⁴⁸ V. LİSZT, s.235.

¹⁴⁹ HAFKESBRİNG, s.21.

¹⁵⁰ ÖNDER, Ceza Hukuku, s.186.

¹⁵¹ HAKERİ, Ceza Hukuku, s.165.

¹⁵² İÇEL, s.70.

Aynı neviden fikri içtimanın da mütemadi suçlarda gerçekleşmesi muhtemeldir. Örneğin, bir bankada banka görevlilerinin tamamının rehin alınarak hürriyetlerinden yoksun bırakılmaları halinde tek fiil ile kanunun aynı hükmü değişik mağdurlara karşı aynı anda ihlal edilmektedir. Bu durumda aynı neviden fikri içtima hükümlerine göre TCK m. 43/2 nedeniyle cezada artırım yapılacaktır¹⁵³.

SONUÇ

Ani suç, cezai açıdan kanunun aradığı unsurların gerçekleştiği anda tamamlanan ve sona eren suç tipidir. Ani suçlarda tamamlanma ile sona erme aynı ana denk gelmektedir. Mütemadi suçlarda ise ani suçtan farklı olarak suçun tamamlanmasıyla hukuka aykırı durumun bir müddet daha devam etmesi gereklidir. Hareket ile meydana gelen hukuka aykırı sonucun birden sona ermeyip zaman içinde devam ettiği suçlar, mütemadi suç olarak adlandırılır. Mütemadi suçun en önemli özelliği suçun tamamlanması ile bitmesi aşamalarının farklı zamanlarda gerçekleşmesi ve bunun failin iradesine bağlı olmasıdır.

Mütemadi suçta devam eden haksızlığın nereye dâhil olduğu konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Mütemadi suçta fiilin icrası devam ettiği sürece, fiilin ifade ettiği haksızlık da işlenmeye devam etmektedir. Tüm suçlarda muhakkak bir neticenin bulunduğu kabul edilemez. Mütemadi suçta devam eden haksızlık, fiile ilişkindir yani bu suçlarda icrai veya ihmali hareket devam etmektedir.

Mütemadi suçun kesintisiz olma özelliği ile suçun tamamlanma ve bitme aşamalarının farklı zamanlarda gerçekleşmesi hukuki açıdan önemli sonuçlar doğurmaktadır. Suçun belli bir zaman diliminde devam etmesinin doğal sonucu olarak, suçun işlenme yeri, işlenme zamanı, zamanaşımı süresinin başlaması, lehe kanun değerlendirmesinin yapılması, failin kusur durumunun bu sürede değişmesi, teşebbüs, iştirak, içtima diğer suç tipleriyle ilişki, ceza muhakemesi hukukunda etkileri (şikayet süresi) gibi konular önem arz etmektedir.

Nitelikleri süreyle ilgili olan ceza hukuku kurumları bakımından mütemadi

¹⁵³ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s.439.

suç özellik arz etmektedir. Çünkü bu suçlar belli bir süre devam eden suçlardır. Zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması bu suçun tamamlanma veya bitme anına hasredilebilir. Ancak TCK m.66/6 hükmü açıkça kesintisiz suçlarda zamanaşımı süresinin fiilin kesintiye uğraması yani bitmesi anından itibaren işlemeye başlayacağını düzenlemiştir.

Şikâyet süresinin işlemesi bakımından TCK m.73'de açık hüküm bulunmamasına rağmen zamanaşımı süresinin başlamasıyla ilgili varılan sonucun kabulü ile kesintinin oluşmasıyla bu sürenin başlatılması gerekir. Süreyle ilgili lehe kanun değerlendirmesinde temadi devam ederken aleyhe bir kanun yürürlüğe girmiş olsa da failin bunu bilerek fiiline devam etmesi ve esasen suçun bu yeni kanun yürürlükte iken işlenmesi nedeniyle bu kanun uygulanacaktır.

Failin kusur yeteneğinin suçun tamamlanma mı yoksa bitme anına göre mi değerlendirilmesi gerektiği konusu da tartışmalıdır. Kusur yeteneği, suçun kesintiye uğradığı zamana göre belirlenmelidir. Ancak suçu işlemeye başladığı sırada cezai sorumluluğun bulunmaması halinde bu kısmın cezanın belirlenmesinde dikkate alınması gerekir. Mağdurun yaşına bağlı nitelikli halin söz konusu olması durumunda (TCK m.109/3, f) farklı neviden fikri içtima benzeri bir uygulamanın yapılması ve failin suçun nitelikli halinden sorumlu tutulması gerekir.

Suçun işleme yeri bakımından mütemadi suçlarda devam eden zaman aralığında yer değiştirerek fiile devam etme söz konusu olabilir. Bu halde suçun, kesintinin meydana geldiği yerde işlenmiş sayılması icap eder. Ancak ülkelerin yargı yetkilerini belirlemek bakımından fiilin herhangi bir yerde devam etmiş olması o yer mahkemesinin (ve o ülkenin yargı yetkisinin) belirlenmesi bakımından yeterli sayılmaktadır.

Mütemadi suçta nitelikli halin süreye bağlı olarak farklılık göstermesi, özellikle fiilin tamamlanması anında cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halin var, ancak fiilin bitme anında bu nitelikli halin bulunmaması durumunda, fiilin teklifini bozamamak adına bu hallerin cezanın belirlenmesinde (TCK m.61) dikkate alınması gerekir.

Mütemadi suçta teşebbüs, ancak suçun tamamlanma anına kadar mümkün-

dür. Suçun tamamlanmasından sonra temadi devam ederken meydana gelecek her türlü kesinti suçun tamamlanmış halinden sorumluluğu gerektirir. Suçun işlenmesinden ve tamamlanmasından önce bulunmaları özellikleri gereği zorunlu olan iştirak şekilleri (azmettirme, yardım vaadi vb.) dışında tüm iştirak hallerinin mütemadi suç bakımından da gerçekleşmesi mümkündür. Müteselsil suç ile mütemadi suç ayrı müesseselerdir. Mütemadi suçta tek bir fiilden bahsedilmektedir. Müteselsil suç ise birden fazla fiilin değişik zamanlarda aynı kararın icrası kapsamında gerçekleştirilmesidir. Müteselsil suçta tek olan “karar” iken mütemadi suçta tek olan “fiildir”.



KAYNAKÇA

ALACAKAPTAN, Uğur, Suçun Unsurları, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

ALLFELD, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1922.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.

AVCI, Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar, İstanbul 2004.

BELİNG, Grunzüge des Strafrechts, 1925.

BİNDİNG, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1902.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT Özlem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.

DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.

DOERR, Das fortgesetzte Delikt, 1908

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Cilt: I, İstanbul 1997.

- EGENOLF, Das Dauer und Zustandsverbrechen, 1914.
- EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1962.
- EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.
- ERSOY, Yüksel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- FİNGER, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1904.
- FRANK, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Tübingen 1926.
- GOLTDAMMER, Archiv für Preussisches Strafrecht, Bd. 7, 8, 20.
- GUTENAEKER, Das Dauer und Zustandsverbrechen, 1911.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/Muharrem ÖZEN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- HAFKESBRİNG, Das Dauerverbrechen, 1913.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003.
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.
- HEINRICH, Bernd, Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör: ÜNVER, Yener, Stuttgart 2010.
- HEISERER, S. Ulrich, Das Dauerverbrechen, München 1931.
- İÇEL, Kayıhan/AKINCI-SOKOLLU, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener, Suç Teorisi 2. Kitap, İstanbul 2000.
- İÇEL, Kayıhan/EVİK, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1997.
- JESCHECK Hans-Heinrich/WEİGEND/Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, Berlin 1996.
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ/İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.

KITZINGER, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht, 1902.

KÖHLER, Deutsches Strafrecht, 1917.

KUNTER, Nurullah. Suçun Maddî Unsurları Nazariyesi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954.

OLSHAUSEN, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Auflage, 1927.

ÖNDER, Ayhan, “Mütemadî Suç”, İHFM, C. XXIX, 1963, S: 1-2, s.75-120.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.

ÖZBEK, Veli Özer/M. Nihat, KANBUR/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

ÖZBEK, Veli Özer/M. Nihat, KANBUR/BACAKSIZ, Pınar/DOĞAN, Koray/TEPE, İlker, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.

ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2013.

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa R./ÖZBEK, Veli Özer, Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara 1998.

PISAPIA, Cian Domenico, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri, (Çev. Atif AK-GÜÇ, Ankara 1971.

ROXİN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, München 2006.

SANCAR, Türkan Yalçın, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998.

SANCAR, Türkan Yalçın, Mütessesil Suç Ankara 1995.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

TANER, M. Tahir, Ceza Hukuku Umumî Kısım, İstanbul 1949.

TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK, Murat, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.

UDEH, Abdulkadir, İslam Ceza Hukuku ve Beşeri Hukuk C:I, (Çev. R. Öz-

can-Ali Şafak) Ankara 1976.

VIDAL, Georges–MAGNOL, Joseph, Ceza Hukuku (Çev. Şinasi Z. DEVRİN), Ankara 1946.

V. LİSTZ, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1922.

YAŞAR, Osman, İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1998

YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C:I, Ankara 2010.

YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, Strafgesetzbuch-Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.

**İNSAN HAKLARININ KORUNMASI KAPSAMINDA
YASA DIŞI ORGAN VEYA DOKU NAKLİNİN
TÜRK HUKUKUNA YANSIMALARI**

*Reflection of Illegal Organ or Tissue Transplantation on Turkish Law
in the Context of Protection of Human Rights*

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Ali ZENGİN *

ÖZET

Organ bağışında yaşanan kıtlık bu yüzyılda insanlığın en önemli sorunlarından birisidir. Bağış listesinde kayıtlı olan hastalar umutsuzca uygun bir bağış beklemekte ve bunların çoğu da uygun bağış bulunamadığından hayatlarını kaybetmektedir. Diğer yandan bu umutsuz bekleyiş insanları yasa dışı yollara yöneltebilmektedir. Bu noktada organ nakline ihtiyaç duyan hastaların durumlarını dikkate almadan bu konuda yasal bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Günümüzde yasa dışı organ nakli çoğu ülkede suç olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte organ bağışının azlığı bakımından gelineen seviye yasal düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesi gerektiğini göstermektedir. Buna göre organ nakli bakımından yaşanan sıkıntının aşılanması bakımından hukuk düzeni içerisinde radikal düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu noktada biyotıp alanında meydana gelen ilerlemeler beraberinde hukuk kurallarının güncellenmesi sorununu da getirmektedir. Diğer yandan, organ naklinde sorunun kesin çözümü zenotransplantasyon ya da yapay organ üretimidir. Ancak henüz tıp bilimi bu teknolojik imkâna sahip bulunmamaktadır. Bu nedenle yasa dışı organ nakillerine yönelik hukuki düzenlemelerin yapılması belirli hassas dengelerin gözetilmesini gerektirmektedir. Bu noktada nakil listesinde bekleyen hastaların yaşam ve sağlık hakları bu denge bakımından özel bir öneme sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Organ Bağış, Organ Nakli, İnsan Hakları, Ceza Kanunları, Biyotıp, Biyoetik, Zenotransplantasyon.

ABSTRACT

Organ donation shortage is one of the most important humanitarian problems in

* Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
mazengin@ybu.edu.tr

this century. Patients who registered in donation list wait hopelessly a proper donation and many of them pass away because of not finding proper donation. On the other hand, this desperate waiting can motivates people to trend illegal ways. In this point, it is impossible to make a legal appraisal on this topic without consideration of conditions of patients who need organ transplantation. Today, illegal organ transplantation is evaluated as a criminal act in many countries. Nevertheless, weak level of organ donation shows that legal regulations shold be revised again. According to this, legal system needs radical regulations to solve shortage of organ donation problem. In this point, biomedical developments originate problem of updating of legal rules. On the other hand, absolute solution of shortage of organ donation is xenotransplantation or producing artifical organs. However, medical science doesn't have these kind of possibility for now. Therefore, delicate balance should be considered in terms of legislating regulations on illegal organ transplantations. In this point, right to life and right to health of patients who wait in transplantation list have a special importance in terms of the balance.

Keywords: Organ Donation, Organ Tarnsplantation, Human Rights, Criminal Codes, Biomedicine, Bioethics, Xenotransplantation.



GİRİŞ

Organ veya doku nakli konusu toplumların son derece hassasiyetle üzerinde durdukları ve her geçen gün gündelik yaşamda kendisini daha da hissettirmeye başlayan bir konudur. Nakil sırası bekleyen hastalara uygun organ temin edebilme noktasında yaşanan sıkıntılar dünya genelinde yaşanmakta olup ortaya çıkan gelişmeler özellikle etik konusunda şiddetli tartışmalara neden olmaktadır. Buna göre insan yaşamını doğrudan etkileyen ve halen çözüme kavuşturulamamış bir sorun olan organ temini hususu yasa dışı nakillerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Gelineen noktada organlar üzerinde sahip olunan hakların türünün ne olacağı ya da bu kapsamda kişinin yaşamı boyunca veya ölümünden sonra organları üzerindeki tasarruf yetkisinin ne olacağı tartışmalı konular arsındadır. Öte yandan ülkemizde dâhil olmak üzere çoğu ülkenin yasa dışı organ nakline karşı kanuni düzenlemeler yoluyla mücadele etmesine rağmen bu konuda ne derece başarı sağlandığı tartışmalı bir konudur. Zira mücadele

edilen ve suç unsuru olarak nitelenen durum son tahlilde bir kişinin hayatının kurtarılması ile bağlantılıdır. Bu nedenle konunun insan haklarının korunmasına yönelik olan boyutu hassas bazı değerlendirmelerde bulunmayı gerektirmektedir. Bununla birlikte menfaat temini karşısında organ temini açısından konu ele alınacak olursa organ nakli bekleyen hastaların çaresizliklerinin ayrı bir önemi bulunacaktır. Yine organ temininde uygulanan sistemlerin bu soruna çözüm bulmak noktasında yeterli olamaması konu bakımından başka arayışların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Örneğin organ temini karşılığında parasal teşvik, vergi indirim, hükümlülerin aldıkları cezalarda indirim gidilmesi gibi tekliflerin ne oranda kabul göreceği tartışılmakla birlikte konuya dair esaslı çözümlerden birisinin hayvandan insana organ nakli yani zenotransplantasyon (xenotransplantation) olduğunu ifade edebiliriz. Ancak ileride de ayrıntılı olarak değinileceği üzere hayvandan insana organ nakli konusunda henüz istenilen seviyeye ulaşılamamıştır. Öte yandan genel olarak yasa dışı organ nakilleriyle mücadele kapsamında ele alabileceğimiz pozitif hukuk düzenlemeleri farklılık göstermekle birlikte genel düzenlemelerin birbirine benzer olduğunu söylenebilir. Bununla birlikte yasa dışı organ nakli konusunda yapılacak pozitif düzenlemelerde aşağıda bahsedeceğimiz tartışmaların dikkate alınarak konunun tüm yönleriyle ele alınması daha yararlı olabilecektir.

I. İNSAN HAKLARI BAKIMINDAN TARTIŞILAN BAZI KONULAR

A. Organ veya Doku Nakli - Mülkiyet Hakkı Tartışmaları

1. Genel Olarak

İnsan vücudunun parçaları üzerinde mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığı tartışmaları henüz bir netlik kazanmış değildir. Bununla birlikte gelişen teknoloji ve ticari değer olarak insan biyolojik parçalarından elde edilen kazançlar konunun çözümü bakımından özellikle de hukukçuları zorlu bir tartışmanın içerisine çekmektedir. Zira konu mülkiyet hakkı bağlamında özel hukuk içerisinde temel haklar ve insan onuru bakımından ciddi bir tartışma zeminine dayanmaktadır. Bununla birlikte insan biyolojik materyallerinin¹ ticarileşme-

¹ Biyolojik sistem içerisinde üreyebilme veya üretilebilme kapasitesine sahip olan ve genetik bilgi içeren materyallere biyolojik materyal adı verilmektedir. Madde 2/1-a Directive

si doğrudan organ veya doku nakillerini etkileyecek bir husustur. Zira insan biyolojik materyallerinin ticarileşmesi ve bunlar üzerinde mülkiyet hakkının mutlak bir şekilde kabulü halinde organ- doku temini bakımından satım sözleşmelerinin yapılabilmesi ve cezai müeyyidelerin geçerliliğini yitirmesi söz konusu olacaktır. Bu noktada ticarileşmenin getirdiği sorunlarla organ veya doku nakillerinde satış işlemleri konularının aslında aynı temele dayandığı görülmektedir. Çünkü ikisinde de esas olan nokta insan biyolojik materyalleri üzerinde mülkiyet hakkından kaynaklanan tasarruf yetkisinin kullanımudur. Bununla birlikte insan biyolojik materyallerinin elde edilmesi bakımından üç tür kaynak bulunmaktadır. Buna göre bilimsel araştırmalara katılan hasta veya hasta olmayan kişilerden elde edilen materyaller, teşhis tedavi sırasında elde edilen biyolojik materyaller ve kadavralardan elde edilen biyolojik materyaller olmak üç farklı kaynak karşımıza çıkmaktadır. İşte DNA, hücre dizilimi ve dokuları bünyelerinde barındıran bu biyolojik materyaller ticari bir potansiyele sahiptir.² Bu noktada insanın kendi hücre ya da dokuları üzerinde mülkiyet hakkına sahip olup olmadığı yönündeki tartışmalar biyoteknoloji endüstrisindeki hızlı ilerleme ile gündeme gelmeye başlamıştır. Buna göre bilimsel araştırmalarda kullanılan insan organ, doku ve hücreleri yoluyla geliştirilen ürünler artık büyük ticari değerlere ulaşmıştır.³ Bu bakımdan organ veya dokuların satışlarının yasak olması karşısında bunların araştırma veya tedavi amacıyla alınmış olması halinde mülkiyet hakkı bakımından ortaya çıkan sorun çözüme kavuşturulamamıştır. Buna göre kişinin vücudundan alınan biyolojik örneklerin kullanılarak tescilli ya da patentleri alınmış biyoteknolojik ürünlerin geliştirilmesi halinde ortaya çıkan kazançtan donörün faydalanmasının sağlanması üzerinde durulması gereken bir konudur.⁴ Bu durumda donörlerin biyolojik parçaları üzerindeki mülkiyet hakkı tartışmaya açılmalıdır. Bu konuda çözüme ulaşmanın en iyi yolu buna yönelik kanuni düzenlemelerin oluşturulması-

98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the Legal Protection of Biotechnological Inventions.

² PRENTICE, Ernest D. WILTSE, John C. SHARP, John G. ANTONSON, Dean L. An Institutional Policy on the Right to Benefit from the Commercialization of Human Biological Material, *L. Med. & Health Care*, Vol.18, 1990, s. 162.

³ PRENTICE, WILTSE, SHARP, ANTONSON, 1990, s. 162.

⁴ PRENTICE, WILTSE, SHARP, ANTONSON, 1990, s. 166.

dır. Buna göre sırf ürün geliştirme ve bundan elde dilecek gelirden yararlanma amacına yönelik doku veya hücre satılması yasaklanmalı, bununla birlikte üniversitelerin araştırma merkezleri bünyesinde bu çalışmaların yürütülmesi sağlanmalıdır.⁵ Bu noktada aslında insan materyallerinin kullanıldığı teknolojinin hukukun ilerisinde olduğunu söyleyebiliriz. Bu nedenle de bu tür davalarda hangi ilke ve argümanların uygulanacağını önceden kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. Bu nedenle de genel olarak uygulanabilecek çerçeve kanunlara ihtiyaç duyulmaktadır. Öte yandan ABD içtihat hukukunun akademik veya ticari araştırmalarda biyolojik materyalleri kullanılan kişilerin hakları konusundaki sorunlara net bir cevap veremediği görülmektedir. Bununla birlikte insanların doku ve hücrelerinin kullanımıyla ilgili olarak üç ana alan olduğu ifade edilmektedir. Bunlar mülkiyet hukuku, sözleşme hukuku ve tazminat hukuku şeklinde sıralanmaktadır.⁶ Bununla birlikte insan hakları hukuku ve ceza hukuku boyutları da bu konular bakımından geniş bir inceleme alanı sunmaktadır.⁷ Türk Borçlar Kanununa göre “Kanun’un emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”⁸ Söz konusu düzenleme genel nitelikli olup Kanun’da insan doku ve hücreleri bakımından özel bir düzenleme söz konusu değildir. Buna karşın Avustralya’da (New South Welles) İnsan Doku Kanunu’nda yer alan özel düzenlemeye⁹ göre doku ticareti bölümündeki düzenlemeye aykırı olan sözleşmelerin hükümsüz olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte Kanun’da yer alan ilginç bir düzenleme ile

⁵ PRENTICE, WILTSE, SHARP, ANTONSON, 1990, s. 167. İnsan biyolojik materyalleri üzerinde yapılan araştırmalar esas itibarıyla hücre kültürü, hybridoma teknolojisi ve DNA dizilimi teknolojisi şeklinde genel bir sınıflandırmaya sokulabilir. U.S. Congress, Office of Technology Assessment, New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells—Special Report, OTA-BA-337, 1987, s.5 (New Developments in Biotechnology)

⁶ New Developments In Biotechnology, 1987, s. 9.

⁷ Bu noktada ülkemizde yapılan çalışmalar da göstermektedir ki Tıp Hukuku, ayrı bir kürsü yani hukuk biliminin ayrı bir anabilim dalı olma yolunda hızla ilerlemektedir. Bu konuda ülkemizde Tıp Hukuku’nun öncüsü ve duayenlerinden biri olan Kıymetli Hocam Prof. Dr. jur. Dr. h.c. Hakan HAKERİ’nin çalışmaları Tıp Hukuku alanında çalışan akademisyenler ve genel olarak tüm araştırmacılar için önemli bir kaynak teşkil etmektedir.

⁸ Madde 27/1.

⁹ Madde 32/5.

Bakan özel durumların varlığını gerekçe göstererek doku satımına dair yapılan sözleşmeleri onaylayabilir. Bu durumda ceza yaptırımını öngören fıkra (madde 32/1) ile sözleşmenin hükümsüzlüğünü öngören fıkra (madde 32/5) uygulanmamaktadır.¹⁰ Görüldüğü üzere burada dokuların satımının yasak olması ve satıma dair sözleşmelerin hükümsüz olmasına karşın Bakan'a bu düzenlemeleri kaldıracak istisnai bir yetki tanınmaktadır. Yine aynı şekilde insan doku ve hücreleri üzerinde mülkiyet hakkının varlığı konusunda da hukukumuzda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada ülkemiz açısından doku ve hücrelerin ABD'deki gibi özel hukuk konusu uyuşmalıklar bakımından ortaya çıkartacağı tartışmaların henüz mahkeme kararlarına yansımaları yakın zamanda pek mümkün gözükmemektedir. Zira bu alanda yaşanan sorunların teknolojik gelişmelere paralel olduğu bir gerçektir. Buna rağmen ülkemiz açısından da böylesi tartışmaların yer aldığı mahkeme kararlarına ileriki zamanlarda rastlanacağı muhakkaktır.

İnsan biyolojik materyallerinin ticari kullanımı konusundaki tartışmalar etik olarak üç temel alana dayanmaktadır. Bunlar sırasıyla kişiliğe saygı, fayda düşüncesi ve adalet düşüncesidir. İlk düşünceye göre kişiliğe saygı gereğince insan onurunun bir gereği olarak insan vücudunun parçalarının ya da insan doku ve hücrelerinin ticarete konu olmaları sınırlandırılmalıdır. Buna göre insan vücudu kişiliğin bir uzantısı ve ondan ayrılamaz bir parça olarak ele alınmaktadır. Bunun aksi durumda kişiliğe saygı ilkesi insan parçalarının ticarete konu olmasını engelleyemeyecektir. İkinci olarak insan biyolojik materyalleri üzerinde ticari faaliyetlerin kabul edilmesi durumunda ortaya çıkan fayda düşüncesi fayda sağlayan bakımından farklılık göstermektedir. Bu noktada insan metallerinin ticarete konu olmasının salt böyle bir ticarileşmeden daha fazla bir fayda sağlayıp sağlamadığı üzerinde durulmaktadır. Buna göre eğer ortaya çıkan iyi sonuçlar, kötü sonuçlar karşısında daha baskın ise bu noktada ticarileşmenin düşünülebileceği dile getirilmektedir. Bu bakımdan farklı etik düşüncelere sahip olanlar bakımından faydanın ne olduğuna ilişkin değerlendirmeler farklılık gösterebilecektir. Son olarak ortaya çıkan düşünce

¹⁰ Madde 32/5.

adalet temeline dayanmaktadır. Buna göre insan biyolojik materyallerinin ticarileşmesi ile ekonomik olarak zayıf olan toplum kesimlerine karşı bir eşitsizliğin meydana geleceği endişesidir. Bu konuda yaşanan belirsizliklerin toplumdaki eşitsizlikleri daha da arttıracacağı düşünülmektedir.¹¹ Görüldüğü üzere insan biyolojik materyallerinin ticarileşmesi konusu özel hukuki düzenlemelerin yapılmasını gerektirmektedir. Buna göre bu konuda yapılacak özel düzenlemeler genel düzenlemelerden farklı olarak insan onurunun korunması bakımından bir dengenin sağlanması arayışı içerisinde olacaktır.

2. ABD’de Tartışmaya Konu Olan Örnek Mahkeme Kararları

Laboratuarlardaki akademik çalışmalarla biyoteknoloji endüstrisinin birleşmesi neticesinde insan biyolojik materyallerinin ve bunlardan elde edilen ürünlerin ticarileşmesi hakkında ciddi etik ve hukuki tartışmalar ortaya çıkmıştır. Örneğin ABD’de organ ve dokuların satışının yasal olarak yasak olmasına rağmen kan, saç ve tırnak gibi parçaların satışı yasal olarak mümkündür. Buna rağmen insanın organ ve dokuları üzerinde mülkiyet hakkı bulunduğu dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle eleştirel bir yaklaşımla insan biyolojik materyallerinin ticarileşmesi ve dolayısıyla bunların araştırmacılar veya ilaç şirketleri tarafından alımı veya satımı konusunda hukuken belirsiz bir alan bulunmaktadır.¹² Bununla birlikte Mahkeme içtihatları konuya dair bazı hukuki çözümler üretmektedir. Örneğin saç hücresi kanseri tedavisi gören hasta Moore için uygulanan tedavide dalak hücrelerindeki hücre dizilimi (Mo cell) kullanılmak suretiyle farmakolojik bir madde elde edilmiştir.¹³ Bu sayede DNA eşleştirme tekniği kullanılarak GM-CSF üretilmekte ve böylece genetik olarak tasarlanan bir ilaç elde edil-

¹¹ New Developments In Biotechnology, 1987, s. 13.

¹² PRENTICE, WILTSE, SHARP, ANTONSON, 1990, s. 162.

¹³ Bu noktada biyoteknoloji alanında yapılan araştırmaların çeşitlerinden biri de hücre kültürü teknolojisidir. En bilinen hücre kültürü yapısı kanserli dokulardaki hücrelere ilişkindir. Canlılığını devamlı koruyabilen bir hücre yapısı üzerinde yapılan çalışmalar ticari ve ticari olmayan şekilde yürütülebilmektedir. Buna göre söz konusu kültürler biyolojik birer fabrika olarak kullanılmakta ve belirli miktarlarda ürünler elde edilebilmekte ya da çeşitli bileşenlerin zehirlikleri ölçülebilmektedir. İşte MOORE davasında da konu bir hücre kültürünün patentlenmesidir. MAUREEN S. Dorney, Moore v. The Regents of the University of California: Balancing the Need for Biotechnology Innovation Against the Right of Informed Consent, Berkeley Technology Law Journal, 1990, s.335.

miş olmaktadır. Mo cell'in hastanın tedavi edildiği üniversite tarafından patenti alınmıştır.¹⁴ Yani hastanın hücre dizilimi kullanılarak elde edilen ürün ya da meta parasal açıdan büyük bir değere dönüşmüştür. Bununla birlikte hasta yapılacak tıbbi müdahale için sadece standart cerrahi müdahale bakımından bir rıza beyanında bulunmuş olup bu durumda patoloji uzmanları alınan parçaları sadece hastalıklı dokuları tespit etme bakımından yetkilendirilmiştir. Bu nedenle ortada hastanın dalak hücreleri üzerinde araştırma yapılmasına ya da bu hücrelerin ticari amaçla kullanımına dair özel bir izin bulunmamaktadır.¹⁵ Davanın intikal ettiği California Yüksek Mahkemesi ise hastanın kendi doku ve hücreleri üzerinde mülkiyet hakkı olduğu iddialarını davanın çözümünde düğüm noktası olarak görmektedir. Bu durumda Mahkeme kanuni tanımlama içerisindeki “şahsi mülkiyet” kavramının mülkiyete konu olabilecek herhangi bir şeyi kapsayabileceği görüşünü benimsemekte ve Moore'un iddialarını kişisel mülkiyet bağlamında değerlendirmektedir. Bu noktada Moore hücre ve dokuları üzerinde değil sadece hücre dizilimine dayalı olarak üretilen ürünler üzerindeki mülkiyete dayalı menfaatlerden yararlanma hakkına sahiptir. Bu durumda özel hayatın gizliliği açısından değerlendirilmede bulunan Mahkeme kişilerin özel hayatlarının gizliliklerinin

¹⁴ ABD’de özellikle biyoteknoloji araştırmalarında artışın olmasını sağlayan düzenleme 1980 yılında Patent Kanunu’ndaki (Patent and Trademark Law Amendments Act) değişikliktir. Bu değişiklik federal düzeyde tek bir patent politikasına geçilmiş ve kar amacı gütmeyen sivil toplum kuruluşlarına, küçük işletmelere ve üniversitelere federal devletin fonlarını kullanarak gerçekleştirdikleri buluşlar için kendileri adına patent almaları imkânı sağlanmıştır. www.udel.edu/research/protecting/bayh-dole.html (03.12.2013) Bununla birlikte bu değişiklikten önce Federal fonlarla yürütülen araştırmaların gelirleri ile ilgili olarak meydana gelen sorunlardan biri de 1962 yılında Stanford Üniversitesinde yaşanmıştır. Buna göre üniversitedeki mikrobiyoloji uzmanları hücre kültürü teknolojisi ile WI-38 adında bir hücre dizilimi tasarlamışlar ve bunu bir şirkete pazarlamışlardır. Bunun üzerine Ulusal Sağlık Kurumu araştırmada Federal fonların kullanılması gerekçesiyle hücre kültürünün devletin malı olduğunu ve kaynakların yanlış kullanıldığını iddia etmiştir. Mahkeme ise araştırmacıların para almalarına devam etmelerine karar vermekle birlikte mülkiyet konusunu bir karara bağlamamıştır. *New Developments In Biotechnology*, 1987, s. 25. Bununla birlikte araştırmada kullanılan hücrenin kürtaj neticesinde elde edilen 4 haftalık bir fetusun gırtlığından elde edildiği belirtilmektedir. Ayrıca o tarihlere aydınlatılmış rıza konusunda herhangi bir düzenlemenin bulunmadığı ve rıza alınmadan araştırmaların yapılabildiği ifade edilmektedir. www.nature.com/news/medical-research-cell-division-1.13273 (05.12.2014)

¹⁵ *Moore v. Regents of the University of California*, 51 Cal. 3d 120; 271 Cal. Rptr. 146; 793 P.2d 479, www.law.justia.com/cases/california/cal3d/51/120.html (28.12.2013)

aydınlatılmış rıza mekanizmasıyla güvence altına alındığını ileri sürmektedir. Bu nedenle de davacının sadece sorumlu hekime karşı kendisini yeterince aydınlatmadığı için tazminat davası açabileceğine hükmetmiştir.¹⁶

ABD'deki bir diğer karar ise uyuşturucu kapsülleri yutan bir kişi üzerinde yapılan tıbbi müdahale ve aynı kişinin dışkısında bulunan kapsüller konusunda mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak gerçekleştirilen tartışmalara konu olmaktadır. Bu olayda mahkeme söz konusu kapsüllerin terk edilmiş mal olup olmadığı hakkında bir yargıya varmıştır. Buna göre kişinin kasten, kazara veya vücut fonksiyonlarının bir gereği olarak vücudundan ayrılan dışkı, saç, tırnak, kan veya **organlar** ya da vücudun diğer parçaları üzerinde sebepli ya da sebepsiz olarak kontrol ve hâkimiyet devam etmekte ise mülkiyet hakkının devam ettiği kabul edilmiştir.¹⁷ Bu konuda verilen bir diğer Mahkeme kararında ise kemik iliği nakline ihtiyaç duyan bir hastaya uygun ilik sadece kuzeninden temin edilebilmektedir. Bununla birlikte kemik iliğinin alınması kişinin hayatını tehlikeye sokmasa da büyük bir acıya neden olmaktadır. Bu nedenle de hastanın kuzeni kemik iliği vermek istememektedir. Bu durumda uygun iliğin temin edilememesi halinde ölecek olan hasta Mahkemeye başvurarak Mahkeme kararı ile iliğin alınmasını talep etmektedir. Mahkeme vermiş olduğu kararında iliğin alınmaması halinde hastanın ölecek olması üzerinde hiç yorum yapmadan böyle bir isteğin mümkün olmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre aksi bir karar hukuk mantığı açısından bir devrim niteliğinde olacaktır. Buna göre toplumdaki bir bireyin damarlarındaki kanın diğer bir bireyin beslenmesi için alınması adalet kavramına karşı bir inkâr anlamına gelmektedir. İşte yaşayan bir kişiden zorla bir dokunun alınması da aynı şekilde değerlendirilmektedir.¹⁸ Bununla birlikte Mahkeme'nin verdiği bu kararda toplumsal algılarında önemli olduğu düşünülmektedir. Buna göre Amerikan toplumunun daha bireyci daha liberal olduğu ve bu nedenle verilen kararın doğru kabul edildiği dile getirilmektedir. Bununla birlikte örneğin İtalya gibi ülkelerde bireyler arasında

¹⁶ Moore v. Regents of the University of California, 51 Cal. 3d 120; 271 Cal. Rptr. 146; 793 P.2d 479, www.law.justia.com/cases/california/cal3d/51/120.html (28.12.2013)

¹⁷ Charles Venner v. State Of Maryland, 30 Md. App. 599 (1976) 354 A.2d 483 www.leagle.com/decision/197662930MdApp599_1580 (28.12.2013)

¹⁸ McFall v. Shimp, Court of Pennsylvania, 10 Pa. D. & C. 3d 90, 26.07.1978

dayanışma (solidarity) ve kollektivite toplumsal birer değer olarak ön plana çıkmaktadır.¹⁹

Öte yandan askerlik hizmeti konusu ile ilgili olarak mülkiyet hakkı bakımından yaşanan tartışmalar bir Mahkeme kararına yansımıştır. Karara konu olaya göre ABD’de bazı askerler kendi bilgileri ve rızaları olmaksızın kimyasal silahlardan korunmak için üretilen giysileri giyerek LDS maddesinin insanlara etkisini belirlemeyi amaçlayan deneysel bir araştırmaya konu olmuşlardır. Bu deney neticesinde ise yaralanmalar meydana gelmiştir. Bunun üzerine askerlerden biri tazminat davası açmıştır. Bu noktada dava esnasında tazminatın verilip verilmeyeceği tartışmasından öte Mahkeme hâkimlerinden birisinin devletin tazminat konusunda bir yükümlülüğünün bulunmadığı zira askerlerin vücutlarının bir anlamda devlete ait olduğunu ileri sürmesi dikkat çekici noktadır.²⁰ CALABRESI’ye göre mecburi askerlik hizmeti insanın vücudunun kendisine ait olmadığı bir göstergesidir. Böyle bir durumda bu emre itaat insanın vücudunun kolektif olan birlikteliğe yani topluma ait olduğunu göstermektedir.²¹ Bu yaklaşımların önemi toplumda organ ve dokulara yönelik hukuki rejimlerin belirlenmesi bakımından önemlidir. Buna göre toplumun yararı ya da kollektivite anlayışının toplumda hâkim olması durumlarında organ nakli bekleyen hastalar için alınacak önlemler daha farklı olabilecektir. Yine ABD’de insan vücudunun belli parçalarının örneğin kadınların yumurtalarının, saçların ya da kanın satışının serbest olması eleştirilerek en azından ölüm sonrasında insan organ veya dokularının satışı konusunda serbesti olması gerektiği dillendirilmektedir. Zira bu satışlar mümkün olabiliyorsa insan kendi vücuduna malik olacak ve organlarını satmasına izin verilebilecektir.²² Bunun-

¹⁹ CALABRESI, Guido, Do We Own Our Bodies? Health Matrix, Vol.1:5, 1991, s. 6.

²⁰ United States v. Stanley, 483 U.S. 669, 1987. Bununla birlikte AİHM verdiği bir kararında HIV virüsü taşıyan bir kişinin hastanede karantina altına alınmasını AİHS madde 5’e aykırı bulmuştur. Mahkeme daha hafif tedbirlere başvurmadan karantina uygulamasına gidilmesinde ölçünün aşıldığına karar vermektedir. ENHORN v. SWEDEN Başvuru No.56529/00, 25.01.2014 Buna göre kişilerin vücutları üzerinde istedikleri gibi tasarrufta bulunabilmelerini engelleyecek bir müdahale yani izolasyon, ölçüsüz bir müdahale olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda da kişinin vücudu üzerindeki tasarruf yetkisinin önemine değinilmektedir.

²¹ CALABRESI, 1991, s.7.

²² CALABRESI, 1991, s.10.

la birlikte ABD’de insan dokusu ve hücreleri konusunda mülkiyet hakkının bulunduğu dair açık bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Yenilenebilir dokuların satışı ise mümkün olup bu durum kamuya mal olmuştur. Ancak yasal düzenlemelerin bunların satışına izin veriyor olması mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilmemektedir. Bu nedenle de mevcut durumda en tutarlı açıklamanın bu konuda kanunen istisnai bir düzenlemeye gidildiği şeklinde olacağı ileri sürülmektedir.²³

B. Organ veya Doku Nakli - Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Tartışmaları

Özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında insan biyolojik materyalleri üzerinde yapılan çalışmaların sadece kimliği belirlenebilir materyaller bakımından insan haklarının koruma şemsiyesi altına alınacağı gibi bir düşünce kabul görmemektedir. 2002 yılında Avrupa Konseyi’nin insan biyolojik materyalleri üzerindeki araştırmalar için öngörülen tasarıya dair raporunda²⁴ anonim insan materyallerin kullanımı konusunda bazı tartışmalara yer verilmektedir. Tasarının 1.maddesine göre düzenleme, bilimsel araştırmalar karşısında insanın biyolojik varlığı ve onuru koruma altına alınmakla birlikte araştırmalar bakımından özel hayatın gizliliği ve diğer temel hakların da koruma altında olduğu dile getirilmektedir. Bununla birlikte koruma hükmü ikinci maddedeki düzenleme ile sınırlanmaktadır. Zira 2.maddede sağlık amacıyla alınan materyal ve veriler üzerindeki incelemeler ya da sağlık amaçlı bilimsel araştırmalardan bahsetmektedir. Buna göre anonim nitelikteki insan biyolojik parçaları üzerindeki araştırmalar 1.maddenin kapsamına alınmamakta, yani özel hayatın gizliliği hakkının koruma alanı dışında tutulmaktadır. Ancak kimliği belirlenemeyen insan biyolojik materyalleri üzerindeki çalışmalar bakımından da özel hayatın gizliliğinin ihlalinin söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir.²⁵

Buna karşın anonim materyallerin de özel hayatın gizliliği kapsamında olduğuna dair yaklaşım Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hak-

²³ New Developments In Biotechnology, 1987, s. 9.

²⁴ Council of Europe, Steering Committee on Bioethics. Proposal for an Instrument on the Use of Archived Human Biological Materials in Biomedical Research, 14 October 2002, www.institutoroche.es/web/pdf/gmbib/proyecto_muestras. Pdf (09.11.2013)

²⁵ TROUET, C. New European Guidelines for The Use of Stored Human Biological Materials in Biomedical Research, Journal of Medical Ethics, Vol.30, 2004, s. 100.

ları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi²⁶ (Biyotıp Sözleşmesi) bakımından da bir eksikliği ortaya koymaktadır. Buna göre Sözleşme'nin “insan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruf” başlıklı 22. maddesindeki “Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, bu parça, yalnızca uygun bilgilendirme ve muvafakat alma işlemlerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir” şeklindeki düzenleme sadece belirli ya da bilinen parçalar hakkında olup anonim parçalar bakımından ayrıca bir koruma öngörmemektedir. Maddede anonim parçaların kullanımına ilişkin bir sınırlama getirilmemiş olması nedeniyle bunların serbestçe kullanılacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak böyle bir sonuç Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) “herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” şeklindeki 8.maddesine uygun düşmeyecektir. Zira Sözleşme hükmü insan biyolojik parçalarını özel hayatın gizliliği kapsamına almaktadır.

Öte yandan özel hayat kavramını kesin olarak tanımlamak zordur ve kavramın kapsamı değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (AİHK) göre ölüm sonrası tasarruflar bakımından eğer kişi nasıl gömüleceğine ilişkin bir vasiyette bulunmuşsa kişiliğin bu yolla dışa vurumu söz konusu olduğundan özel hayat içerisinde değerlendirilmektedir.²⁷ Yine self-determinasyon hakkı AİHS m.8 içerisinde yer almamasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) verdiği bir kararında bunu kişiliğin ayrılmaz bir unsuru olarak değerlendirmiş ve özel hayat kapsamı içerisine almıştır.²⁸ Bu nedenle değişen teknik, sosyal ve ekonomik şartlara

²⁶ Bu Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun” adıyla ve 5013 Kanun numarası ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiştir. Bu sözleşme, 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte Sözleşme biyoetik alanında yapılan ilk uluslararası sözleşme olarak ifade edilmektedir. PETROVA v. Latvia, Başvuru No. 4605/05, 18 January 2005.

²⁷ X v. Germany, AİHK, 10 Mart 1981, 874/79- 137.

²⁸ Pretty v. UK, Başvuru No.2346/02 29 April 2002, Yine Mahkeme'nin bir diğer kararında kişisel gelişim hakkını da özel hayata saygı hakkı içerisinde değerlendirdiği görülmektedir. Niemietz v. Germany, Series A no. 251-B, 16.12.1992; Bensaid v. the United Kingdom,

göre insan biyolojik materyali için kullanılan tanımlarda değişiklik meydana gelebilir ve insan biyolojik materyalleriyle kişilik arasındaki yakın ilişki nedeniyle bu tanımlama özel hayatın gizliliği kapsamında ele alınabilir. Bu durumda sadece kişisel verilerin korunmasından ibaret olmayan özel hayatın gizliliği hakkı anonim olan hücre ve dokular içinde birey özgürlüğü ve kişinin gelişimi bakımlarından söz konusu olabilecektir.²⁹ Yine organ nakli konusunda yaşanan tartışmalarda üreme hücre veya dokularının nakli konusu önemli bir yere sahiptir. Örneğin AİHM'nin kararına konu olan bir olayda Avusturya'da heterolog yani eşler harici çoklu kaynaklı üreme için yumurtalık ve sperm nakillerini engelleyen Üreme Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin AİHS madde 8'e aykırılığı iddia edilmiştir. Buna göre başvuruda bulunan iki evli çiftten ilkinde kadın yumurta üretme kapasitesine sahip bulunmamakla birlikte kocası da kısırdır. İkinci çiftte ise kadın yumurta üretme kapasitesine sahip değildir, ancak kocanın bu konuda bir sağlık sorunu bulunmamaktadır. Avusturya Yapay Üreme Kanunu'nun 3/1 ve 3/2. Bölümleri ise heterolog yolla tüp bebek yöntemine gidilmesini yasaklamaktadır.³⁰ Yine aynı Kanun'un 3/3. Bölümünde yapay üreme bakımından sadece kadının kendi yumurta veya hücrelerinin kullanılabilmesi düzenlenmekte buna karşın yumurta bağıışı ise kesin olarak yasaklanmaktadır.³¹ Bu noktada Avusturya hükümeti heterolog üreme yani başkasından alınan yumurta ve tüp bebek yöntemi ile hamile kalınmasını yasaklamanın demokratik toplumun bir gereği olduğunu ileri sürmektedir. Yine hükümet özel hayat ile toplumsal yarar arasında bir denge bulunması gerektiğine dikkat çekmektedir.³² Ayrıca davada ekonomik sıkıntı içerisinde bulunan kadınların menfaat karşılığı yumurta bağıışı yapmak zorunda kalmalarının sömürüye ve insanı küçültücü bir etkiye neden olacağı dile getirilmektedir. Yine yumurtalık naklinde donörün karşı karşıya kalacağı risklerde bu yasakla-

Başvuru No. 44599/98, 2001. Özel hayatın kapsamı ile ilgili diğer kararlar için bkz. Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981, § 41, Series A no. 45; Evans v. the United Kingdom, Başvuru No. 6339/05, 2007; A, B and C v. Ireland, Başvuru No. 25579/05, 2010; Dickson v. the United Kingdom Başvuru No. 44362/04, 2007.

²⁹ TROUET, C. s. 101.

³⁰ S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA, Başvuru No. 57813/00, 03.10.2011, prg.10-14.

³¹ S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA, Başvuru No. 57813/00, 03.10.2011, prg.31.

³² S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA, Başvuru No. 57813/00, 03.10.2011, prg.99.

manın bir gerekçesi olarak ileri sürülmektedir.³³ Erkek üreme hücresinin bağıışı ile in vivo yöntemle üremenin gerçekleşmesinde bir yasaklama bulunmaması, bunun toplum tarafından kabullenilebileceği belirtilmektedir.³⁴ Mahkeme etik kaygıların ve toplumsal kabullenmenin yapay üreme gibi hassas alanlarda ciddi bir şekilde dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir.³⁵

Diğer yandan Avusturya’da izin verilmeyen yapay üreme yöntemlerinin yurt dışında gerçekleştirilmesine yönelik bir yasak bulunmamaktadır. Hükümet yumurtalık bağıışını yoluyla ileri teknolojilere sahip tıbbi uygulamalara üçüncü kişilerin dâhil edilmesinin toplumun sosyal-etik doğasında karmaşık sorunlar ortaya çıkarttığını ve insan onuru, bu yollarla doğacak çocuğun geleceği gibi konularda negatif etkilerin ve muhtemel kötüye kullanımların önlenmesi bakımından toplumda bir uzlaşının bulunmadığını ileri sürmektedir.³⁶ Mahkeme tüm bu gerekçeleri de göz önüne alarak bir ihlal meydana gelmediğine karar vermiştir. Bununla birlikte Mahkeme bazı konularda eleştirilerde bulunmaktadır. Buna göre Avusturya Parlamentosu’nun toplumdaki ve bilimdeki dinamik gelişmelerin hesaba katılmasını öngören bir değerlendirmesinin bulunmadığı dile getirilmektedir. Yine Mahkeme Avusturya Anayasa Mahkemesi’nin erkek üreme hücresi nakli ile in vivo üremenin gerçekleştirilmesinde toplumda bir uzlaşının bulunduğu ve bu nedenle de bu konuda bir istisna öngörüldüğünü belirtmesinin yasal düzenlemelerin gelişmeleri dikkate alması gerekliliğini yansıtmadığını düşünmektedir.³⁷ Bu noktada karara konu olayda da görüldüğü üzere üremeye yönelik doku ve hücre nakillerinde diğer organ nakillerinden farklı olarak başka tartışmalar da ortaya çıkmaktadır.

C. Organ veya Doku Nakli - Bilim Özgürlüğü Tartışmaları

Gelişen biyoteknoloji, hukuk, kamu politikası ve etik gibi alanlarda yeni tartışmalar ortaya çıkartmaktadır. Bu sorunların tatmin edici bir biçimde çözümlü ise bir ölçüde biyoteknolojik araştırmalarda kullanılan tekniklerin an-

³³ S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA, Başvuru No. 57813/00, 03.10.2011, prg.101.

³⁴ S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA, Başvuru No. 57813/00, 03.10.2011, prg.114.

³⁵ S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA, Başvuru No. 57813/00, 03.10.2011, prg.100.

³⁶ S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA, Başvuru No. 57813/00, 03.10.2011, prg.113.

³⁷ S.H. AND OTHERS v. AUSTRIA, Başvuru No. 57813/00, 03.10.2011, prg.117.

laşılabilmesine bağlıdır. Yine ortaya çıkan yeni temel hakların insan organ ve dokuları üzerindeki bilimsel araştırma ve tıbbi müdahaleler için mevcut olan düzenlemelerin yer aldığı karmaşık sistemlere entegre edilmesi sorunların çözümünde önemli bir etkiye sahip olacaktır.³⁸ Bilim özgürlüğü bakımından araştırmacıların özellikle anonim insan biyolojik materyalleri üzerinde çalışma ve bu yolla aydınlatılmış rıza sürecini atlama eğiliminde olabilecekleri ileri sürülebilir.³⁹ Bununla birlikte bilim özgürlüğünü diğer temel hakların üzerinde gören bir anlayışın kabul edilemeyeceği bilinen bir gerçektir. Biyolojik araştırmalar bakımından ortaya çıkan bilim özgürlüğü tartışmaları aslında bilim özgürlüğü tartışmalarından daha geniş bir hacme sahiptir. Bilim özgürlüğünün yetkili makamlara yönelen ve bunların müdahalesinin önlenmesini talep bir yönü de bulunmaktadır. Yine bilim özgürlüğün pozitif bir talebe dayandığı, örneğin insan biyolojik materyalleri üzerinde bilimsel araştırma yapmak için bunların kullanımı yönünde bir talebin gerekli olduğu dile getirilmektedir.⁴⁰ Bu nedenle bilim özgürlüğünü doğru yorumlamak ve anlamak gerekmektedir. Bu kapsamda insan biyolojik materyallerinin temini bakımından bireylere bir buyruk yöneltilmemektedir. Bu yönde insan dokularının kullanımında kamu yararı ile birlikte bireylerin menfaatleri de koruma altına alınmakta hatta bireylere bu bakımdan üstünlük tanınmaktadır.⁴¹ Hukuk açısından biyoteknoloji çalışmalarının yasal düzenleme altına alınmasında bazı noktalar dikkate alınmalıdır. Buna göre çok nitelikli araştırmalar yapılmasına rağmen ticari değere sahip bir ürün elde edilmeyebilir. Yine yapılan araştırmalarda çok sayıda biyolojik kaynak kullanılarak bir ürün geliştirilebilir.⁴² Örneğin toplumdaki bireylerin organlarını nakil için değil de biyoteknolojik araştırmalar için satabilip

³⁸ MAUREEN, 1990, s. 335.

³⁹ TROUET, C. s. 101.

⁴⁰ TROUET, C. s. 101.

⁴¹ TROUET, C. s. 101. Bununla birlikte araştırmalar neticesinde elde edilen sonuç ve fayda toplumun geneli bakımından oldukça önemli bulunmaktadır. Örneğin, Lymphokines maddesi önceleri kolayca ulaşılabilen ancak genellikle karışım halinde bulunan bir madde olmasına rağmen hybridoma teknolojisi ve diğer teknikler sayesinde saf hale getirilebilip daha fazla analiz edilip kullanılabilen bir madde haline gelmiştir. Bu noktada daha fazla üretilebilen ve kullanıma müsait hale gelen bu madde hassas olması ve daha az toksin içermesi nedeniyle tedavilerde başarıyla kullanılmaktadır. New Developments In Biotechnology, 1987, s. 5.

⁴² New Developments In Biotechnology, 1987, s. 55.

satamayacakları konusunda karar verebilmeleri gerekebilir. Yine özellikle biyoteknolojik çalışmalarda önemli bir kaynak olan kanser hastalarının dokuları üzerindeki incelemeler bakımından özel düzenlemelere ihtiyaç olabilir.⁴³ Bu çerçevede biyotıp araştırmaları ve bu alanda çalışan endüstrinin hukuken düzenleme altına alınması insan onurunun korunması bakımından bazı hassas noktaları barındırmaktadır. Buna göre biyotıp araştırmalarına yönelik olarak bilim özgürlüğü konusunda bazı ilave sınırlamalar öngörülebilir.

II. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN ORGAN VEYA DOKU NAKLİ

A. Yasal Düzenlemeler ve Bunların Kapsamı

Organ ve doku nakillerine ilişkin olarak yasa seviyesinde iki düzenleme bulunduğunu ifade edebiliriz. Bunlardan ilki Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK), ikincisi ise Türk Ceza Kanunu'dur. Bu noktada ODNK organ ve doku nakillerinin genel koşullarını düzenleyen özel bir düzenlemedir. TCK'nın konuya ilişkin hükmü ise organ veya doku nakillerinde ODNK'da öngörülmüş olan koşullara aykırılık bulunması halinde cezai yaptırımların öngörülmesi şeklindedir. ODNK m.2'de Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılacağı ifade edilmektedir. Bununla birlikte yine aynı maddede oto - grefler⁴⁴, saç⁴⁵ ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonunun ODNK hükümlerine tabi olması⁴⁶,

⁴³ MAUREEN, 1990, s.335.

⁴⁴ Oto-graft, hastanın vücudunun bir yerinden alınan dokunun başka bir yerine nakli şeklinde tanımlanmaktadır. www.saglikterimleri.com/3242-otograft-nedir.html (02.11.2013)

⁴⁵ Saç nakilleri önceleri Güzellik ve Estetik Amaçlı Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 12/g maddesine göre yapılmaktaydı. Ancak bu yönetmelik kaldırılarak yerine Ayakta Teşhis Ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konulmuştur. Yeni yönetmeliğin geçici 4/4.maddesine göre 39 uncu maddenin birinci fıkrasının (b) bendi ile yürürlükten kaldırılan Yönetmelikte sayılan tıbbi işlemlerin tamamı, sertifika veya buna benzer yetki belgesine dayanılarak unvanlarda, "estetik" veya bu anlama gelecek herhangi bir ibare kullanılmaksızın tıp mesleğini icra yetkisi sahasına göre tabip veya uzman tabiplerin tıbbi uygulaması şeklinde yürütülür.

⁴⁶ Benzer şekilde İngiltere'de İnsan Doku Kanunu (Human Tissue Act, HTA, 2004) canlı insandan alınan saç ve tırnağı kapsam dışında bırakmaktadır. Yine insan vücudu dışındaki embriyolarda kapsam dışında bırakılmaktadır. Bu istisnalar dışında ve gamet haricinde insan hücrelerinden oluşan tüm materyaller Kanun'un kapsama alınmış durumdadır. (HTA, Section 53/1, 53/2/a-b)

bunların yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceği belirtilmektedir. Konuya dair temel kanuni düzenlemeler bunlar olup tüzük ya da yönetmelik gibi diğer alt seviyedeki düzenlemelere ilerleyen başlıklarda değinilecektir.

B. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'ne (AKBtS) göre yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ veya doku alınması, sadece; alıcının tedaviden istifadesi için ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunamadığı, karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yöntemi seçeneğinin olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir.⁴⁷ Bu noktada Sözleşme'nin 5. maddesinde nakil için şart koşulan muvafakatin, açıkça ve özel olarak, yazılı şekilde veya resmî bir makam önünde verilmiş olması gerekmektedir. Yine muvafakat verme kapasitesi ya da ehliyeti bulunmayanlardan da organ veya doku nakli yapılabileceği Sözleşme'de ayrıca düzenlenmektedir. Buna göre kural olarak Sözleşme'nin 5. maddesine göre muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınamamaktadır.⁴⁸ Ancak Sözleşme ile istisnaî olarak ve kanun tarafından öngörülmuş koruyucu şartlar kapsamında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden rejeneratif⁴⁹ dokuların alınmasına izin verilmektedir. Bu nakillerin gerçekleşmesi bakımından öngörülen özel koşullar ise muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması; alıcı şahsın, veri-

⁴⁷ AKBtS Madde 19. Görüldüğü üzere burada kadavradan organ alınması Sözleşme'nin düzenleme alanına girmemektedir.

⁴⁸ Bu noktada ODNK embriyo ya da fetustan organ veya doku alınması bakımından herhangi bir düzenleme yapmamış olması bir eksiklik olarak görülebilir. Örneğin konuyu düzenleyen Alman Organ Doku Nakli Kanunu'na göre ölümün yetkili kişi tarafından tespitinden sonra ve annenin rızası alınmak suretiyle embryo ya da fetustan organ veya doku alınabilecektir. Alman Organ Nakli Kanunu Madde 4a/1. Bu noktada annenin rızasının alınması insan onurunun korunması bakımından farklı bir öneme sahip olabilir.

⁴⁹ REJENERASYON: Bir doku kaybından sonra ortadan kalkan hücrelerin yerini aynı cinsten ve aynı değerde hücrelerin çoğalarak doldurmasıdır. Buna en iyi örnek, kuyruğu kopan bir kertenkelede yeni kuyruk oluşmasıdır. İnsanda her doku rejenerasyon olmaz, deri, mukoza, damarlar ve kemik iliği iyi rejenerasyon olur. Ancak kas, akciğer ve beyin hücrelerinde rejenerasyon yeteneği yoktur. Bu hücrelerden ölen olursa yerini sikatris dokusu doldurur; bu sonuç ilgili organın çalışma yeteneğini düşürür. www.saglik.im/rejenerasyon/ (02.11.2013)

cinin erkek veya kız kardeşi olması; bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması; 6. maddenin 2 ve 3. paragraflarında⁵⁰ şart koşulan yetkinin, kanuna uygun olarak ve yetkili kurum tarafından onaylanarak, özel olarak ve yazılı şekilde verilmiş olması; muhtemel vericinin itirazda bulunmaması şeklindedir.⁵¹ Ülkemiz Biyotıp Sözleşmesini 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile kabul etmiş olup Sözleşme 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı resmi gazete de yayımlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Bu bakımdan Anayasamızın 90.maddesinin son fıkrası gereğince Sözleşme hükümleri iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Ancak Sözleşmenin 18 yaş altı ve mümeyyiz olmayanlardan organ alınmasına istisnaen izin veren 20. maddesine, ODNK 5.maddesine uyumsuzluğu nedeniyle ülkemiz tarafından çekince koyulmuştur. Bu nedenle Türk hukukunda nakle muvafakat verme ehliyeti bulunmayanlardan organ veya doku alınması mümkün değildir.⁵² Bu noktada ODNK'ya göre aksine bir vasiyet veya beyan yoksa kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınabilmesinin⁵³ muvafakat vermeye ehliyeti olmayanlar bakımından söz konusu olup olmayacağı net değildir. Buna göre düzenleme ile ayrıca itiraz edilmediği müddetçe rızanın bulunduğu varsayılmaktadır.⁵⁴ Dikkat edilecek olursa ODNK genel şartlardan farklı olarak burada yakınların muvafakatini de aramamaktadır.⁵⁵ Bu durumda

⁵⁰ AKBtS Madde 6/2; Yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. Küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır. AKBtS Madde 6/3; Bir yetişkin, yasal olarak akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı müdahaleye muvafakat etme yeteneğine sahip değilse, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi, mümkün olduğu kadar izin verme sürecine katılmalıdır.

⁵¹ AKBtS Madde 20.

⁵² Herhangi bir Devlet ve Avrupa Topluluğu, bu Sözleşmeyi imza aşamasında veya onay, kabul veya uygun bulma belgesini tevdi ederken, o sırada ülkesinde yürürlükte bulunan herhangi bir kanunun bu Sözleşmenin herhangi bir hükmü ile uyumlu olmaması nedeniyle, herhangi bir hüküm için çekince koyabilir. Bu maddeye dayanılarak genel nitelikteki çekincelere izin verilemez. AKBtS Madde 36/1. Ülkemiz bu hüküm gereğince ODNK Madde 5'de yer alan düzenlemeyi gerekçe göstererek Sözleşme'nin 20.maddesine çekince koymuştur.

⁵³ AKBtS Madde 14/2.

⁵⁴ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007, s.429.

⁵⁵ ODNK Madde 14/1.

İlgili madde muvafakat vermeye ehliyeti bulunmayanlardan kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokuların alınabilmesine olanak sağlayacak şekilde yorumlanabilecek hale gelmektedir.

III. KAYNAĞINA GÖRE ORGAN VEYA DOKU NAKİLLERİ VE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

A. Ölüden Organ Nakli

1. Türk Hukukunda Yaşama Hakkı Güvencesinin Sona Ermesi ve Beyin Ölümünün Tespiti

Ölüm anının tespiti konusunda Türk hukukunda yani ODNK da bir tanımlama bulunmamaktadır. Buna karşın ODNK ölüm anı ile ilgili olarak tıbbi ölüm halinin, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle saptayacağını ifade etmektedir.⁵⁶ Bu durumda Kanun hukukun diğer dalları bakımından da düşünülecek olursa tespit sonrasında kendisine son derece önemli sonuçlar bağlanmış olan ölüm anını net bir şekilde ortaya koyamamış, sadece ölüm anının tıp bilimi tarafından ülkedeki bilimsel seviyeye göre saptanacağını belirtmekle yetinmiştir.⁵⁷ Bununla birlikte ölüm anı olarak beyin ölümünün esas alınması Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği⁵⁸ (ODNHY) ile düzenleme altına alınmıştır. Yönetmeliğe göre beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybıdır.⁵⁹ Yine Yüksek Sağlık Şura-

⁵⁶ ODNK Madde 11.

⁵⁷ Ölüm anının sadece hekimler tarafından tespit edilmesine yönelik olarak Kanada'da yapılan çalışmalar bunun doğru bir yaklaşım olmayacağını ortaya koymaktadır. Buna göre ölüm anının tespit edilmesi bakımından hekimler arasında da bir görüş birliği bulunmamaktadır. Law Reform Commission of Canada, Working Paper 23, 1979, s.27. Bu noktada Kanadalı hekimlere yönelik yapılan çalışmalarda hekimlerin %89'u ölüm anının tespiti çalışmalarında hukukçularında yer alması gerektiğini dile getirmişlerdir. Law Reform Commission of Canada, Report 15, 1981. Sonuçta organ nakli potansiyeli sadece tıbbi teknolojiye değil organ bağışının yasal teknolojisi sürecine de dayanmaktadır. GERSON, W.N. Refining the Law of Organ Donation: Lessons from the French Law of Presumed Consent, Journal of International Law and Policy. Vol.19, 1987, s.1013.

⁵⁸ Resmi Gazete, 01.02.2012 – 28191.

⁵⁹ ODNHY, EK 1 BEYİN ÖLÜMÜ TANISI. (1)Beyin ölümü tanısında gereken ön koşullar aşağıda belirtilmiştir; a) Komanın nedeninin belirlenmiş olması, b) Beyin hasarının yaygın ve geri dönüşümsüz olduğunun belirlenmiş olması, c) Santral vücut ısısı ≥ 32 oC olması, ç) Hipotansif şok tablosu olmaması, d) Komadan geriye dönüşüm sağlanabilecek ilaç etkileri

sı ölümü; beyin fonksiyonunun tamamıyla durması halinin tespiti şeklinde kabul etmektedir.⁶⁰

2. Karşılaştırmalı Hukukta Yaşama Hakkı Güvencesinin Sona Ermesi ve Beyin Ölümünün Tespiti

ABD’de ölüm anının tespitinde beyin ölümünün kabul edilmesi ilk olarak Virginia Mahkemesi tarafından verilen örnek bir karara dayanmaktadır.⁶¹ Dava konusu olaya göre bir kaza sonucu yaralanan ve solunum cihazına bağlanan kişinin beyin ölümü gerçekleştiği gerekçesiyle cihazla olan bağlantısı kesilmiş ancak kalp nakli öngörüldüğü için kalp atışlarının devamını sağlamak için kişi

ve intoksikasyonların dışlanmış olması, e) Beyin hasarından bağımsız şekilde klinik tabloyu açıklayabilecek metabolik, elektrolit ve asit-baz bozukluklarının olmaması. (2) Birinci fıkrada yer alan tüm koşulların tespiti halinde beyin ölümü tanısı için aşağıdaki hususlar aranır. a) Derin komanın olması (Tam yanıtızlık hali; Santral ağırlı uyaranlara motor cevap alınmaması), b) Beyin sapı reflekslerinin alınmaması; 1) Pupiller parlak ışığa yanıtız, orta hatta ve dilatedir (4-9 mm), 2) Okülosefalik ve Vestibulo-oküler refleks yokluğu, 3) Kornea refleksi yokluğu, 4) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu. c) Spontan solunum çabasının bulunmaması ve apne testinin pozitif olması. (3) Apne testi yapılabilmesi için normotermi, normotansiyon ve normovolemi ön koşulları sağlanır. Bu koşullarda hastaya uygun mekanik ventilasyon yaklaşımı ile PaCO₂’nin 35-45 mmHg ve PaO₂’nin 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak intratrakeal oksijen uygulanmalıdır. Test sonunda PaCO₂ ≥60 mmHg ve/veya PaCO₂ bazal değerine göre 20 mmHg veya daha fazla yükselmesine rağmen spontan solunumu yoksa apne testi pozitifdir. (4) Pnomotoraks, pnomediastinum gibi apne testinin yapılmasının mümkün olmadığı tıbbi durumlarda, hekimler kurulunun belirleyeceği beyin dolaşımının durduğunu değerlendiren bir destekleyici test yapılabilir ve test sonucu beyin ölümü tanısı ile uyumlu ise beyin ölümü tespiti tamamlanır. (5) Aşağıdaki bulgular beyin ölümü tanısına engel oluşturmaz. a) Derin tendon reflekslerinin alınması, b) Yüzeysel reflekslerin alınması, c) Babinski işaretinin bulunması, ç) Spinal refleks ve otomatizmaların olması, d) Terleme, kızarma, ateş ve taşikardi bulunması, e) Diabetes insipidus olmaması. (6) Beyin ölümü tanısı konan vakalarda; a) Beyin ölümü tanısının konulduğu birinci nörolojik muayenedeki klinik tablonun; yeni doğanda (2 aydan küçük) 48 saat, 2 ay-1 yaş arası 24 saat, 1 yaş ve üzerindeki çocuklarda ve yetişkinlerde 12 saat ve anoksik beyin ölümlerinde 24 saat sonra yapılan ikinci nörolojik muayenede de değişmeden devam ettiği gözlenmelidir. b) Klinik beyin ölümü tanısı almış vakalarda, yeni doğan (2 aydan küçük) grubunda iki adet destekleyici test, 2 ay ve üzerindeki diğer vakalarda ise hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemi ile beyin ölümü tanısı teyit edilir. c) Klinik olarak beyin ölümü tanısı konulan vakalar için beyin dolaşımını değerlendiren bir destekleyici test yapılmış ve yapılan bu test beyin ölümü ile uyumlu ise ikinci nörolojik muayene için beklemeye gerek kalmaz.

⁶⁰ Yüksek Sağlık Şurası, 24.11.1969 – 6293 sayılı kararı. Nakl. BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.186, (Dipnot.211)

⁶¹ CONVERSE, Ronald, But When Did He Die? Tucker v. Lower and the Brain-Death Concept, San Diego Law Review. Vol.12, 1975, s.424.

tekrar cihaza bağlanmıştır. Bu durumda kişinin kalbinin alındığı esnada kalp atışlarının devam ettiği ve Virginia yasalarında kalp ölümü ifadesinin kullanılmış olduğu ve nakil öncesinde kişinin hala canlı olduğu gerekçeleriyle hekimler yargılanmıştır.⁶² Mahkeme verdiği kararında mevcut yasal düzenlemeyi ihmal edip beyin ölümü kriterini tercih etmiş ve hekimleri suçlu bulmamıştır.⁶³ Bununla birlikte New Jersey Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda kaza geçiren ve 15'er dakikalık süreçlerle solunumu duran kişinin ölüm anının tespiti noktasında farklı bir karar vermiştir. Karara konu olan olayda oksijensiz kalan kişinin şuurunu düzenleyen üst beyni yani neokorteksi geri dönüşü imkânsız bir şekilde tahrip olmuştur. Buna karşın kişinin beyin kökü (lower brain) tahrip olmamıştır.⁶⁴ Bu durumda kişi her ne kadar idraksel ya da bilişsel yaşama (cognitive/sapient life) dönemeyecek olsa da reflekssel yaşamını (vegetative life) devam ettirmektedir. Bu nedenle de kişi ölmemiştir.⁶⁵ Bu noktada ABD'de beyin ölümü kriterinin benimsenmesinde Harvard Raporu'nun etkili olduğunu ifade edebiliriz. Buna göre 1968 yılında Harvard Üniversitesi Tıp Fakültesi bünyesinde kurulan Ad Hoc Komite hazırladığı raporda (Harvard Ra-

⁶² ABD Anayasası 5. Değişikliğe göre "... hiç kimse... yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü, veya malından yoksun bırakılmayacak" tır. "Yasal gerekler yerine getirilmeden" hiç kimsenin yaşamından, özgürlüğünden ve malından yoksun bırakılmayacağı kuralı, Anayasa'nın en önemli kurallarından birini ifade etmektedir. Aynı sözler, eyalet yetkilerinin sınırlandırılması olarak 14. Değişiklikte de yer almaktadır. Bu cümle, bir kişinin yaşamı, özgürlüğü ve malının devlet memurlarının denetimsiz yetkisine bırakılmayacağı fikrine dayanmaktadır. Buna göre söz konusu fikir, "akranlarının ya da eşitlerinin yasal kararı ya da ülke yasaları olmaksızın" kralın bir kimseyi hapsediremeyeceğini veya ona zarar veremeyeceğini öngören Magna Carta'ya kadar uzanmaktadır. ABD Anayasası 5. Değişiklik, ABD Anayasası (Açıklamalı) www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf (02.11.2013)

⁶³ Tucker's Administrator v. Lower, Virginia, No.2831, 25.05.1972.

⁶⁴ Bu noktada bilirkişi raporunda yer alan tespitler önemlidir. Buna göre insan, vücut sıcaklığını, solunumu, tansiyonu, kalp ritmini, çiğnemeyi, yutkunmayı ve uyumayı kontrol altında tutan içsel düzenleyici reflekslere sahiptir. Bunun haricinde insanoğlu dış dünya ile temasa geçebilecek konuşma, görme, hissetme, düşünme kapasitesine sahip eşsiz ve gelişmiş bir beyne sahiptir. Bu nedenle beynin daha dip kısmı tarafından kontrol edilen ya da düzenlenen fonksiyonların varlığı tamamen reflekssel olarak ele alınmalıdır ki bu durumda beyin biyolojik olarak ölmemiştir. Case of In Re Quinlan, New Jersey, 10, 355, A.2d. 1976, s.654. Bununla birlikte Harvard Raporu'nun intoxication ve hypothermia ilaçlarının beyin fonksiyonlarının geçici kaybına neden olması durumunu beyin ölümü konusunun dışında tutmaktadır. Harvard Ad Hoc Committee on Brain Death, www.ascensionhealth.org/index.php?option=com_content&view=article&id=153&Itemid=172 (03.11.2013)

⁶⁵ Case of In Re Quinlan, New Jersey, 10, 355, A.2d. 1976.

poru) common law sisteminde kabul edilen kardiyatrik ölüm yerine geri dönüşü olmayan koma (irreversible coma) yani beyin ölümü kriterinin getirilmesini önermektedir. Bu durumda beyinin tamamen ölümü ile diğer organların ya-pay olarak canlılığı muhafaza edilir ve bunun doğal olarak sağlanmasının geri dönüşü mümkün değildir. Raporla göre kavramsal kriterler yerine operasyonel kriterler⁶⁶ benimsenmektedir. Buna göre neokorteks (beyin kökü) tarafından idare edilen refleks hareketlerinin de durmuş olması gerekmekte yani beyin ölümü beyin tamamen fonksiyonlarını kaybetmesi şeklinde algılanmaktadır.⁶⁷ Aslında ABD’de beyin common law etkisiyle kabul gören kalp ölümü kriterinin terki ve beyin ölümü kriterinin benimsenmesi eyaletlerin Ölümün Tespiti Ortak Kanunu’nu (Uniform Determination of Death Act) adapte etmeleriyle gerçekleşmiştir.⁶⁸ Söz konusu Kanun’a göre kişinin solunum ve dolaşım sisteminin geri dönüş olmaksızın durmuş olması ya da beyin kökü dâhil olmak üzere beyin fonksiyonlarının geri dönüş olmaksızın durmuş olması hallerinde ölüm gerçekleşmiştir.⁶⁹ Bununla birlikte Kanun’un giriş bölümünde ölüm anının spesifik olarak belirtilmediği ölüm zamanının etkilediği yasal haklar bakımından Kanun’un ölümün tespitinde dayanılacak temel esasları ortaya koyduğu ifade edilmektedir.⁷⁰ Singapur’da ise ölüm anının tespitinde Human

⁶⁶ Bu kriterler; tepkisizlik ve algısızlık, hareketsizlik ve solunumun olmaması, reflekssizlik ve göz hareketlerinin bulunmaması şeklinde sıralanabilir. Harvard Ad Hoc Committee on Brain Death, www.ascensionhealth.org/index.php?option=com_content&view=article&id=153&Itemid=172 (03.11.2013) Türk hukukunda da ODNHY, EK 1’de benzer kriterlerin olduğu görülmektedir.

⁶⁷ The Ad Hoc Committee of the Harvard Law Medical School to Examine the Definition of Death, A Definition of Irreversible Coma, Journal of the American Medical Association. Vol.205, 1968, s.337.

⁶⁸ WEYRAUCH, Samantha, Acceptance of Whole-Brain Death Criteria for Determination of Death: A Comparative Analysis of the United States and Japan, Pacific Basin Law Journal. Vol.17, 1999-2000, s.104.

⁶⁹ Uniform Determination of Death Act, § 1. **[Determination of Death]. Bu yasa tasarısı 1980 yılında National Conference of Commissioners on Uniform State Laws tarafından hazırlanmış ve eyaletlerin tamamı tarafından yasal düzenleme niteliğine kavuşturulmuştur.**

⁷⁰ Komisyonun yeni getirdiği beyin ölümü kriterinin formülasyonu hastalar, aileler ve hastane kaynakları üzerinde destekleyici ve hayatta tutucu önlemlerin yükünün artmış olması ve ölümü tespit eden modası geçmiş eski kriterlerin organ naklinde ihtilafa neden olması çerçevesinde ele alınmıştır. BEECHER, H.K. A Definition of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, Journal of American Medical Association. Vol.205, 1968, s.387.

Organ Transplantation Act⁷¹, 1987 (HOTA) ve bu yasaya dayalı Yorum Kanunu (Interpretation Act) hükümleri uygulanmaktadır. 1998 yılına kadar HOTA beyin ölümünü yani beyin fonksiyonlarının geri dönüşü olmaksızın durması kriterini benimsemekteydi. Ancak 1998 yılında Yorum Kanunu ölüm anının tespitinde hem kalp ölümü hem de beyin ölümünün uygulanmasına imkân tanımaktadır.⁷² Alman Organ Nakli Kanunu'nun 19/1. maddesi beyin ölümü kriterini getirmekte ve bundan önceki aşamalarda yapılan nakil eylemleri cezalandırılmaktadır. Alman Federal Tıp Birliği'nin (Bundesärztekammer) belirlemesine göre beyin ölümü, kardiyovasküler fonksiyonun yapay olarak devam ettirilirken beyin, beyincik ve beyin kökünün tüm fonksiyonlarının geri dönüşü olmaksızın durması şeklinde tarif edilmektedir.⁷³ Alman Organ Nakli Kanunu'na⁷⁴ göre Alman Tıp Birliği tarafından ortaya konulan yönergeler organ nakli sürecindeki aktörleri yasal olarak bağlamaktadır. Bununla birlikte yine aynı Kanun ölüm anının tespitinin tıp biliminin verilerine göre yapılacağını

⁷¹ 2004 yılında HOTA'da bazı önemli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre önceden sadece böbrek nakline izin verilmekte iken değişiklik sonrasında kalp, karaciğer ve kornea nakilleri de yasa kapsamına alınmıştır. Önceden sadece kaza sonucu meydana gelen ölümler yasa kapsamında iken değişiklik sonrasında her türlü ölüm hadisesi yasa kapsamına alınmıştır. Son olarak önceleri sadece kadavradan organ nakli öngörülmekteyken değişiklik sonrasında canlı donörler de yasa kapsamına alınmıştır. Son olarak 01.11.2009 HOTA'da yapılan değişiklikle ülkede yaşayan tüm vatandaşlar ve ülkede daimi ikamet edenler yasa kapsamına alınmış ve üst yaş limiti olan 60 yaş yasadan çıkartılmıştır. www.moh.gov.sg/content/moh_web/home/legislation/legislation_and_guidelines/human_organ_transplantact.html (03.11.2013) Kanun'un değişiklikten önceki halinde ise Müslümanlar kapsam dışında bırakılmaktaydı.

⁷² SHUM Eugene, CHERN, Arthur, Amendment of the Human Organ Transplant Act Annals Academy of Medicine Singapore. Vol.35, No.6, 2006, s.428-432; KWEK, Tong Kiat, WK LEW, Thomas, TAN, Hui Ling, KONG, Sally, The Transplantable Organ Shortage in Singapore – Has Implementation of Presumed Consent to Organ Donation Made a Difference? Annals Academy of Medicine Singapore. Vol.38, 2009, s.346-353.

⁷³ www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/modules/hirntodkriterium?set_language=en (03.11.2013)

⁷⁴ Alman Organ Nakli Kanunu Madde16. Bu bağlayıcılığın etkilerinden birisini de hayvanlardan insanlara organ veya doku nakli yani Zenotransplantasyon (Xenotransplantation) konusunda görmekteyiz. Zenotransplantasyon Alman Organ Nakli Kanunu'nun kapsamına girmemektedir. (Madde 1) Bununla birlikte Alman Federal Tıp Birliği'nin 1999 yılındaki bir görüşüne göre Zenotransplantasyon için gereken ön şart bu uygulamanın düşük seviyede ve makul bir risk içermesidir ki bu durum bugün için gerçekleşmemiştir. Buna göre Birliğin bu kararı hukuken bağlayıcı niteliktedir. www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/legal-aspects (16.12.2013)

ifade etmektedir.⁷⁵ Yine Avustralya'nın New South Walles Eyaletinde İnsan Dokusu Kanunu'nun 6. Bölümü'ne göre ölüm anı geri dönüşü olmaksızın beyin fonksiyonlarının tamamen durmuş olması ya da kan dolaşımının tamamen durmuş olmasına göre belirlenmektedir.⁷⁶

3. Ölüm Anının Tespiti Usulü

ODNK'ya göre ölüm anı; kardiolog, nörolog, nöroşirürjiyen, anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptırır.⁷⁷ Bu noktada Kanun'un dört hekimin onayını araması ölüm anının tespiti bakımından güvence sağladığı düşünülse de organ nakil şartlarını ağırlaştırıcı bir etkiye sahiptir. Ancak beyin ölümünün tespitinde ODNHY gereğince yapılan testlerin yeterli güvenceyi sağlayacağı dikkate alınmalıdır. Zaten dünya uygulamalarına bakıldığında da genelde bu onayın iki hekim tarafından gerçekleştirildiği görülecektir. Örneğin Alman Organ Nakli Kanunu'na göre bu onay serbest irade sahibi iki yetkili hekim tarafından gerçekleştirilmektedir.⁷⁸ Yine aynı şekilde Singapur'da ise Yorum Kanunu'na (Interpretation Act) göre ölüm iki hekim tarafından tespit edilmelidir.⁷⁹ Öte yandan ODNK'ya göre alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaklanmaktadır.⁸⁰ Singapur Yorum Kanunu'na göre ölüm tespitini yapan hekimlerin vericinin tedavisinde bulunmamış olmaları, bunların organı alacak ekibin içinde yer almamaları, organı alacak kişinin seçiminde bulunmamaları, nakil sonrasında alıcının bakımında bulunmaması, hekimlerin tespiti yapabilecek yeterlilikte olmaları gerekmektedir.⁸¹ Görüldüğü üzere Yorum Kanunu'na göre hekimler açısından herhangi bir branş belirtilmemiş olup, alıcının seçimi, nakil sonrası alıcının bakımı gibi konularda da tespiti yapan hekimlerin görev alamayacakları belirtilmek suretiyle güvence alanı

⁷⁵ Alman Organ Nakli Kanunu Madde 3/1/no 2.

⁷⁶ www.legislation.nsw.gov.au/inforcepdf/1983-164.pdf?id=dae79cae-8043-47df-9c37-fe8d-1d7e38b3 (10.01.2014)

⁷⁷ ODNK Madde 11.

⁷⁸ Alman Organ Nakli Kanunu Madde 5.

⁷⁹ Interpretation Act. 2A/5.

⁸⁰ ODNK Madde 12.

⁸¹ Interpretation Act. 2A/5/a-b-c-d.

genişletilmiştir. Alman Organ Nakli Kanunu'na göre de ölüm anının tespitinde bulunan hekimlerin organın alınması ve nakli sürecinde yer alamayacağı düzenlenmiş bulunmaktadır.⁸² ODNK'ya göre ölüm halini saptayan hekimlerin ölüm tarihini, saatini ve ölüm halinin nasıl saptandığını gösteren ve imzalarını taşıyan bir tutanak düzenleyip, organ ve dokunun alındığı sağlık kurumuna vermek zorundadırlar. Bu tutanak ve ekleri ilgili sağlık kurumunda on yıllık bir süre için saklanmaktadır.⁸³

4. Kişinin Organları Hakkında Ölüm Sonrası Tasarruf Hakkı

Ölü, sağlığında ölümünden sonra kendisinden organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse bu ölüden organ ve doku alınamaz.⁸⁴ Alman Organ Nakli Kanunu'na göre kişinin ölüm sonrasında vücudu üzerindeki tasarrufu uzanan rıza (extended consent) yaklaşımına dayanmaktadır ve organ bağıışı konusunda verilen rıza ancak ölünün sağlığında baskı altında verdiği ortaya çıkarsa geçersiz olabilecektir.⁸⁵ ODNK'da ise bu konuda herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Bu nedenle kişinin vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir uzantısı olarak rızanın baskı halinde verildiğinin tespiti halinde bunun geçersizliğinin genel hükümler çerçevesinde değil de özel olarak ODNK'da bulunması insan haklarının korunması bakımından daha güvenceli bir yaklaşım olacaktır. Öte yandan ODNK'ya göre bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını,⁸⁶ tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar

⁸² ODNK Madde 5.

⁸³ ODNK Madde 13.

⁸⁴ ODNK Madde 14/3. Litvanya Ölünün Vücudunun Korunması Kanunu 3. Bölüme göre (Par Miruša Cilvėka Ŗermeþa Aizsardzību Un Cilvėka Audu Un Orgānu Īzmantoþanu Medicīnā) kişilerin Vatandaşlık ve Göç İdaresine başvurup organ bağıışı yapma konusunda olumlu ya da olumsuz bir bildirimde bulunması gerekmektedir. Böyle bir bildirimde bulunmayanlar hakkında Yakın Akrabaların Hakları başlıklı 4. Bölüm uygulanacak ve ölünün altsoyu, ebeveyni veya eşinin rızasına başvurulacaktır.

⁸⁵ Alman Organ Nakli Kanunu Madde 3/1/no 1.

⁸⁶ Öte yandan Singapur İnsan Organları Nakli Kanunu ve Japon Organ Nakli Kanunu gibi kanunlar nakle konu olacak organları zikretmektedirler. Örneğın 1997 tarihli Japon Organ nakli Kanunu detaylı bir düzenlemeye yer vererek nakil edilecek organları, kalp, gırtlak, karaciğer, böbrek, pankreas, ince bağırsak ve göz yuvarlağı şeklinde saymaktadır. İngiltere'de İnsan Doku Kanunu ise bunlara ek olarak yüz ve bacakları da saymaktadır. (HTA, Section 34, part, 3) ABD'de verilen bir mahkeme kararına göre akıl hastası kişinin böbrek nakline ihtiyacı bulunan kardeşine böbreğini vermesi halinde kendi bakımından daha üstün bir yarar sağlayacağına karar vermiştir. Buna göre kardeşın ölümü akıl hastası

için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise⁸⁷; sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir.⁸⁸ Bununla birlikte kornea gibi⁸⁹ ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular doğrudan alınabilmektedir. Ancak aksine bir vasiyet veya beyan bulunması halinde bahsi geçen dokuların alınması mümkün olmayacaktır.⁹⁰ Bununla birlikte kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin⁹¹ yanında ODNK m.14'de sayılan yakınları yoksa sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı m.11'de belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan

kişi bakımından daha yıkıcı etkiler doğuracaktır. Bu nedenle de kişilerin anneleri tarafından mahkemeye yapılan başvuru neticesinde gerekli izinler verilmiştir. Strunk v. Strunk, Court of Appeals of Kentucky 445 S.W.2d 145, 1969. Bu yaklaşım İngiliz mevzuatı bakımından düzenleme altına alınmıştır. Buna göre böyle bir naklin gerçekleşmesi için rıza verme kapasitesi bulunmayan kişi için en iyisinin organ veya dokusunun alınması olduğu şeklindeki kanaate ulaşılmış gerekmektedir. HTA, Statutory Instruments (SI) 2006/1659, reg.3/2-a.

⁸⁷ Avustralya İnsan Dokusu Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (Human Tissue Legislation Amendment Act 2012 No 72) ile değişiklik yapılan Kanun'un 23/3-a maddesi gereğince kişiler yaşamları boyunca organlarının alınmasına itiraz etmemiş iseler organları alınabilecektir. Bununla birlikte kişilerin ölmeden önce en son sözlü olarak yapmış oldukları itiraz beyanları da kabul edilmemektedir. www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/num_act/htlaa2012n_72379.pdf (11.01.2014)

⁸⁸ ODNK m.14/1. Litvaya'da 1996 yılında çıkartılan 436 sayılı Hükümet Kararnamesi gereğince kişinin pasaportunda veya sağlık kartında organ nakline rıza veren beyanı yetkililerce onaylanmış ise nakil merkezi ile irtibata geçilir. Böbrek nakillerinde bunların alımı iki doktor, koordinatör, bir veya iki hemşireden oluşan bir ekip ile gerçekleştirilir. Ancak böyle bir onayın olmaması halinde ölünün yakınlarının rızasına başvurulur.

⁸⁹ Kornea Nakline yönelik olarak özel düzenlemelerin en eskilerinden bir tanesi de Japonya'daki 1957 tarihli Kornea Nakli ile İlgili Kanun'dur. Kanuna göre ölüden kornea nakli iki şarta tabi kılınmıştır. Bunlardan ilki donörün ailesinin korneanın alınmasına rıza göstermesi, ikincisi ise hekimin kornea alıcısını özel olarak belirlemiş olmasıdır. 1979 yılındaysa bu Kanun'a böbrek nakline dair düzenlemeler ilave edilmiştir. Buna göre ODNK'daki düzenlemeye benzer bir şekilde kişinin ölmeden önce yazılı olarak bıraktığı bir rıza beyanı bulunmaması halinde ailesinin rızası aranmaktadır. Alıcının özel olarak belirlenmesi şartı ise tamamen yürürlükten kaldırılmıştır. FOSTER, David, Whr-en the Body is Soul: The Proposed Japanese Bill on Organ Transplantations from Brain Dead Donors, Pacific Rim Law & Policy Journal. Vol.3, 1994, s. 111-112.

⁹⁰ ODNK m.14/2.

⁹¹ Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir. ODNK m.14/4.

kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir.⁹² ODNK burada özel bir zorunluluk hali öngörmektedir.⁹³ Ancak ölünün vasiyeti veya rızasının aranmaması ne anlama gelecektir? Buna göre ölünün hayatta iken aksine bir beyanı bulunmuş olmasına rağmen doğal afet nedeniyle organ ve dokusu alınabilecek midir? Böyle bir durumda vasiyet ve rızanın göz ardı edilmesi kişinin sağlığında sahip olduğu ölümden sonrası için etki doğuracak olan tasarruf hakkını ve vücut dokunulmazlığını ihlal etmektedir. Kaldı ki ODNK'nın bu düzenlenmesinde zikredilen “ivedilik ve tıbbi zorunluluk” hali yani hastanın hayatının ancak organ ve doku nakli ile kurtulabilecek olması ve bunun bir an önce yapılmasının gerekliliği sadece doğal afetler bakımından değil nakil bekleyen hastaların için yani olağan zamanları içinde geçerli olan bir durumdur. Buna göre acil organ nakli bekleyen ve son anlarını yaşamakta olan bir hasta içinde organ veya doku nakli ivedidir ve tıbbi zorunluluk söz konusudur. Bu durumda sadece organı alınacak kişinin yaşamının sona eriş nedeni olarak kaza ve doğal afetlerin sayılmış olması organı alınacak kişinin haklarının korunması bakımından yeterli bir güvence sağlamamaktadır. Aksi takdirde her ne sebeple ölürse olsun ivedilik ve tıbbi zorunluluk gerekçesiyle tüm ölümlerden organların alınacak olması zorunluluk hali kapsamında ele alınmalıdır. Bununla birlikte ölünün sağlığında bir beyanın ya da rızasının sadece olağan üstü durumlar bakımından değil genel olarak kadavradan organ alınması bakımından bir öneminin bulunmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre rıza etik olarak önemlidir. Çünkü rıza kişinin ahlaki otonomisini korur, bunu ilan eder, sömürü ve zararlar önünde bir bariyer olur. Bu durumda otonomisi olmayan ve zarar verilemeyecek olan kadavra bakımından bu amaçlar söz konusu olamayacaktır.⁹⁴ Bu noktada devlet bazı durumlarda kamu yararı gereğince bireylerin ön-

⁹² ODNK m.14/4.

⁹³ PETERS'a göre kadavradan organ alınması ölmek üzere olan bir kişiyi kurtarmaya yönelik ilk yardım niteliğindedir. PETERS, David, Unified Approach to Organ Donor Recruitment, Organ Procurement, and Distribution, *Journal of Law and Health*. Vol. 3, 1989–1990, s. 157–187.

⁹⁴ ALBERT, Jonsen, Transplantation of Fetal Tissue: An Ethicist's Viewpoint. *Clinical Research*, Vol.36, 1998, s.218. Bununla birlikte TCK cesedi korunmaya değer bir hukuki varlık olarak ele almakta ve hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimsenin 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını öngörmektedir. TCK Madde 91/2.

celiklerini dikkate alarak vatandaşlarının yaşamlarını korumak için zorlayıcı tutumlar sergileyebilmektedir.⁹⁵ Bu nedenle de kadavralar üzerindeki kontrol hakkı organ nakli bekleyenlerin temsilcisi olarak devlete verilmelidir.⁹⁶

B. Canlıdan Organ Nakli

On sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.⁹⁷ Bu şartlar sağlanmış olsa dahi vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması da yasaktır.⁹⁸ Bunların haricinde on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin; en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması gerekmektedir.⁹⁹ ODNHY akrabalar

⁹⁵ SILVER, Theodore, The Case for a Post-Mortem Organ Draft and a Proposed Model Organ Draft Act. Boston University Law Review. Vol.68, 1988, s.681-728. Bu zorlayıcı tutuma zamanla alışılacağı ifade edilmektedir. HARRIS, John, Wonderwoman and Superman. New York, 1992, s.102. Ayrıca burada kadavradan organ temini hayır işi olarak değil ahlaki bir görev olarak tanımlanmaktadır. ETZİONİ, Amitai. Organ Donation: A Communitarian Approach. Kennedy Institute of Ethics Journal. Vol.13, 2003, s. 1-18. Devletin kadavra üzerindeki tasarruf yetkisi ODNK m.14/5'te görülmektedir. Maddeye göre "...yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgisi olmayan cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler."

⁹⁶ EMSON, H.E, It is Immoral to Require Consent for Cadaver Organ Donation, Journal of Medical Ethics. Vol.29, 2003, s.125.

⁹⁷ ODNK Madde 5.

⁹⁸ ODNK Madde 8.

⁹⁹ ODNK Madde 6. Bu noktada TCK açısından donörün rızası yeterli olup eğer donör evli ise eşinin rızası aranmamaktadır. Bununla birlikte ODNK'ya göre hekim, vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek zorundadır. ODNK Madde 8/1-d. Alman Organ Nakli Kanunu'nda 1 Kasım 2012 tarihinde yapılan değişiklikle sağlık sigortası bulunan 16 yaş ve üzeri kişilere ölümden sonra organlarını bağışlayıp bağışlamadıklarını düzenli aralıklarla sorulacaktır. Bunun için düzenli aralıklarla kapsam içinde yer alan kişilere bilgilendirici dokümanlar ile organ bağışı kartı gönderilecektir. Bu noktada özel veya kamu bütün sağlık sigortaları söz konusu yükümlülük altındadır. (Amended Transplant Act, Section 1) Gelecekte Almanya'da elektronik sağlık sigortası kartı uygulamasına geçilmesi planlanmakta ve bu kartta organ bağışına ilişkin bilgilerin bulunması öngörülmektedir. Deutsche Stiftung Organtransplantation, Organ Donation and Transplantation in Germany, Annual Report 2012, s.4.

arasındaki nakilleri sınırlandırmaktadır. Buna göre akrabalar arasındaki organ nakli; alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımları arasında gerçekleştirilebilir.¹⁰⁰ Akraba dışı kişilerden ise organ nakli naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun¹⁰¹ verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunu onaylaması ile gerçekleştirilebilecektir.¹⁰² Öte yandan Alman hukukunda yenilenebilir organ ya da dokular herkes tarafından bağışlanabilir. Bu durumda herhangi bir akrabalık ya da yakınlık aranmamaktadır. Bununla birlikte yenilenemeyen organlar açısından ise Kanun sınırlama öngörmektedir. Buna göre yenilenemeyen organların nakli 1. ve 2. derece akrabalar, eşler, kayıtlı partnerler, nişanlılar ve donörle çok yakın kişisel ilişki içerisinde bulunanlar arasında gerçekleştirilebilmektedir.¹⁰³ Bu noktada bir diğer konu da ODNK m.6 da belirtilen şekil şartlarından örneğin vericinin Kanun'da öngörülen en az iki tanık yerine bir tanık huzurunda yazılı ve imzalı bir beyanın olması durumunda hukuken geçerli rıza bulunmadığı gerekçesiyle TCK 91/1'in uygulanıp uygulanmayacağı konusudur. HAKERİ'ye göre bu durumda TCK 91/1'in uygulanması adaletsiz bir sonuç doğuracaktır. Bu nedenle de hukuken geçerli rıza şartının şekil şartından bağımsız olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.¹⁰⁴ Böyle bir durumda şekil şartındaki bu tür bir eksikliğe rağmen bunun başka yollarla tespitinin mümkün olması halinde TCK m.91/1'i uygulanmaması gerektiği ifade edilebilir. Öte yandan hukuken geçerli rızanın alınmasında hastanın bilgilendirilmesinin asli şartlardan biri olduğu ortadadır. AİHM bu konuda vermiş olduğu bir kararında başvuruçuların rızaları alın-

¹⁰⁰ ODNHY Madde 12/1.

¹⁰¹ Etik Komisyon, il sağlık müdür yardımcısı başkanlığında aşağıdaki üyelerden oluşur; a) Valilikçe görevlendirilecek il emniyet müdür yardımcısı ya da kaçakçılık ve organize suçlarla mücadele şube müdürü, b) Naklin yapılacağı hastane haricindeki kamu hastanesinden bir tabip, c) Naklin yapılacağı hastane personelinden olmayan bir psikiyatri uzmanı, ç) Baro tarafından görevlendirilecek bir avukat, d) Valilikçe görevlendirilecek bir sosyal hizmet uzmanından oluşmaktadır. ODNHY Madde 12/3. Bununla birlikte Kanada'da Ceza Kanunu'nun 240.9 maddesi ile organ nakli yaptıran kişileri muayene eden hekim ve hemşireler ile ilgili olarak ilgili kuruluşlara rapor verme yükümlülüğü getirilmektedir.

¹⁰² ODNHY Madde 12/2.

¹⁰³ Alman Organ Nakli Kanunu Madde 8/1/no 4.

¹⁰⁴ HAKERİ, 2007, s.432-433.

madan tıbbi gereklilik nedeniyle sterilizasyon işleminin gerçekleştirilmesini AİHS'nin özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8 maddesine ve işkence ve kötü muameleyi düzenleyen 3.maddesine aykırı bulmuştur.¹⁰⁵ Bu nedenle organ doku nakillerinde de alıcı açısından tıbbi bir zorunluluk bulunması organ temini bakımından donörün aydınlatılmış rızasının alınmasını gereklilik olmaktan ya da bu konuda yeterli bilgi sunulacak olmasını ortadan kaldırmamaktadır.

IV. İNSAN HAKLARININ KORUNMASI BAKIMINDAN ORGAN VEYA DOKU TİCARETİNİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİ

A. Türk Hukukunda Durum

Kişiden hukuka aykırı olarak organ ve doku alınması durumunda insan hayatı ve vücut bütünlüğü ceza hukuku tarafından korunan değerlerin başında gelmektedir.¹⁰⁶ Bu bakımdan organ veya doku nakillerinin ODNK'da öngörülen genel koşullara aykırılık nedeniyle cezalandırılmasına ilişkin hem ODNK¹⁰⁷ hem de TCK'da cezalar öngörülmüştür. Bu durumda her iki cezanın da uygulanmasının gerekip gerekmeyeceği genel hüküm özel hüküm yaklaşımına göre belirlenebilir.¹⁰⁸ Bu durumda genel hükümler ve temel esaslar bakımından ODNK uygulanmakla birlikte ceza hükümleri bakımından TCK

¹⁰⁵ I.G. and Others v. Slovakia, Başvuru No. 15966/04, 24.09.2013.

¹⁰⁶ PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008, s.1545.

¹⁰⁷ Benzer şekilde İngiltere'de de İnsan Doku Kanunu (Human Tissue Act, HTA, 2004) kanunda öngörülen hükümlerin ihlali halinde cezai yaptırımlar öngörmektedir. Kanun'a göre yasaklanmış olan eylemlerin yapılması halinde eylemin ağırlığına göre para cezası veya 3 yılı aşmayan hapis cezası ya da ikisi birden uygulanabilmektedir. (HTA, Section 5/7/a-b) Ayrıca insan materyallerinin nakli konusunda yapılan ticari anlaşmalara ilişkin olarak da cezai yaptırımlar öngörülmektedir. Kanuna göre insan materyali karşılığında menfaat temin eden, menfaat alan; menfaat karşılığında materyal vermeye niyetli olan kişileri bulmaya çalışan; materyaller karşılığında menfaat teklifinde bulunan; materyal karşılığında ya da verilmesini temin amacıyla menfaat verilmesine yönelik girişimde bulunan, ayarlama yönünde pazarlıkta bulunan kişiler hakkında fiilin ağırlığına göre ihlalin hafif nitelikte olması durumunda 12 haftaya kadar hapis, para cezası ya da her ikisi birden uygulanacaktır. İhlalin ağır olması durumunda 3 yıla kadar hapis, para cezası ya da her ikisi birden uygulanacaktır. (HTA, Section 32/4/a-b)

¹⁰⁸ Yine burada önceki kanun sonraki ilişkisi gereği TCK hükümlerinin uygulanabileceğini söyleyebiliriz.

hükümleri uygulanacaktır.¹⁰⁹ Buna noktada TCK'nın konuya ilişkin hükmü karşısında ODNK'nın ceza öngören 15.maddesi örtülü olarak yürürlükten kalkmıştır.¹¹⁰ Bununla birlikte ODNK'ya aykırı şekilde organ ve doku; alan, saklayan, aşılayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezası uygulanmaktadır.¹¹¹ Ancak burada on sekiz yaşını doldurmayan ve temyiz kudreti olmayan kişilerden rızaları dâhilinde olsa dahi organ ve doku nakli söz konusu olursa bu durumda TCK'da düzenleme olmadığı için burada 2238 Sayılı ODNK'nın 15. maddesinin uygulanabileceği ifade edilmektedir.¹¹² HAKERİ'ye göre de rızası haricinde bir kimsenin organlarını alan kimseler 9 yıla kadar cezalandırılırken, on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayanlardan rızaları dahilinde organlarını alan kimselerinde bu donörlerin hukuken geçerli rızalarının olmayacağı gerekçesiyle yine TCK madde 91/1 gerekçesiyle cezalandırılacak olmaları ağır bir sonuç olacaktır. Bu durumda daha hafif cezalar öngören ODNK madde 15'in uygulanması halinde daha adaletli bir cezalandırma söz konusu olabilecektir.¹¹³

Diğer yandan TCK'ya göre hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, 5 yıldan 9 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Suçun konusunun doku olması halinde ise 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası söz konusu olmaktadır.¹¹⁴ Burada korunan hukuki yararlar başta kişinin vücut bütünlüğü hakkı olmak üzere aynı zamanda insan otonomisinin korunmasıdır. Zira mağdurun rızası yani otonomisi ihlale uğramıştır. Bunun yanı sıra yine TCK'da düzenlenen hükme göre organ veya doku satın alan, satan,

¹⁰⁹ Öte yandan ABD Uniform Determination of Death Act başlangıç notunda kanuna aykırı davranışların cezalandırılabilmesi ancak bu hususun söz konusu kanun kapsamında ele alınmayacağı ifade edilmektedir. Yani burada kanun beyin ölümüne ilişkin düzenlemeleri yapıp konunun cezai boyutunu başka düzenlemeye havale etmektedir.

¹¹⁰ HAKERİ, (2007); s.432.

¹¹¹ ODNK Madde 15.

¹¹² AYDIN, Çağrı Kan, Organ veya Doku Ticareti Suçu Ankara Barosu Dergisi, 2011/1, s.146;

¹¹³ HAKERİ, (2007); s.433.

¹¹⁴ TCK Madde 91/1.

satılmasına aracılık eden kişiler hakkında da ilgili maddenin birinci fıkrası uygulanacaktır.¹¹⁵ Bu noktada korunan hukuki yararlarından birisinin de insan onuru olduğu ifade edilebilir. Zira burada herhangi bir amaç belirtilmeden insan organ veya dokularının bir meta gibi alım satımına konu olması¹¹⁶ doğrudan doğruya insan onuruna aykırılığın bir örneğini teşkil edecektir. Öte yandan ilgili maddenin birinci fıkrasındaki suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi halinde kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Burada görüldüğü üzere korunan temel hak yaşama hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan kamu düzeni bakımından TCK'nın ilgili maddesinde tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerini uygulanacaktır.¹¹⁷ Yine TCK'da düzenleme altına alınan¹¹⁸ özel zorunluluk hali gereğince "Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir." Yine etkin pişmanlık halinde¹¹⁹ "organ veya dokularını satan kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırırsa, hakkında cezaya hükmolunmaz. Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir."

¹¹⁵ TCK Madde 91/3.

¹¹⁶ Organ veya dokuların meta şeklinde alım satımını engellemeye yönelik bir diğer hükme göre belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayımlayan kişi, 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. (TCK Madde 91/6) İngiltere İnsan Doku Kanunu'na (Human Tissue Act) göre menfaat karşılığında materyal temini için ya da temin için menfaat sağlama girişiminde ya da pazarlığında bulunmak amacıyla bir ilanın yayınlanmasını ya da dağıtılmasını sağlayan, kasten yayımlayan ya da dağıtan kişiye 51 haftaya kadar hapis cezası, para cezası ya da her iki seçenek birden uygulanır. (HTA, Section 32/5)

¹¹⁷ TCK Madde 91/7. Bununla birlikte ODHY'ne göre hastalara veya üçüncü kişilere maddi çıkar temin ederek, etik dışı yöntemlerle kendisine hasta yönlendirdiği Bakanlıkça tespit edilen nakil merkezlerinin birinci tespitinde üç ay, ikinci tespitinde altı ay süreyle nakil yapması durdurulur. Üçüncü tespitte faaliyet izni iptal edilir ve ilgililer hakkında ilgili mevzuat hükümlerine göre işlem yapılır. ODNHY Madde 22/2.

¹¹⁸ TCK Madde 92.

¹¹⁹ TCK Madde 93.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Dünya üzerinde farklı ülke hukuk sistemlerinde düzenleme altına alınan organ ve doku nakli düzenlemeleri temelde nakillerin insan onuruna aykırı gerçekleşmesi halinde bu eylemleri cezalandırıcı hükümlere sahiptir. Örneğin Mart 2013 yılında Avustralya Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklik ile 271. Bölüme organ kaçakçılığı başlıklı bir alt bölüm eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre suçun konusu organ kaçakçılığı değil kişilerin organlarının alınmak üzere insan kaçakçılığına konu olmalarıdır. Yani burada organlar ayrı bir değerlendirilmeye tabi tutulmadan tıpkı kaçakçılığın diğer formları gibi ele alınmaktadır. Bu noktada öngörülen ceza ise 12 yıl hapis cezasıdır. Bununla birlikte suçun küçükler karşı, zalimane tavır içerisinde veya mağdur ya da üçüncü kişilere yönelik olarak ölüm tehlikesi içermesi halinde suçun nitelikli hali söz konusu olmaktadır.¹²⁰ Avustralya (New South Welles) İnsan Doku Kanunu'nun¹²¹ “doku ticareti yasağı” başlıklı 6. Bölümüne göre bir kimse herhangi bir menfaat karşılığında vücudunun veya üçüncü kişilerin vücutlarının dokularına yönelik olarak ya da bu dokuların ölüm sonrasında otopsi incelemesine tabi tutulması konusunda bir teklifte bulunamaz ya da sözleşme yapamaz. Aksi takdirde 40 ceza birimi (penalty units) veya 6 aya kadar hapis ya da her ikisi birden uygulanır.¹²² Bununla birlikte bu düzenlemeye iki istisna getirilmiştir. Bunlardan ilkinde göre temin edilen veya satın alınan dokunun bir tedaviye konu olması ya da bu temin veya satışın dokuların tedavi edici, tıbbi ya da bilimsel amaçlarla kullanılmasını sağlamak amacıyla gerçekleştirilmiş olması halinde madde- nin 1. fıkrası uygulanmayacaktır.¹²³ İkinci olarak Kanuna uygun olarak gerçek-

¹²⁰ Trafficking in Persons for the Purpose of Organ Removal, www.law.uq.edu.au/ht-organtrafficking (09.01.2014) TCK'da yer alan benzer düzenleme ise madde 80'de “Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak amacıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırın, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası verilir” şeklinde düzenlenmektedir.

¹²¹ Human Tissue Act 1983, No 164, www.legislation.nsw.gov.au/inforcepdf/1983-164.pdf?i-d=dae79cae-8043-47df-9c37-fe8d1d7e38b3

¹²² Madde 32/1/a-b.

¹²³ Madde 32/2.

leştirilen doku alımı gereğince ortaya çıkan masraflara yönelik olarak yapılan sözleşmeler hakkında da maddenin 1. fıkrası uygulanmayacaktır.¹²⁴

Kanada’da insan organlarının hukuk dışı yollarla alınması insan kaçakçılığı bağlamında ele alınmaktadır. Buna göre bir kimsenin kandırılarak, korkutulularak ya da zorla organlarının veya dokularının alınması amacıyla kaçırılması¹²⁵ insan kaçakçılığını düzenleyen genel hükme tabi kılınmıştır. İnsan kaçakçılığı suçunun düzenlendiği maddeye göre ise kaçırılan kişiye cinsel saldırıda bulunulması ya da ölüm neticesinin ortaya çıkması hallerinde müebbet hapis cezası verilmektedir. Bunların haricinde kişiye verilecek ceza azami 14 yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir.¹²⁶ Yine Kanada’da 2007 yılında Ceza Kanunu’nda yapılan değişiklikle¹²⁷ 240. maddenin devamına insan organları ve vücut parçaları ile ilgili madde eklenmiştir. Buna göre donörün rızası olmadan organının alınması suç sayılarak failer belirtilmektedir. Bu durumda donörün rızası olmadan organ veya vücut parçasının alıcısı, bunların alınmasına katılan veya imkân sağlayanlar, kasten organı alan ya da satan kişi adına hareket eden, bunlara yardım eden ya da bunlardan direktif alan kişiler suç işlemiş olurlar.¹²⁸ Yine aynı düzenlemede organ veya vücut parçalarının donörün rızası haricinde alındığını bilen herkes suçun faili olarak düzenlenmektedir.¹²⁹ Bu sayılan fiillerle ilgili olarak doğrudan veya dolaylı olarak finansal bir ilişki içerisine girenler de suç işlemiş olurlar.¹³⁰ Bu noktada verilecek cezalar en az

¹²⁴ Madde 32/3.

¹²⁵ Madde 279.04 “Exploitation” www.yourlaws.ca/criminal-code-canada/27901-traffic-king-persons (09.01.2014)

¹²⁶ Madde 279.01. www.yourlaws.ca/criminal-code-canada/27901-trafficking-persons (09.01.2014)

¹²⁷ BILL C-500 2nd Session, 39th Parliament, 56 Elizabeth II, 2007-2008. www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&DocId=3245219&File=30#2 (10.01.2014)

¹²⁸ Madde 240.1.

¹²⁹ Madde 240.1/3.

¹³⁰ Madde 240.4-a/b. Bununla birlikte madde 240.7 ile bir sertifikasyon düzenlemesine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre organ nakli yapılan kişiler (herkes) nakilden önce herhangi bir zaman içerisinde, nakilden sonra ise 30 gün içerisinde bu nakil karşılığında herhangi bir ödemede bulunulmadığına dair sertifika almak ve ilgili kuruluşlara bunu sunmak zorundadır. Madde 240.8’e göre ise organ nakilleri Kanada dışında gerçekleştirilen Kanada vatandaşları ve Göçmen ve Mülteci Koruma Kanunu madde 2/1’e göre sürekli oturma izni bulunan kişiler de nakil öncesi herhangi bir zamanda ve nakilden sonraki 30 gün içerisinde

5 yıl hapis cezası ile ömür boyu hapis cezası şeklinde öngörülmektedir.¹³¹ Endonezya’da ise Sağlık Kanunu’na¹³² göre **ticari amaçla kasten organ, doku veya kan nakli yapan kişiler 15 yıl hapis ve 300 milyon rupi para cezasına çarptırılmaktadırlar.**¹³³ Yine uzmanlığı ve yetkisi bulunmayan kişilerin nakil işlemlerini gerçekleştirmeleri halinde 7 yıl hapis cezası ve 140 milyon rupi para cezası öngörülmektedir.¹³⁴

1994 tarihli Hindistan İnsan Organları Nakil Kanunu’nun¹³⁵ (The Transplantation of Human Organs Act) “suçlar ve cezalar” başlıklı 4. Bölümüne göre bir kimse para ya da para vaadi karşılığında bir insan organı alırsa ya da temin ederse, para karşılığı organını verecek birini bulmaya çalışırsa, organ karşılığında para teklifinde bulunursa, para karşılığında organ teminini ayarlamak için girişimde bulunur ya da pazarlığa girer ya da bu ayarlamalara iştirak ederse cezalandırılır.¹³⁶ Bu noktada öngörülen ceza 2 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası ve bin rupiden 20 bin rupee kadar da para cezasıdır. Son olarak yeterli ve özel bir mazeret gösterilmek şartıyla mahkeme hapis ve para cezalarında alt sınırın altına düşebilir.¹³⁷ Bu noktada değinilmesi gerek bir konuda para ya da menfaat karşılığında organ teminin etmek amacıyla ilan veya reklam verilmesine yönelik cezai düzenlemelerdir. Örneğin İngiltere İnsan Doku Kanunu’na (Human Tissue Act, HTA) göre menfaat karşılığında materyal temini için ya da temin için menfaat sağlama girişiminde ya da pazarlığında bulunmak amacıyla bir ilanın yayınlanmasını ya da dağıtılmasını sağlayan, kasten yayınlayan ya da dağıtan kişiye 51 haftaya kadar hapis cezası, para cezası ya da her iki seçenek

nakil nedeniyle her hangi bir ödemede bulunulmadığına dair sertifika almak ve bunları ilgili kuruluşlara sunmak zorundadır.

¹³¹ Madde 240.1/5. Bu noktada kural olarak 5 yıllık hapis cezası alt sınır olmakla birlikte madde 240.1/6’ya göre hâkimin verecek cezayı tatmin edici bulması şartıyla istisnai durumlarda bu 5 yıllık sınırın altına inilebilmektedir.

¹³² Law on Health, No. 23/1992. www.solidaritycenter.org/files/IndoTraffickingLegislation.pdf (11.01.2014)

¹³³ Madde 80/3.

¹³⁴ Madde 81/1.

¹³⁵ Medindia, www.medindia.net/indian_health_act/the-transplantation-of-human-organs-act-1994-offences-and-penalties.htm (11.01.2014)

¹³⁶ Madde 19/1/a-b-c-d-e.

¹³⁷ Madde 19/2.

birden uygulanır.¹³⁸ Yine 1994 tarihli Hindistan İnsan Organları Nakil Kanunu'na göre bir kimse reklam yayınlamak ya da dağıtmak ya da bunların dağıtılmasını sağlama yoluyla kişileri para karşılığı organ vermeye davet ederse, para karşılığında organ vermek için teklifte bulunursa, cezalandırılır.¹³⁹ TCK'da yer alan ilgili hükme göre belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.¹⁴⁰ Ancak burada organ teminine yönelik ilan verenler için bir ceza öngörülmüşken organını satmak isteyen kişilerin verdikleri ilanlara yönelik bir düzenleme öngörülmemiştir. Oysa yukarıda değinildiği üzere Hindistan'da yer alan düzenlemeye göre ilan yoluyla "para karşılığında organ vermek için teklifte bulunan" kimseler de cezalandırılmaktadır.

V. HAYVANLARDAN İNSANLARA ORGAN NAKLİ (ZENOTRANSPLANTASYON-XENOTRANSPLANTATION)

Zentransplantasyon (ZT) kısaca insan dışı canlıların hücrelerinin, doku veya organlarının insanların tedavisinde kullanılmasıdır. Bu durumda süreç hayvanlardan alınan hücre, doku ya da organların insanlara naklini, uygulanması ya da enjekte edilmesini kapsamaktadır.¹⁴¹ Hayvanlardan alınan organların nakli konusu henüz tıbben mümkün değildir. Gelecekte ise bu tür nakillerin gerçekleştirilmesi mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte hayvanlardan alınan organ veya dokuların niteliğinin ne olduğu tartışmalı bir konudur. Örneğin Alman Tıbbi Ürün Kanunu (Arzneimittelgesetz) madde 2/1/1'e göre tıbbi ürün insan vücuduna yönelik olarak kullanılan tedavi ile hastalıkların, yaralanmaların ve tıbbi durumun teşhisini amaçlayan ürünlerdir. Yine aynı Kanun'un 5/2. maddesine göre güvenilirliği ispatlanmayan tıbbi ürünlerin üretimi ve pazarlanması yasaklanmaktadır. Bu noktada hayvanlardan alınan organ veya dokuların tıbbi ürün olup olmadığı ise tartışmalı bir konudur. ZT çalışmaları daha henüz erken safhalardadır. Buna göre fare hücrelerinden (epicell)

¹³⁸ HTA, Section 32/5.

¹³⁹ Madde 19/1/f/a-b.

¹⁴⁰ TCK Madde 91/6.

¹⁴¹ Xenotransplantation, The Public Health Association of Australia, www.phaa.net.au/documents/policy/Xenotransplantation.pdf (08.01.2014)

deri hücresi elde edilmesi haricinde ZT açısından başarıya ulaşılmış çalışmalar bulunmamaktadır.¹⁴² ZT bakımından yaşanan önemli klinik sorunlar bağışıklık sistemi ve psikolojik değişikliğe ilişkin sorunlardır. Yine ZT’da enfeksiyon riskinin bulunması ciddi bir risk olarak dile getirilmektedir ki bunun neticesinde yeni ölümcül salgın hastalıklar ortaya çıkabilir. Buna göre hayvanlardan insanlara geçebilecek bilinen ve henüz bilinmeyen mikro organizmaların insandan insana geçmesiyle sadece alıcı açısından değil tüm insanlık açısından çok ciddi sorunların ortaya çıkabileceği dile getirilmektedir.¹⁴³ ZT’na yönelik bir diğer eleştiri ise bu çalışmalara ayrılan kaynakların etkin kullanılmadığı bunun yerine organ veya doku nakillerinde diğer tedavi yöntemleri üzerine yoğunlaşmanın daha doğru olacağı¹⁴⁴ şeklindedir. Etik konusunda ortaya çıkan tartışmalar ise insanlara ve hayvanlara saygı ile dini bakış açıları bakımından ele alınmaktadır. Buna göre hayvanların ZT çalışmaları esnasında kullanılması ve bu esnada hayatlarını kaybetmeleri hayvan haklarına aykırı bulunmaktadır.¹⁴⁵ Bununla birlikte ZT çalışmaları üç şekilde gerçekleştirilmektedir. Bunlardan ilki hayvan hücresi terapisi (Animal Cell Therapies, ACTs) Bu tedavi sürecinde hayvanlardan alınan hücreler insanlara nakledilir ve hastadaki işlev bozukluğu olan hücrelerin eksikliği giderilmeye çalışılır. İkinci yöntemde (Animal External Therapies, AETs) hayvanlardan alınan hücreler hastadan alınan hücrelerle bir araya getirilerek kültür elde edilir. Daha sonra bu kültür tekrar hastaya nakledilir. Mesela insan vücudundaki toksinlerin atılması için hayvan karaciğer hücrelerinin kullanılması ya da hayvan hücreleri kullanılarak insan derisinin genişletilmesi bu yöntemle örnek olarak gösterilebilir.¹⁴⁶ Hücre terapisi yöntemiyle insan kök hücrelerinin hayvanların vücudunda büyütülerek elde

¹⁴² Xenotransplantation, 2014; Günümüzde insan yaşamını uzatabilecek ve güvenilir bir biçimde kullanılacak hayvan organlarının nakledilebileceğine dair belirtilerin çok sınırlı olduğu dile getirilmektedir. FOVARGUE, Sara, Consenting to Bio-risk: Xenotransplantation and the Law, Legal Studies. Vol.25, 2005, s. 407.

¹⁴³ Xenotransplantation, 2014.

¹⁴⁴ Örneğin yapay kalp konusunda klinik uygulamalara geçilmiş olup bu konudaki çalışmalar umut verici olarak değerlendirilmektedir. PATEL, H, PAGANI, FD, Extracorporeal Mechanical Circulatory Assist, Cardiology Clinics. Vol. 21-11, 2003, s. 29-41.

¹⁴⁵ Xenotransplantation, 2014.

¹⁴⁶ United Kingdom Xenotransplantation Interim Regulatory Authority, The UKXIRA Fifth Annual Report, January 2002 - September 2003.

edilmesine karşın embriyolardan kök hücre elde edilmesi durumunda buna ihtiyaç olmayacağı dile getirilmektedir.¹⁴⁷ Son olarak uygulanan yöntemde ise genel olarak bilindiği üzere hastanın hastalıklı organı alınıp yerine hayvanlardan elde edilen organlar yerleştirilmektedir.

Öte yandan ZT çalışmaları bakımından aydınlatılmış rıza konusunda tartışmalar yaşanmaktadır. Buna göre bu çalışmalara katılacak hastalar genellikle gönüllü kimselerdir ve tıbbi müdahaleye rıza göstermektedirler. Ancak bu hastaların göstermiş oldukları rıza müdahale sonrasında üçüncü kişiler bakımından¹⁴⁸ ortaya çıkacak riskler bakımından bir şey ifade etmemektedir.¹⁴⁹ Yani burada bir enfeksiyon durumu ortaya çıkarsa rızası alınan hasta bakımından aydınlatılmış rıza şartı gerçekleşmiş olacaktır ama üçüncü kişilerin bundan etkilenmeleri bakımından rızaya ilişkin bir değerlendirme yapılmamış olacaktır. Bu noktada ZT konusu aslında kolektif ve bireysel risk arasında yeni bir dengeye işaret etmektedir. Buna göre ortaya çıkan sosyal tehlike bilim adamlarının toplumdan vekâlet almış gibi hareket etmelerine bağlanmaktadır. Bu nedenle de toplum ve birey arasında dengenin sağlanması teknolojik çalışmalar bakımından bir ön şart olarak ele alınmaktadır.¹⁵⁰ Buna karşın farklı bir görüşe göre hayvanlardan organ nakli yerine yapay organların kullanılması üzerinde durulmaktadır. Böyle bir durumda yapay organlar hayvanlardan insanlara ge-

¹⁴⁷ Xenotransplantation Working Party, National Health and Medical Research Council Animal-to-human transplantation research: How should Australia proceed? Canberra, 2003, s. 71-72.

¹⁴⁸ Dünya Tıp Birliği Helsinki Deklarasyonunun risk, yükümlülük ve yararlar kısmılı başlığında ki düzenlemeye göre konusu insan olan tıbbi araştırmalarda araştırmaya katılan birey ya da bireyler bakımından tahmin edilebilir risk ve yükümlülükler değerlendirilirken bunlar açısından öngörülen yarar ile diğer üçüncü kişi bireylerin yararları arasında bir karşılaştırma yapmak gerekmektedir. Bununla birlikte aydınlatılmış rıza başlıklı bölümde araştırma konusu olan potansiyel bireylerin bilgilendirilmesinden bahsetmektedir. World Medical Association, Declaration of Helsinki, Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects [www.ub.edu/receca/Bioetica/ doc/Declaracio_Helsinki_2013.pdf](http://www.ub.edu/receca/Bioetica/doc/Declaracio_Helsinki_2013.pdf) (09.01.2014)

¹⁴⁹ FOVARGUE, 2005, s. 412. Bu noktada geçmişte hayvanlardan insanlara insanlardan insanlara geçen virüslerin bulunduğu bilinmektedir. Örneğin Sudan, Zaire ve Uganda'da ortaya çıkan Ebola ya da Kırım Kongo virüsü ya da HIV virüsü gibi virüslerin çıkış noktası hayvanlardan insanlara geçişle başlamıştır. Xenotransplantation, 2014.

¹⁵⁰ WELSH, Ian. EVANS, Robert, Xenotransplantation, Risk, Regulation and Surveillance: Social and Technological Dimensions of Change, New Genetics and Society. Vol. 18, 1999, s. 212.

çen hastalık (zoonosis) riskini taşımayacak ve nakil yapılan kişinin vücudunun nakledilen cismi reddetme ihtimali düşük olacağından immünosuppres ilaçların kullanımına da gerek kalmayacaktır.¹⁵¹ Bu konuda yapılan açıklamalar doğrultusunda hukuk sistemimizde ZT'a ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığını ifade edebiliriz.

SONUÇ

Organ nakli konusunda yaşanan sıkıntılar tıp bilimi açısından yaşanan ilerlemelere rağmen henüz kesin olarak çözüme kavuşturulamamıştır. Bu nedenle özellikle organ temininde ortaya çıkan bu açmaz hukuk bilimi bakımından da ciddi tartışmalara neden olmaktadır. Bu noktada organ veya doku olarak adlandırdığımız insan biyolojik materyallerinin hukuki niteliğinin tespiti bakımından yaşanan tartışmalar mülkiyet hakkı bakımından yeni yaklaşımların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Örneğin insan organları üzerinde mülkiyet hakkına dayalı bir tasarruf yetkisi bulunduğu kabulü organ nakli bakımından farklı etkiler meydana getirecektir. Bu bakımdan organ bağışını arttırmak için mülkiyet hakkına dayalı olarak bir bedel öngörülmesine izin veren düzenlemelerin yapılması insan onuru bakımından zedeleyici ve sarsıcı bir etki meydana getirecektir. Bu bakımdan insan organ ve dokularını sıradan bir meta gibi alınır satılır bir hale getirmek insan olmanın ayrıcalığını ve temelinde yatan ahlaki değerleri görmezden gelme anlamına gelecektir. Bu nedenle de çoğu ülke de olduğu gibi yasa dışı yollarla organ doku nakline izin verilmemekte ve bunlar cezai müeyyidelere tabi kılınmaktadır. Bununla birlikte organ temini noktasında yaşanan sıkıntılar nedeniyle nakil listesinde bekleyen çok sayıda hasta uygun organ bulunamadan hayatını kaybetmektedir. Bu tablo da aslında hasta hakları ve insan onuru bakımından içine düşülen bir çaresizliği ortaya koymaktadır. Bir diğer çaresizlik örneği ise para karşılığında satmak durumunda kalan insanlar bakımından yaşanmaktadır. Her iki durumda da insan onuru ciddi bir şekilde zarar görmektedir. Bu nedenle gerek ODNK gerekse TCK'da yer alan düzenlemelerle getirilen tüm yasaklar temelde insan onurunun korunmasını güvence altına almaktadır. Ancak bu konuda

¹⁵¹ Xenotransplantation Working Party, 2003, s. 72.

organ bekleyen hastaların hakları bakımından da bazı değerlendirmelerin yapılması gerekecektir. Örneğin kadavradan organ temini konusunda canlıdan organ teminine göre daha farklı yaklaşımların benimsenecek olması organ teminini artırıcı bir etkiye neden olabilecektir. Bu kapsamda kadavradan organ teminini ticari bir iş ilişkisine döndürmeden bazı teşviklerin doğrudan devlet tarafından verilecek olması olumlu bir etki meydana getirecektir. Ancak bu tür düzenlemelerin gerçekleşmesi yeni kanuni düzenlemelerin yapılması yanı sıra mevcut düzenlemelerde de köklü değişikliklere neden olacaktır. Bununla birlikte aslında tüm sağlık uygulamalarını kapsamına alacak “Sağlık Uygulamaları Kanunu” (SAUK) şeklinde bir kanuni düzenleme yapılarak ODNK ve TCK başta olmak üzere bu konulardaki düzenlemeleri tek bir kanun çatısı altında toplamak daha faydalı olabilir. Yine önerilen böylesi bir Kanun’un hazırlanmasında uluslararası sözleşmeler ve diğer ülkelerin sahip oldukları deneyimlerden yararlanılması önemli bir fayda sağlayacaktır. Bununla birlikte yapılan açıklamalar ışığında ortaya çıkan gerçek şudur ki; organ kıtlığının aşılmasında kesin çözüm zenotransplantasyondur. Zira bu konunun başarıya ulaşması halinde insandan organ temini gibi bir ihtiyaç kesin olarak ortadan kalmış olacaktır. Bununla birlikte hukukumuzda bu konuya dair pozitif bir düzenleme bulunmaması konunun henüz daha çok yeni olmasına karşın bir eksiklik olarak dile getirilebilir. Yeni hazırlanacak SAUK çerçevesinde zenotransplantasyona ilişkin hükümlerinde bulunması faydalı olacaktır. Ayrıca bu konuda yaşanan sıkıntı da dikkate alınacak olursa tıp biliminin sorunu kalıcı olarak çözüme kavuşturduğu tarihe kadar geçici bir çözüm olarak ölümden sonra bağışlanacak organ ve dokular bakımından sınırları kanuni düzenlemelerle (SAUK ile) çizilmek kaydıyla doğrudan devletin üstleneceği bir bedelin öngörülmesi organ nakli listelerindeki sayıyı azaltmak adına bir çözüm olabilir. Öte yandan TCK madde 91/6’ya göre sadece belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler için bir ceza öngörülmüşken, organını satmak ya da belli bir çıkar karşılığında vermek isteyen kişilerin verdikleri ilanlara yönelik bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu nedenle organını satmak ya da belli bir çıkar karşılığında vermek isteyen kişiler içinde bunların ilan vermiş olması cezalandırılmalıdır. Bu konuda yukarıda

bahsi geçen ülkelerin deneyimlerinden yararlanmak ve ülkemizde ihtiyaç duyulan düzenlemeler açısından bunları dikkate almak faydalı olabilir. Yine ZT'a ilişkin düzenlemelerin de SAUK kapsamında yer alması sağlık uygulamaları bakımından mevzuatta bir birlüğün sağlanması adına olumlu bir yaklaşım olacaktır.

◆◆◆

KAYNAKÇA

ALBERT, Jonsen, Transplantation of Fetal Tissue: An Ethicist's Viewpoint. Clinical Research, Vol.36, 1998.

AYDIN, Çağrı Kan, Organ veya Doku Ticareti Suçu Ankara Barosu Dergisi, 2011/1.

BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.

BEECHER, H.K. A Defination of Irreversible Coma. Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, Journal of American Medical Association. Vol.205, 1968.

CALABRESI, Guido, Do We Own Our Bodies? Health Matrix, Vol.1:5, 1991.

CONVERSE, Ronald, But When Did He Die? Tucker v. Lower and the Brain-Death Concept, San Diego Law Review. Vol.12, 1975.

Deutsche Stiftung Organtransplantation, Organ Donation and Transplantation in Germany, Annual Report 2012.

EMSON, H.E, It is Immoral to Require Consent for Cadaver Organ Donation, Journal of Medical Ethics. Vol.29, 2003.

ETZİONİ, Amitai, Organ Donation: A Communitarian Approach. Kennedy Institute of Ethics Journal. Vol.13, 2003.

FOSTER, David, Whr-en the Body is Soul: The Proposed Japanese Bill on Organ Transplantations from Brain Dead Donors, Pacific Rim Law & Policy Journal. Vol.3, 1994.

FOVARGUE, Sara, Consenting to Bio-risk: Xenotransplantation and the Law,

Legal Studies. Vol.25, 2005.

GERSON, W.N. Refining the Law of Organ Donation: Lessons from the French Law of Presumed Consent, Journal of International Law and Policy. Vol.19, 1987.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara, 2007.

HARRIS, John, Wonderwoman and Superman. New York, 1992.

KWEK, Tong Kiat, WK LEW, Thomas, TAN, Hui Ling, KONG, Sally, The Transplantable Organ Shortage in Singapore – Has Implementation of Presumed Consent to Organ Donation Made a Difference? Annals Academy of Medicine Singapore. Vol.38, 2009.

MAUREEN S. Dorney, Moore v. The Regents of the University of California: Balancing the Need for Biotechnology Innovation Against the Right of Informed Consent, Berkeley Technology Law Journal, 1990

PARLAR, Ali, HATİPOĞLU, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008.

PATEL, H, PAGANI, FD, Extracorporeal Mechanical Circulatory Assist, Cardiology Clinics. Vol. 21-11, 2003.

PETERS, David, Unified Approach to Organ Donor Recruitment, Organ Procurement, and Distribution, Journal of Law and Health. Vol. 3, 1989–1990

PRENTICE, Ernest D. WILTSE, John C. SHARP, John G. ANTONSON, Dean L. An Institutional Policy on the Right to Benefit from the Commercialization of Human Biological Material, L. Med. & Health Care, Vol.18, 1990, s. 162.

SHUM, Eugene, CHERN, Arthur, Amendment of the Human Organ Transplant Act Annals Academy of Medicine Singapore. Vol.35, No.6, 2006.

SILVER, Theodore, The Case for a Post-Mortem Organ Draft and a Proposed Model Organ Draft Act. Boston University Law Review. Vol.68, 1988.

The Ad Hoc Committee of the Harvard Law Medical School to Examine the Definition of Death, A Definition of Irreversible Coma, Journal of the Ameri-

can Medical Association. Vol.205, 1968.

Trafficking in Persons for the Purpose of Organ Removal, www.law.uq.edu.au/ht-organtrafficking (09.01.2014)

TROUET, C. New European Guidelines for The Use of Stored Human Biological Materials in Biomedical Research, *Journal of Medical Ethics*, Vol.30, 2004.

United Kingdom Xenotransplantation Interim Regulatory Authority, The UKXIRA Fifth Annual Report, January 2002 - September 2003.

U.S. Congress, Office of Technology Assessment, New Developments in Biotechnology: Ownership of Human Tissues and Cells—Special Report, OTA-BA-337, 1987,

WELSH, Ian, EVANS, Robert, Xenotransplantation, Risk, Regulation and Surveillance: Social and Technological Dimensions of Change, *New Genetics and Society*. Vol. 18, 1999

WEYRAUCH, Samantha, Acceptance of Whole-Brain Death Criteria for Determination of Death: A Comparative Analysis of the United States and Japan, *Pacific Basin Law Journal*. Vol.17, 1999-2000.

World Medical Association, Declaration of Helsinki, Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects www.ub.edu/recerca/Bioetica/doc/Declaracio_Helsinki_2013.pdf (09.01.2014)

Xenotransplantation, The Public Health Association of Australia, www.phaa.net.au/documents/policy/Xenotransplantation.pdf (08.01.2014)

Xenotransplantation Working Party, National Health and Medical Research Council Animal-to-human transplantation research: How should Australia proceed? Canberra, 2003.

İnternet Kaynakları

www.ascensionhealth.org/index.php?option=com_content&view=article&id=153&Itemid=172 (03.11.2013)

- [www.medindia.net/indian_health_act/the-transplantation-of-human-organs-act-1994-offences -and penalties.htm](http://www.medindia.net/indian_health_act/the-transplantation-of-human-organs-act-1994-offences-and-penalties.htm) (11.01.2014)
- www.ascensionhealth.org/index.php?option=com_content&view=article&id=153&Itemid=172 (03.11.2013)
- www.moh.gov.sg/content/moh_web/home/legislation/legislation_and_guidelines/human_organ_transplantact.html (03.11.2013)
- www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&DocId=3245219&File=30#2 (10.01.2014)
- [www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/modules/hirntodkriterium? set_language=en](http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/modules/hirntodkriterium?set_language=en) (03.11.2013)
- www.photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf (02.11.2013)
- www.legislation.nsw.gov.au/inforcepdf/1983-164.pdf?id=dae-79cae-8043-47df-9c37-fe8d1d7e38b3 (10.01.2014)
- www.legislation.nsw.gov.au/inforcepdf/1983-164.pdf?id=dae-79cae-8043-47df-9c37-fe8d1d7e38b3
- www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/num_act/htlaa2012n72379.pdf (11.01.2014)
- www.institutoroche.es/web/pdf/gmbib/proyecto_muestras.Pdf (09.11.2013)
- www.nature.com/news/medical-research-cell-division-1.13273 (05.12.2014)
- www.solidaritycenter.org/files/IndoTraffickingLegislation.pdf (11.01.2014)
- www.law.justia.com/cases/california/cal3d/51/120.html (28.12.2013)
- www.leagle.com/decision/197662930MdApp599_1580 (28.12.2013)
- www.saglikterimleri.com/3242-otograft-nedir.html (02.11.2013)
- www.udel.edu/research/protecting/bayh-dole.html (03.01.2014)
- www.saglik.im/rejenerasyon/ (02.11.2013)

AVRUPA BİRLİĞİ KAMU İHALESİ HUKUKUNDA YENİ BİR İHALE USULÜ: REKABETÇİ MÜZAKERE USULÜ

*New Tendering Procedure in European Union Public Procurement Law:
Competitive Dialogue*

Dr. Servet ALYANAK *

ÖZET

2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesi, yeni bir ihale usulü olarak rekabetçi müzakere usulünü kabul etmiştir. Rekabetçi müzakere usulü “son derece karmaşık ihalelerde” yani idarelerce açık ihale usulü veya belli istekliler arasındaki ihale usulünün kullanılmasının ihalenin sonuçlandırılmasına olanak tanımayacağı düşünülmesi halinde başvurulabilecek bir ihale usulüdür. Rekabetçi müzakere usulü idarelerin yenilikçi çözümlere ulaşmalarını sağlamak amacıyla isteklilerle müzakere yapmalarına imkan tanır. Bu şekilde idareler, müzakere aşamasında kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir ya da daha fazla uygun alternatif çözümler yaratmak amacıyla veya birden fazla teknik çözümün olduğu ancak hangisinin idarenin ihtiyaçlarına cevap verebilecek en iyi çözüm olduğu hususunun tespiti amacıyla usule kabul edilen adaylarla müzakere yürütür. Rekabetçi müzakere usulü son derece karmaşık nitelik arzeden ihaleler açısından esnek bir yaklaşım geliştirilmesi için düşünüldüğünden bu usulün pazarlık ihale usulüne başvurulduğu durumlarda kullanılacağı değerlendirilmektedir. Bu çalışmada rekabetçi müzakere usulüne başvurabilmek için hangi koşulların gerekli olduğuna daha yakından bakılacaktır. Bilahare rekabetçi müzakere usulüne göre bir ihalenin nasıl sonuçlandırılacağı değerlendirilecektir.

Anahtar kelimeler: Rekabetçi müzakere, kamu ihalesi, son derece karmaşık ihaleler, ihale usulleri, teknik çözümler, isteklinin (yüklenicinin) belirlenmesi.

ABSTRACT

The Public Sector Directive 2004/18/EC introduces a new procurement procedure, the competitive dialogue. The competitive dialogue requires a “particularly complex” contract, where the contracting authority considers that the use of the open or restricted procedure will not allow the award of the contract. Competitive dialogue allows

* Dr. Servet ALYANAK, (LL.M, Mag. Iur., Ph.D), Kamu Denetçiliği Kurumunda görevli Hâkim, servet.alyanak@ombudsman.gov.tr

contracting authorities to negotiate with bidders to reach innovative solutions. The dialogue phase enables the contracting authority to have discussions with bidders with the aim of identifying and defining the alternative means best suited to meet the contracting authority's needs. As the competitive dialogue aims to provide a flexible approach to the award of complex contracts, it seems to take a place where formerly mainly the negotiated procedure has been in use. In this paper, I will take a closer look on the prerequisites which have to be fulfilled to enter the competitive dialogue. Afterwards, I will evaluate how the competitive dialogue procedure is to be conducted.

Key Words: Competitive dialogue, public procurement, complex contracts, tender procedures, technical solutions, selection of the preferred bidder.

◆◆◆

GİRİŞ

2004/18/EC sayılı kamu ihale yönergesi, eski geleneksel usuller olan açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü ve pazarlık usulü dışında yeni bir ihale usulü olan rekabetçi müzakere usulünü kabul etmiştir. Bu ihale usulü, konusu karmaşık olan ve geleneksel ihale usullerinin pek uygun düşmediği ihaleler açısından son derece önemlidir.¹ Rekabetçi müzakere usulü, idarelerin ihtiyaçlarıyla ilgili olarak, nihaî yazılı teklifleri almadan ve kamu ihalesinin sonuçlandırılması aşamasına geçmeden önce kısa listede belirlenen adaylarla görüşmeler yapmasına izin verilmesinin amaçlandığı bir ihale usulüdür.²

Yukarıda da ifade edildiği üzere rekabetçi müzakere usulü, daha önceden üzerinde durulan geleneksel usullere ilâveten 2004/18/EC sayılı yönergenin getirdiği yeni bir ihale usulüdür. Bununla birlikte, su, enerji, ulaştırma ve posta hizmetlerine ilişkin 2004/17/EC sayılı yönerge kapsamındaki ihaleler açısından yeni rekabetçi müzakere usulünün uygulanmadığını belirtmekte fayda vardır. AB Komisyonu 1998 tarihli tebliğinde karmaşık ihale prosedürleri için idarelerin isteklilerle görüşmelerde bulunmasına imkan tanıyacak bir düzenleme yapılması gereğini kabul etmişti.³

¹ ARROWSMITH Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, London, 2005, 10.1, s.629.

² TREUMER Steen, "The field of application of competitive dialogue", *Public Procurement Law Review*, 2006(b), 6, 307-315, s.310.

³ *Commission Communication on public procurement in the European Union*, COM (1998)

Belli istekliler arasındaki ihale usulünde teklif yapmaya davet edilen istekli sayısının en az beş istekli olması, herkesin riayet edeceği tek bir teknik şartnamenin hazırlanması, teklifler sunulduktan sonra isteklilerle görüşmeler yapılmasının engellenmesi, idarenin ihtiyacına tamamen hitap edecek bir çözüme ilişkin geleneksel ihale usullerinde gerekli esnekliğin olmayışı rekabetçi müzakere usulünün kabul edilmesinde önemli etkenler olmuştur. Özellikle, karmaşık ihalelerde pazarlık usulünün de istenen esnekliği sağlamada yetersiz oluşu rekabetçi müzakereyi biraz daha ön plana çıkarmıştır.⁴

Komisyon, ilk olarak, mevcut ihale usullerinin daha esnek ve belirli karmaşık ihalelerin sonuçlandırılmasıyla ilgili olarak diyaloga daha açık hale getirilmesi amacıyla değiştirilmesini önermişti.⁵ Komisyon, bu amaçla tamamen yeni bir ihale usulü oluşturmamayı ve önceden ilan yayımlamak suretiyle gerçekleştirilen pazarlık usulünün uygulama alanını bu durumları da kapsayacak şekilde genişletmeyi tasarlamaktaydı. Böylece ihale usullerinin çeşitlilik arz etmesinden kaçınılmış olacaktı.⁶ Ancak, bu konuda yapılan çalışmaların sonucunda Komisyon, açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulünün yanı sıra kullanılabilir ve önceden ihale ilanı yayımlamak suretiyle gerçekleştirilen mevcut pazarlık usulünün yerini alacak ‘rekabetçi müzakere usulü’ adlı yeni bir usul önerdi. Komisyonun öngördüğünün aksine, 2004/18/EC sayılı yönergenin 29. maddesinde belirtildiği üzere bu usul nihayetinde diğer usullerden ayrı, yeni bir ihale usulü haline dönüşmüştür.⁷

Yönerge, bu usulle ilgili olarak, belirli bir adaya farklı muamelede bulunulması riskini dikkate alarak eşit muamele ve şeffaflık ilkelerini korumak amacıyla ihalenin sonuçlandırılmasına kadar olan müzakere sürecini düzenleyen ve disipline eden kurallar oluşturmuştur. Bu nedenle rekabetçi müzakere usulünün, rekabeti bozacak veya kısıtlayacak şekilde kullanılmayacağı açık-

143 final (11 Mart 1998).

⁴ WILLIAMS Rhodri, “The new Procurement Directives of the European Union Public Procurement Law Review, Public Procurement Law Review, 2004, 4, s. 153-159, s.156-157.

⁵ 1998 tarihli “Avrupa’da Kamu İhaleleri” (COM(98), 143 final- ‘The Public Procurement in Europe’ (COM(98), 143 final-) adlı belgeye dayanmaktadır. Aynı yöndeki değerlendirme için bkz. WILLIAMS Rhodri, op.cit., 2004, s.156.

⁶ COM/2000/0275 final

⁷ WILLIAMS Rhodri, op.cit., 2004, s.156-157.

ça ifade edilmiştir. Özellikle, tekliflerin temel özelliklerini değiştirerek, ihale üzerinde kalan istekliye yeni ve ağır koşullar dayatarak, ekonomik açıdan en avantajlı teklif seçilen teklif haricindeki bir teklife yer vererek bu usule başvurulamaz.⁸ Ayrıca, bu ihale usulünde genel ilkelere uyum konusu daha özel bir önem arz etmektedir. Nitekim, yönergenin 29(3) maddesinde idarelerin isteklilere eşit muamelede bulunması özellikle vurgulanmıştır.⁹

I. REKABETÇİ MÜZAKERE USULÜNDE İHALE ÖNCESİ İŞLEMLER VE İHALENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

A. Hangi durumlarda rekabetçi müzakere usulüne başvurulabilir?

Yönergenin 1(11)(c) maddesine göre rekabetçi müzakere usulü; *“herhangi bir ticarî işletmenin katılma talebinde bulunabileceği, idarenin kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir ya da daha fazla uygun alternatif çözümler yaratmak amacıyla usule kabul edilen adaylarla müzakere yürüttüğü ve bu müzakerede temelinde seçilen adayların teklif vermeye davet edildiği bir usuldür”*.

Özellikle karmaşık projeler yürüten idarelerin, kendi hatalarından kaynaklanmayan bir şekilde, ihtiyaçlarını karşılamak veya teknik çözümler ve/veya mali, hukukî çözümler açısından piyasanın ne sunabileceğini değerlendirmek için gereken yöntem ve araçları belirlemesinin imkânsız olduğu durumlarda bu usulün kullanılması doğru olacaktır.¹⁰ Bu amaçla, yönergenin başlangıç kısmında; *“... açık ihale usulü veya belli istekliler arasındaki ihale usulünün bu tür ihalelerin sonuçlandırılmasına imkân tanımadığı durumlarda, hem ticarî işletmeler arasındaki rekabeti koruyan hem de idarelerin ihalenin tüm özelliklerini her bir adayla görüşmesine izin veren esnek bir usul kullanılmalıdır ...”* ifadesine yer verilmiştir.¹¹

⁸ CIARA Kennedy-Loest, “What can be done at the preferred bidder stage in competitive dialogue?”, *Public Procurement Law Review*, 2006, 6, 316-326, s.318. Bkz. Yönergenin başlangıç kısmındaki 31 no’lu paragraf.

⁹ ARROWSMITH Sue, op.cit, 2005, 10.8, s.636.

¹⁰ TREUMER Steen, op.cit., 2006(b), s.311-312.

¹¹ TREUMER Steen, op.cit., s.313; ARROWSMITH Sue, op.cit, 2005, 10.4, s.633. Bkz. Yönergenin başlangıç kısmındaki 31. paragraf.

İdarelerin bu ihale usulüne başvurmaları halinde faydalanacakları başlıca avantaj, şüphesiz, AB yasa koyucusunun da amaçladığı üzere, çok katı kurallara haiz olduğu düşünülen ihale usullerini sadeleştiren yeni yönergenin temel amaçlarından birini yerine getiren bu usulün sağlayacağı geniş esnekliktir. Başlıca dezavantaj ise, bu usulü düzenleyen hükümlerin beklenen açıklık ve sadeliği uygulamada getirememesi, en azından bu aşamada mevcut usullere oranla uygulaması daha da karmaşık olan bir usul gibi görünmesidir.¹² Her halükarda, avantajlar ve dezavantajlarla ilgili herhangi bir yargıda bulunmadan önce, bu usulün üye devletlerdeki uygulamasını ve etkili bir performans vermesini beklemek gerekmektedir.

İdareler, ‘standart’ usuller olarak nitelendirilen açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulüne kıyasla, yönergenin 28(1) maddesi doğrultusunda ihalelerini yalnızca yönergede açıkça belirtilen özel koşullarda rekabetçi müzakere yoluyla sonuçlandırabilirler.

Rekabetçi müzakere usulü, açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulünün yanı sıra yeni bir “standart” ihale usulü olarak görülse de yönergenin 28(1) maddesinde belirtildiği üzere idareler tarafından bu usulün esasen kullanımı sadece istisnai durumlarla sınırlıdır. Bu şekilde, yönergede bu usule başvurulmasıyla ilgili katı sınırlamalar getirilmiştir. Bunun bir sonucu olarak, rekabetçi müzakere usulüne her koşulda değil, yalnızca, ‘son derece karmaşık’ ihalelerin sonuçlandırılmasında başvurulabileceği unutulmamalıdır.¹³

Yönergenin 29.1 maddesinde; *“son derece karmaşık ihalelerde, üye devletler; idarelerce açık ihale usulü veya belli istekliler arasındaki ihale usulünün kullanılmasının ihalenin sonuçlandırılmasına olanak tanımayacağına düşünülmesi halinde idarelerin bu madde doğrultusunda rekabetçi müzakere usulünü kullanabileceklerine ilişkin iç mevzuatında düzenleme yapabilirler”* ifadesi yer almaktadır.

¹² CIARA Kennedy-Loest, op.cit., 2006, s.325-326.

¹³ WILLIAMS Rhodri, “The Commission’s explanatory notes”, Public Procurement Law Review, 2006(a), 4, s. NA109-118, s. NA110.

Rekabetçi müzakere usulü, ‘son derece karmaşık’ olarak nitelendirilen ihaleler açısından gündeme gelmekte ve bu yönden ‘son derece karmaşık’ nitelik arz eden iş veya konuların ne olduğu önem taşımaktadır. Yönergenin 1.11(c) maddesine göre, idarelerin yönergenin kendi ihtiyaçlarını veya amaçlarını yerine getirmelerine yarayacak teknik yöntemleri ‘objektif olarak’ tanımlayamadıkları, projenin hukukî ve/veya malî yapısını objektif olarak belirleyemedikleri durumlarda söz konusu kamu ihalesi ‘son derece karmaşık’ olarak kabul edilir.¹⁴ Buradaki koşullar aslında 2004/18/AT sayılı yönergenin ilanlı pazarlık usulüne müracaat edilebilecek hallerden olan 30(1)(b) maddesi¹⁵ ile 30(1)(c)¹⁶ maddesine benzerlik arz etmektedir. Rekabetçi müzakere usulü için öngörülen koşulların bulunduğu durumlarda ilanlı pazarlık usulüne müracaat etme imkânı yoktur.¹⁷

Maalesef, rekabetçi müzakereye ilişkin hükümler çok açık değildir. Esasen yönergenin 29(1) maddesi, açık ihale usulünün veya belli istekliler arasındaki ihale usulünün ‘son derece karmaşık’ bir ihaleyi sonuçlandırmak için hangi durumlarda kullanılamayacağına belirlenmesi açısından müphemdir. Bu ‘özel karmaşıklık’ ya teknik açıdan tanımlanamayacak nitelikte olması ve/veya ihale konusu projenin mali ve hukuki yönlerinin tam ve açık bir şekilde objektif olarak belirlenememesi gerekmektedir.

Entegre ulaşım altyapı projeleri, büyük bilgisayar ağları gibi projeler teknik yönden ‘özel karmaşık’ nitelikte addedilip bu projeler rekabetçi müzakereye

¹⁴ CIARA Kennedy-Loest, op.cit., s.318

¹⁵ 2004/18/AT sayılı yönergenin ilanlı pazarlık usulüne müracaat edilebilecek hallerden birisi olan 30(1)(b) maddesine göre; “mal alımı, yapım işi veya hizmetin niteliği ya da bunlarla ilişkili risklerin, önceden teklif fiyatı oluşturmaya izin vermediği istisnai durumlarda” bu usule başvurulabilir. İhtiyaç duyulan onarımların miktarının tamir işleri başlıyana kadar açık bir şekilde görülemeyeceği onarım hizmetleri bu duruma örnek olarak verilebilir.

¹⁶ 2004/18/AT sayılı yönergenin ilanlı pazarlık usulüne müracaat edilebilecek hallerden birisi olan 30(1)(c) maddesine göre; “bazı hizmetlerin niteliği gereği, ihale dokümanlarının ihalenin açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulüne ilişkin kurullar çerçevesinde sonuçlandırılmasına izin verecek şekilde yeterli bir kesinlikle oluşturulamadığı durumlarda” bu usule başvurulabilir. Bu durum, yapım işi dizaynını içeren hizmetler gibi genel fikri mülkiyete ilişkin hizmetlerin yanı sıra Yönergenin Ek II A listesinin 6. kategorisi kapsamına giren sigorta, bankacılık ve yatırım hizmetleriyle ilgili olarak ortaya çıkabilir.

¹⁷ WILLIAMS Rhodri, op.cit., 2004, s.156-157

konu olabilir.¹⁸ Mali ve/veya yasal açılardan projeye ilgili koşulların baştan belirlenmediği projeler de malî ve hukukî yönden ‘özel karmaşık’ nitelikte ad edilip bu türdeki projeler rekabetçi müzakereye konu olabilir.¹⁹

Teknik yönden karmaşık projeler açısından teknik güçlük, idarenin ihtiyacını karşılayacak araçları tanımlayamadığı ya da gerçekleştirmek istediği hedeflere ulaşmayı sağlayacak araçları belirleyemediği durumlarda söz konusu olur.²⁰ Bu da ya proje konusu işle ilgili ihale dokümanını (şartnameyi) oluşturmanın imkansız olduğu durumlar ya da birden fazla teknik çözümün olduğu ancak hangisinin idarenin ihtiyaçlarına cevap verebilecek en iyi çözüm olduğu hususunun baştan belirlenmediği projeler ve durumlardır.

Mali ve/veya yasal açılardan bir projenin karmaşık olması hususu da aslında Kamu Özel Sektör Ortaklıkları için yazılmış bir koşuldur. Ancak AB Komisyonunun da belirttiği üzere bir projenin Kamu Özel Sektör Ortaklığı olarak adlandırılması tek başına o projenin ‘yasal ve/veya mali açıdan karmaşık’ nitelikte sayılması açısından yeterli değildir. Bu ‘karmaşıklık’ idare açısından subjektif olarak değil objektif olarak projeye yönelik olması ve idarece bunun ortaya konulması lazımdır. Bu müphemlikten yola çıkılarak idarelerin rekabetçi müzakere usulüne başvurma açısından geniş bir takdir hakkına sahip olduklarını söylemek ise güçtür. Aksi durum idarelerin yapacakları subjektif bir değerlendirme neticesinde bu usule başvurmalarını da kendi takdirlerine bırakır. 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin rekabetçi müzakere usulü tanımına bakıldığında bu usulün ancak istisnai durumlarda başvurulabilecek bir usul olduğu ve sınırlı durumlarda uygulanabileceği ile bu usule başvurmak açısından gerekli koşulların da çok dar yorumlanması gerektiği göz önüne alındığında idarelerin bu usule başvurma açısından geniş bir takdir haklarının olduğunu ileri sürmek doğru değildir.²¹

¹⁸ Nitekim Komisyon rekabetçi müzakere için açıklayıcı bir not yayınlamıştır. Bkz. European Commission, (CC/2005/04 rev.1 of October 15, 2005) *Explanatory Note--Competitive Dialogue--Classic Directive* (2005), <http://simap.eu.int>, adresinden ulaşılabilir.

¹⁹ 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin giriş kısmının (dibacesinin) 31 no’lu paragrafı.

²⁰ WILLIAMS, Rhodri, op.cit., 2006(a), s. NA110.

²¹ TREUMER Steen, op.cit., 2006(b), s.312.

Dolayısıyla, bu ibare uyarınca üye devletlerin ulusal mevzuata aktarım yaparken, bu konuda idarelerin subjektif ve yerinde olmayan değerlendirmesine mahal bırakmayacak şekilde önceden belirlenmiş standartlar oluşturması gerekmektedir. Böylesi bir bakış açısı, yakın gelecekte yorumlarla ilgili pek çok soruyu gündeme getirecektir. Bu açıdan, yönergenin 1.11(c) maddesinde ‘son derece karmaşık’ bir ihaleyi tanımlama çabasının da öngörülen açıklıktan yoksun olduğu söylenebilir.

Esasen yönergenin 23. maddesinin alt paragraflarına atıfta bulunarak, idarenin ihtiyaç veya amaçlarını yerine getirebilecek teknik araçlar denilirken, idarelerin genel amaçlarını gerçekleştirebilecek bilgi, teknoloji veya yöntemler gibi araçları kastettiği söylenebilir. “*Hukukî ve/veya malî yapı*” ifadesi, düzenlemenin ihaleye dayalı yapısını önceden belirlemenin ve proje finansmanıyla ilgili temel ihale koşullarının zorluklarını göstermektedir.²²

Bu usule başvurulması ihtiyacının özellikle önemli entegre altyapı projelerinin, büyük bilgisayar ağlarının veya mali ve yasal yapısı önceden tanımlanamayan karmaşık ve yapılandırılmış finansmana sahip projelerin uygulanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkabileceği yönünde yönergenin başlangıç kısmında yapılan açıklamanın ise bu konudaki belirsizliği ve sorunu çözmeye yarayacak faydayı sağlayamadığı ileri sürülmüştür.²³

Adalet Divanı, istikrarlı bir şekilde kamu ihale yönergesi kurallarından muafiyet sağlayan derogasyonların çok dar ve kısıtlı yorumlanması gerektiğini her fırsatta ifade etmiştir.²⁴ Rekabetçi müzakere usulüne başvurulması açısından da bu usulün istisnai durumlarda başvurulacak bir ihale usulü olmasından dolayı idareler bu ihale usulüne başvurulmasına gerekçe olan durumları açıkça ortaya koymak ve gerektiğinde bu durumu ispat etmekle yükümlüdürler.²⁵

²² WILLIAMS Rhodri, “The Commission’s explanatory notes”, *Public Procurement Law Review*, 2006(a), 4, NA109-118, s. NA110.

²³ ARROWSMITH Sue, *op.cit.*, 2005, 10.6, s.635.

²⁴ BROWN Adrian, “Grounds for failing to advertise a contract for a conveyor-belt system: a note on C-394/02 Commission v Greece”, *Public Procurement Law Review*, 2005(c), 5, NA111-113, s.NA 112;

²⁵ WILLIAMS Rhodri, *op.cit.*, 2004, s.157.

Yönergenin 29. maddesine göre, ‘son derece karmaşık bir ihaleyi’ rekabetçi müzakere usulüyle sonuçlandırmak isteyen bir idare, ihalenin karara bağlanmasını yalnızca içinde fiyat dışı unsurların da yer aldığı ekonomik açıdan en avantajlı teklif kriteri temelinde gerçekleştirebilir.

Bu usulde pazarlık usulünden farklı olarak proje konusu işe ilişkin henüz fizibilite ve ön planlama çalışmalarından evvel idare ihale sürecine başlayabilmektedir. Rekabetçi müzakere usulü ile gerçekleştirilen Kamu-Özel Sektör İşbirliği projelerinde yaygın uygulama bu ihale usulünde öncelikle bir fizibilite ve ön planlama çalışması yapılmasıdır.

B. Fizibilite ve Ön Planlama Çalışmaları

İdareler rekabetçi müzakere usulü ile alımı yapılacak projelerde öncelikle ilgili projenin teknik, finansal, ekonomik, hukuki, çevresel, sosyal ve kurumsal yapılabilirliklerini analiz eden ve risk değerlendirmelerini de içeren kapsamlı rapor hazırlar. Yönergede rekabetçi müzakere usulüne başvurulmadan önce fizibilite çalışması yapılması gereğine ilişkin bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bununla birlikte, rekabetçi müzakere usulüne başlanmadan önce özellikle KÖİ projelerinde genellikle yaygın bir uygulama olarak bir fizibilite çalışması yapılmaktadır.

Bu çalışma aslında proje için seçilen teknik, hukukî ve malî yapının fizibilitesi ve yapılabilirliğidir. Yapılabilirlik etüdü, bu açıdan idarelere ihale konusu projenin yapılan fizibilite çalışması ışığı altında hangi model ve yapıyı tercih etmelerinde önemli bir şekilde yol gösterici olmaktadır. Bu şekilde bu ihale usulünde idarelerin bir fizibilite çalışması yapması, öncelikle ihale konusu projenin ekonomik yönden uygulanabilirliği ve verimliliğinin karşılaştırmalı olarak farklı modeller (imtiyaz veya klasik bir kamu ihalesi olarak) altında bir değerlendirme yapma imkanını verir. İdareler yönerge uyarınca ister imtiyaz niteliğinde ister klasik anlamda bir kamu ihale sözleşmesi niteliğinde olan bir KÖİ projesini rekabetçi müzakere usulü ile yapmaları halinde karmaşık nitelik arz eden bu projelere ilişkin fizibilite çalışması yapılması gereğine üye devletlerin kendi iç mevzuatında yer vermeleri bu açıdan önemlidir. Üye devletlerin imtiyaz niteliğinde olan KÖİ projeleri için bir fizibilite çalışması yapılmasını

zorunlu kılmaları ve klasik kamu ihale sözleşmesi niteliğinde olan KÖİ projeleri açısından böyle bir zorunluluk öngörmemeleri de mümkündür.

C. İlan Aşaması

Rekabetçi müzakere usulü ihale ilanı ile başlar. AB üyesi ülkelerindeki ihale makamları açısından da ilan zorunluluğu eşik değerlere göre belirlenir. 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinde belirtilen eşik değerleri aşan ihalelerin Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde (ABRG'de) ilan zorunluluğu bulunmaktadır. AB üyesi ülkelerden Portekiz ülkesinde ise rekabetçi müzakere usulü ile gerçekleştirilecek ihalelerin eşik değerlere tabi olmadan ABRG'de yayımlanma zorunluluğu getirilmiştir.²⁶

Aslında rekabetçi müzakereye konu projelerde önceden yaklaşık maliyetin tespitinin zorluğu da bu noktada ayrı bir sorundur. Zira ihale makamı kendi ihtiyacı için en uygun çözüm veya çözümlerin ne olduğunu ihale başlangıç aşamasında kendisi bilmemekte ve bu yüzden bir maliyet fiyatı tahmininde bulunmak da bu aşamada çok zordur. İhale ilanı ile birlikte ihale dokümanında bir teknik şartnamenin de henüz ihale başlangıç aşamasında hazırlanarak ihaleye katılmak isteyen müteşebbislere verilmesi bu usulün doğası gereği özellikle teknik yönden karmaşık olan projeler açısından zordur. Teknik şartname yerine ihale başlangıç aşamasında ihale konusu işe ve idarenin ihtiyacına ilişkin açıklayıcı bir takım betimlemelerin yapılması daha uygun görünmektedir. Bu yöndeki işi ve ihtiyacı tanımlayıcı dokümanın açık ihale usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usulündeki teknik şartnameden çok daha az detaylı olması mümkündür. Yönergenin 29. Maddesinin (6) ve (7). fıkraları göz önüne alındığında ihale ilanı ile ihtiyaç tarifinin yapıldığı tanımlayıcı doküman içerisindeki temel ve esaslı unsurların süreç içerisinde değiştirilemeyeceği hususu da göz önüne alındığında bu konuya dikkat edilmesi gerektiği anlaşılacaktır.²⁷

İhale ilanının kapsam olarak belli istekliler arasındaki ihale usulündeki ön yeterlik ilanı ile aynı bilgileri içermesi (adayların ekonomik ve mali yeterlikleri ile mesleki ve teknik yeterliklerini belirtmesi) ve ihale konusu iş ile idarenin

²⁶ Bkz. Portekiz Kamu İhale Yasasınının 208(2) maddesi.

²⁷ WILLIAMS, Rhodri, op.cit, 2006(a), s. NA110.

ihiyaç tarifini yukarıda açıklandığı şekilde ifade etmesi gerekmektedir. Yönerge en başta açık bir şekilde idarenin (ihale makamının) katılımcılara belli bilgileri temin etmesini gerekli kılmış (örneğin ihalenin karara bağlanması kriterleri ve ihale süreci aşamalarında isteklilerin elenip elenmeyecekleri, belli bir sayı aralığında istekliyle müzakere yapılması öngörülüyorsa kendileriyle müzakere yapılacak isteklilerin asgari ve azami sayısı) ve genel şeffaflık ilkesi altında bazı diğer bilgileri de belirtmelerini öngörmüştür. Aslında şeffaflık ilkesi gereği idarelerin, tespit edilen (belli olan) usule ek birtakım prosedürlerin yürütülmesi de öngörülmüşse katılımcılara bu hususlara ilişkin bazı temel bilgilerin sağlanmasını da gerektirir.

İhale dokümanında aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere ihaleye katılan aday ve isteklilere ihaleye katılmaları halinde yaptıkları masrafları karşılayacak bir tazminat verilir verilmeyeceği ile sunacakları çözümlerin idarece diğer isteklilerle paylaşılması karşılığında herhangi bir ödemede bulunup bulunulmayacağına belirtilmesi gerekmektedir. Şayet bu yönde bir düzenleme öngörülmüşse idarece bu hususun ayrıca ihale ilanında da belirtilmesinde fayda vardır.

D. Ön Yeterlik ve Davet Aşaması (Adayların Başvurusu ve Uygunluk Değerlendirmesi Aşaması)

İhale ilanı üzerine başvuruda bulunan adayların yeterlilikleri (uygunluk değerlendirmeleri) incelenir. Yönergenin 44(3) maddesi uyarınca müzakereye davet aşamasında davet edilip kendileriyle müzakere yapılacak isteklilerin sayısının üçten az olmaması gerekmektedir.

Ancak idareler kendileriyle müzakere için davet edeceği adayların sayısının üçten fazla ve yeterli sayıda adayın olabileceğini düşündüğü uygun hallerde müzakereye davet edeceği maksimum aday sayısını da gerçek bir rekabeti temin edecek şekilde belirleyebilir. Bu anlamda isteklilerin müzakere için davet edeceği maksimum aday sayısına ilişkin herhangi bir bağlayıcı kural bulunmamaktadır. Yani idareler, yeterliği uygun bulunan ve kendileriyle müzakere yapacağı aday sayısını üçten az olmamak ve gerçek bir rekabeti temin edecek şekilde kendisi belirleyebilir. Ancak idareler rekabetçi müzakere usulünde

kendileriyle müzakere yapılacak aday sayısını üçten az olmamak üzere makul ve sınırlı bir sayıda tutmalarında fayda vardır. Yoksa yeterlik değerlendirmesi üzerine uygunluğu bulunan tüm adayların müzakere aşamasına davet edilmesi müzakere aşamasını daha karmaşık hale getirebilir, süreci uzatabilir ve rekabetçi müzakere usulünü tıkayabilir. İdareler ihale ilanında müzakereye davet edilecek maksimum aday sayısını belirtmezlerse, bu durumda aranan şartlara sahip tüm adayları çağırmaları gerekmektedir. İdareler ihale ilanında müzakere yapmak üzere davet edeceği adayların sayılarını sınırlayabilir.

Yönerge hükümlerine göre rekabetçi müzakere usulünde tedarikçilerin ekonomik ve mâli durumu, mesleki ve teknik kapasiteleriyle ilgili olarak bir yeterlik tespiti yapılması öngörülmüştür. Yönergenin 29(3) maddesinde yönergenin 44 ve 52. maddelerine göre yeterliği tespit edilen adaylarla müzakere yapılacağı belirtilmiştir. Bu değerlendirme uyarınca yetersizliği tespit edilenlerin değerlendirme dışı bırakılmaları aynen belli istekliler arasındaki ihale usulünde olduğu gibidir. Böylece davet aşamasında –aynı zamanda tekliflerin sonuçlandırılması aşamasında– bu sebeplerden ötürü firmaları değerlendirme dışı bırakma imkânı aynen belli istekliler arasındaki ihale usulü ile aynı olacaktır.

2004/18/EC sayılı yönergenin 44.3 maddesinde, rekabetçi müzakere usulü bağlamında ve idarelerin teklif vermeye davet edeceği istekli sayısı ile ilgili bir aralık belirledikleri durumlarda aday sayısının üçün altında olmasının gerçek rekabeti sağlayacak derecede yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Aynı, idarelerin azami sayıda aday davet etmeyi tercih etmesi durumunda da geçerlidir. Bir idarenin rekabetçi müzakere usulü bağlamında teklif vermeye davet etmeyi düşündüğü kişilerin sayısı hiçbir şekilde üçten az olamaz. Eğer belirlenen sayıda (üçten az olmayacak şekilde) asgari dört, beş veya altı adayla müzakere yapılacağı belirtilmesine rağmen bu sayıdan daha az örneğin asgari beş adayla müzakere yapılacağı belirtilmesine rağmen sadece üç veya dört uygun aday (yeterliği uygun bulunan) yeterli bulunmuşsa o zaman idare usule bu isteklilerle devam edebilir. İdarenin davet edeceği istekli sayısı ile ilgili bir aralık (müzakerelerde bulunacağı istekli sayısı ile ilgili asgari ve azami istekli sayısı) belirledikleri durumlarda seçim kriterlerine ve gerekli ehliyete sahip aday sayısının idarenin öngördüğü asgari sayının altında olması durumunda idare,

gerekli ehliyete sahip ön yeterliği geçen adayları davet ederek usule devam edebilir.²⁸ İdare öngördüğü bu asgari aday sayısına ulaşmak amacıyla yeterlik kriterlerine göre uygun olmayan aday veya uygun olup da katılma talebinde bulunmayan müteşebbisleri sürece dâhil ederek usule devam edemez. Ancak bu sayı için altına düşerse usule devam etmek mümkün gözükmemektedir.

İdare, yeterliği tespit edilen adayları idarenin ihtiyacını gidermeye ilişkin çözümlerini sunmaya davet eder. Davetin belli bazı şekil koşullarıyla uyumlu olması (*ABRG’de yayımlanan ihale ilanına ilişkin sayı ve ihale usulüyle ilgili bir takım bilgileri içermesi, son başvuru tarihi, ihale makamınca uygun görülmüşse müzakere aşamasında ihale makamının ait olduğu ülkenin ulusal dil veya dilleri dışında kullanılacak yabancı diller*) gerekmektedir. Üye devletler genelde adayların sunacakları çözümlerin ihale makamının ait olduğu ülke dili veya dillerini kullanmaları öngörülmüştür.

İdarenin ihtiyaç tarifini ön yeterlik aşamasından sonra bütün detaylarıyla vermesi gerekmektedir. Bu nedenle idare sadece teklif vermeye davet edeceği adaylara tam olarak ihtiyaç tarifini yapar ki müzakere aşamasında istekliler bu noktada artık idarenin tarif ettiği ihtiyaca yönelik çözüm önerilerini geliştirebilsinler.

E. Müzakere Aşaması

Rekabetçi müzakerede bizatihi içindeki “müzakere” kelimesinden de açıktır ki, isteklilerle müzakerelere izin verilmiştir. Müzakerenin amacı 29(3) maddesinde idarenin ihtiyaçlarına cevap verebilecek en iyi çözüm ve araçları teşhis etme ve tanımlama olduğu belirtilmiştir. Bu şekilde idareler, müzakere aşamasında kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir ya da daha fazla uygun alternatif çözümler yaratmak amacıyla veya birden fazla teknik çözümün olduğu ancak hangisinin idarenin ihtiyaçlarına cevap verebilecek en iyi çözüm olduğu hususunun tespiti amacıyla usule kabul edilen adaylarla müzakere yürütür. İdareler müzakere aşamasında yönergenin 44 ve 52. maddelerine göre yeterliği daha önce tespit edilen adaylarla mesleki ve teknik yeterliği belirlenen adaylarla

²⁸ SUE ARROWSMITH, op.cit, London, 2005, 8.27, s.578.

ihale konusu projenin bütün yönlerini görüşebilir. Bu aşamada ihale konusu işe ilişkin sadece teknik boyutlar değil fiyat, maliyet, gelir vs. gibi ekonomik parametreler ile risklerin dağılımı ve sınırlamaları, garantiler ve özel bir şirket kurulup kurulmayacağı gibi hukuki boyutlar ile sözleşmenin diğer bütün boyutları bu isteklilerle görüşülür.²⁹

2004/18/AT sayılı yönergede adayların bu aşamada sadece tek bir çözüm sunabileceklerine ilişkin herhangi kısıtlayıcı hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla üye devletler rekabetçi müzakere usulüne ilişkin yasal düzenleme yaparken müzakere aşamasında adayların birden fazla çözüm sunup sunamayacaklarına ilişkin bağlayıcı bir düzenleme yapabilecekleri gibi bu hususu idarelerin keyfiyetine bırakacak şekilde bir yasal mevzuat öngörebilirler. Adaylara tek bir çözüm sunmalarına cevaz vermek bazı yönlerden avantajlı olmakla birlikte bazı yönlerden de dezavantajlıdır. Tek bir çözüm sunulmasına cevaz verilmesi adayların kendi imkanları dahilinde olan birden fazla çözüm içerisinde en uygun buldukları çözümü idareye sunmalarını, ileri süreçleri çözüme daha çok odaklanmalarını ve çözümlerin sayısını azaltacak olup bu da idare açısından bir zaman tasarrufuna yol açar. Ancak burada belli bazı projelerde örneğin sadece birkaç firmanın faaliyet gösterdiği ve uzmanlaştığı bir alanda isteklilerden bu yönde birden fazla çözüm sunmalarına imkan verecek bir düzenleme yapmak daha uygun düşer. Dolayısıyla üye devletlerin idareler açısından bu konuda bağlayıcı düzenleme olarak adaylardan sadece tek bir çözümü sunmalarını istemeye zorlayacak bir düzenleme yerine bu konuyu somut proje ve ihtiyaca göre idarenin takdirine bırakacak bir yasal düzenleme yapmak daha uygun düşer.

İstekliler tarafından sunulan çözümlerin nasıl değerlendirileceğine ilişkin 2004/18/AT sayılı yönergede hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte burada yapılacak değerlendirmenin AT Antlaşmasının genel hükümleriyle uyumlu olması gerekmektedir. Ancak üye devlet uygulamalarına bakıldığında bu aşamada istekliler tarafından sunulan çözümlerin bir jüri heyeti tarafından ön incelemeye tâbi tutulduğu, bazı şekil koşulları yönünden (örneğin, son başvuru

²⁹ WILLIAMS Rhodri, op.cit, 2006(a), s. NA111.

tarihine riayet etmeden sunulan çözümlerin kabul edilmediği veya kabul edilmeyen bir dil ile çözüm sunulması halinde teklifin kabul edilmediği), ayrıca idarenin ihtiyacını karşılaması açısından açıkça yetersiz görülen çözümlerin de değerlendirme dışı bırakılması yoluna gidildiği tespit edilmiştir.³⁰ İlanda ve dokümanda belirtilmesi kaydıyla; ihalenin birbirini izleyen aşamalar halinde gerçekleştirilmesi ve dokümandaki değerlendirme esasları kullanılarak bazı çözüm önerilerinin elenmesi suretiyle, bir sonraki aşamada görüşülecek çözüm önerilerinin azaltılması öngörülebilmektedir.³¹ Burada dikkat edileceği üzere burada elemenin isteklinin kendisinin elenmesi şeklinde değil yapılan elemenin sunulan çözüme yönelik olması gerekmektedir. İsteklinin tek bir çözüm sunması halinde ise elbette ki artık burada tek çözüm sunan isteklinin çözümünün elenmesi isteklinin de elenmesi sonucunu doğuracağı aşikârdır.³²

Portekiz mevzuatına göre bu aşamada Jüri bilahare idareye sunulan çözümlerin hangisinin değerlendirme dışı bırakıldığı ve kabul edilip edilmediğine ilişkin bir rapor sunmakta ancak bu rapor idareler açısından bağlayıcı olmamaktadır.

2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesine bakıldığında aslında ihale dokümanının özellikle teknik şartnamenin hazırlanması yönünden idarece isteklilerin sunacağı çözümlerden istifade edilerek oluşturulmasını öngördüğü söylenebilir. Aslında idare sunulan çözüm önerilerinden yola çıkarak kendisinin ihtiyacını karşılayacak en iyi tek bir çözüme veya birden fazla çözüme ulaşabilir. Ancak, idarelerin, kendi düşüncelerinde var olan bir çözümün sadece ilgisi olduğunu düşündükleri kısımlarla ilgili olarak ve tek bir çözüme ulaşılmasına katkı sağlayan unsurlarıyla değil isteklilerin sundukları çözümlerin her birisi için bütün detaylarıyla ilgili olarak müzakere süreci geliştirmeleri daha doğru olur. Dolayısıyla, idarelerin müzakere aşamasında isteklilerle sundukları çözüme ilişkin yapacakları görüşmelerde sunulan çözümlerin her biri içerisinde idarenin ihtiyacının karşılanmasına en uygun düşebilecek araç ve unsurların bütün detaylarına girmelerinde fayda vardır. Dolayısıyla, idarelerin yapacakla-

³⁰ Portekiz Kamu İhale Kanununun 212(2) maddesi.

³¹ 2004/18/AT sayılı Yönergenin 29(4) maddesi.

³² WILLIAMS Rhodri, op.cit, 2006(a), s. NA111.

rı müzakerelerde özellikle teknik şartname açısından en uygun olacak çözüm veya çözümlerin tanımlanması ile oluşturulmasında her bir istekli tarafından sunulan çözüm içerisinde yer alan ve kendi ihtiyacının karşılanması açısından uygun olacağını düşündüğü konu ve araçları müzakerelerde detaylandırmasında fayda vardır.

İdare müzakere aşamasında teklifleri azaltma yönünde bir öngörude bulunmuşsa müzakere sürecinde bir isteklinin çözümünü ihtiyacına cevap verir nitelikte bulmasına rağmen o çözümü (teklifi) diğer çözümler (teklifler) karşısında yeterli derecede uygun görmemişse bu istekliyi sonraki aşamaya devam sürecinde eleyebilir. Aslında buna cevaz veren bir ulusal mevzuat tescisi ve idarelerin böyle bir uygulama yapmayı tercih ederek ihale dokümanını hazırlamaları bu anlamda önemlidir. Bu imkan idarelere rekabetçi müzakere usulünde esneklik sağlayacağı gibi yetersiz ve uygun olmayan çözümlerle idarelerin daha fazla vakit kaybetmelerinin de önüne geçilmiş olur. Bu husus ön yeterlik sürecini geçen çok sayıda firmanın olması durumlarında da daha çok önem arz eder. Müzakere aşamasında çok sayıda firma ve yetersiz çözümlerle uğraşmak süreci uzatacağı gibi maliyeti de artırır. Bu nedenle idarelerin müzakere aşamasında uygun olmadığı anlaşılan çözümlerin daha fazla tartışılması ve geliştirilmesi ile uğraşmalarının önüne geçme imkanı vermek doğru olur. Bu açıdan müzakere sürecinin aşamalarında eleme süreci öngörmenin bu şekilde faydaları vardır.

Yapılacak müzakerelerde izlenmesi gereken müzakerelerin tutanağa bağlanması, bu tutanakta yer alması gereken hususlar, toplantıların bildiri mi, müzakerelerde yer alabilecek isteklilerin temsili vs. gibi konularda 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinde herhangi bir husus yer almamaktadır. Ancak yönergenin 29. maddesinde yapılacak müzakerelerde eşit muamele ilkesinin teminine ilişkin olarak özel bir değinmede bulunulmuştur.

Yönergenin 29(3) maddesi idarelerin (ilanlı pazarlık usulündeki gibi) müzakere süresince tüm isteklilere eşit muamele edilmesini garanti edeceğini ve özellikle buna bazı isteklilere diğer istekliler karşısında avantaj sağlayacak ayrımcı nitelikli bilgilerin verilmesinden kaçınılmasının da dâhil olduğunu açık

bir şekilde ifade etmiştir.³³ Bu hükmün dercedilmesinin sebebi; isteklilerin, idarenin gizli bilgilerini ve özellikle, başka isteklilerce kullanılacak olan önerdiği çözümlere ilişkin ayrıntıları ifşa edebileceği korkularından dolayı ihaleye katılımdan kaçınmalarını önlemek içindir.

Tedarikçilerin bilgilerinin gizliliğini temin eden 29(3) maddesinin sadece iç hukukta gizli olarak kabul edilen (sınıflandırılan) bilgileri kapsayıp kapsamadığı veya gizlilik kavramı için ayrı bir gereklilik (şart) koşup koşmadığı açık değildir. 29(3) maddesi, ulusal hukuka özel bir atıf yapmadığından bağımsız bir gereklilik (şart) oluşturduğu iddia edilebilir. Eğer yönergenin 29(3) maddesi, bağımsız bir gereklilik (şart) oluşturuyorsa, hangi bilgilerin tam olarak bu kapsamda kaldığına dair ciddi belirsizlik olacaktır.

Eğer ihale makamı ihale ilanında veya ihale dokümanında açık bir şekilde bazı belli bilgileri açıklama hakkını saklı tutarsa ve bunu ihaleye katılma koşulu yaparsa katılımcıların burada ifşayı kabul ettiği düşünülmektedir.

29(3) maddesi kapsamında eğer katılımcılar belli bir bilginin açıklanmasına karşı iseler bu bilgi açıklanamaz ve onların katılmaları için kendilerine izin verilmelidir. Bununla birlikte, eğer bu yaklaşım özellikle gizli bilgilerin tanımlanması konusundaki katı yaklaşımla birleştirilirse, idarelerin en iyi çözümleri tespit edip en uygun şekilde paranın karşılığını alarak tasarruf sağlama- larını önleyecek ve rekabetçi müzakere usulünü kullanmalarına engel teşkil edebilecektir, bu da bu prosedürün etkinliğini önemli oranda bozmuş olacaktır. Uygulamada, rekabetçi müzakere usulü için farklı tekliflere göre bir şartname (belirleme) geliştirmek yaygındır. Bilgilerin ifşasının sınırlandırılması suretiyle istenen geniş katılımın amacı daha fazla katılım ile rekabete ulaşılmasıdır; ancak eğer farklı çözümlerin kullanımı konusundaki takdir hakkı çok kısıtlanırsa gerçekleşen rekabet etkili olmayacaktır.

İhale makamının ihale ilanında veya ihale dokümanında açık bir şekilde belli bazı bilgileri açıklama hakkını saklı tutar ve bunu ihaleye katılma koşulu

³³ 2004/18/AT sayılı yönergenin 29(3) maddesinde; “İdareler, müzakereye taraf olan bir adayın önerdiği çözümü ya da verdiği gizli bilgileri ilgili adayın rızası olmaksızın diğer katılımcılarla paylaşmayacaktır.” açıklaması yer almaktadır.

yapar ve bu şekilde bütün katılımcılar ihaleye katılmayı seçtiklerinde bilgilerinin ifşasına dair ihtimallerin tam olarak farkında olmasının basit olarak temin edilmiş olması yönündeki yorumla yönergenin hedeflerine en iyi şekilde ulaşılacaktır. Bu konu temelde, idarelerin her ihaleden önce ihale konusu projeye ilişkin olarak ihale süresince katılımın teşvikinin, ilgili şartların ihale ilanına veya ihale dokümanına yapılacak eklemelerle bilgilerin ifşa edilmiş olmasının oluşturacağı katılım riskine karşı nasıl bir dengeleme yapılacağına her bir olayda ayrı karar verilmesi gerçeğine işaret eder.

Bir ihale makamı eğer ihale ilanında veya ihale dokümanında açık bir şekilde belli bazı bilgileri açıklama hakkını saklı tutarsa ve bunu ihaleye katılım koşulu yaparsa (bunu tercih ederse), şartnamede çözümleri kullanılanlara bir sonraki bölümde açıklanan hükümlere göre tazminat verilmesini öngörebilir.

Yönergenin 29(8) maddesi açık bir şekilde şunu ifade etmektedir; “*İdareler müzakere sırasında katılımcılara fiyat ya da ödemelerle ilgili bilgi (açıklama) verebilir (yapabilir)*”. Bu hükmün dahil edilmesinin amacı karmaşık ihaleler için bazı değerlendirme aşamalarına (usullerine) katılım maliyetleri çok yüksek olabilir, ve buna göre idareler katılımı teşvik ve rekabeti artırmak için katılımcılara bir miktar ödemede bulunmak isteyebilirler. Aşağıda açıklanacağı gibi bu düzenleme idarelere, ihale konusu projeye ilişkin çözüm önerileri şartnameye dahil edilen isteklilere önerilerini kullanması ve diğer tedarikçilerle paylaşması karşılığında bir ödeme yapmasına imkan sağlar.

Aslında yönerge herhangi bir ihale usulünde idarelerin böyle ödeme yapmalarına engel değildir ve buna göre bu ödemeler sadece rekabetçi müzakerede değil bütün prosedür (ihale usullerinde) çeşitlerinde uygulanabilir. Rekabetçi müzakere için böyle açık bir hükmün enjekte (dahil) edilmiş olması diğer ihale usullerinde ihaleye katılanlara ihaleye katılım karşılığında ödeme yapılmasının men edilmiş olduğu anlamına gelmez. Ancak rekabetçi müzakere usulünde bu hüküm sadece rekabetçi müzakerede bu prosedür bağlamında özel bir mevzu olması nedeniyle bu imkanı açıklamaktadır. Bu hüküm uyarınca yapılacak ödeme, ihaleye katılan isteklilerin karmaşık projeler için sunacakları tekliflerin onlara maliyetinin karşılığı olarak öngörülebileceği gibi isteklilerin

ihale sürecinde sunacakları çözümlerin idare tarafından ifşa edileceği koşulu karşısında bir istekli tarafından sunulan çözümün diğer isteklilerle paylaşılması ve bu çözüm temelinde tekliflerin alınması halinde bu istekli veya isteklilere ödeme yapılabilmesi anlamında kullanılabilir. İdareler bu yönde düzenleme yaparak ödeme yapmalarına imkan verilmesi ile bu yöndeki takdir haklarını kullanmaları hususu her bir proje konusu iş bazında ayrı değerlendirme yapmalarını gerektirir.

Bununla birlikte, bu hükmün diğer bir muhtemel yorumu, rekabetçi müzakereye özgü olarak üye ülkelerin kendi münferit ihale makamları aracılığıyla böyle ödemeleri yasaklamasının önüne geçmektir.

F. Nihai Teklif Aşaması

Bir idare müzakere aşamasını resmî olarak bitirdiğinde son aşama olan nihai teklif aşamasını başlatmalıdır. Bu bağlamda 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 29(6) maddesi şu ifadeyi içermektedir; “İdareler, müzakerenin sonuçlandığını ilan ettikten ve katılımcıları durumdan haberdar ettikten sonra, müzakere aşamasında sunulan ve belirlenen çözüm ya da çözümler *temelinde katılımcılardan nihai tekliflerini sunmalarını isteyecektir.*”

Buna göre, nihai teklif aşaması müzakere aşaması bittikten ve kapatıldıktan sonra gerçekleştirilir. Nihai teklif aşaması ya en iyi çözüm ya da farklı çözümler temelinde gerçekleştirilir. İhale sonucu davet edilen tüm isteklilere bildirilir. 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 29(6) maddesine göre son aşamada; müzakere aşamasında idarenin tespit ettiği çözüm veya müzakere aşamasında isteklilerin sundukları farklı çözümler temelinde nihai teklifleri vermeleri istenir.

İlk olarak şu açıktır ki ihale makamı “*müzakere aşamasında*” katılım için davet edilenlerin tümünü nihai teklif aşamasında son tekliflerini almak üzere davet etmek zorunda değildir. Daha önce açıklandığı gibi, yönerge, müzakere aşaması sürecinde eleme evresine açıkça müsaade etmektedir.

2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesi son tekliflerin sunulması aşamasında katılımcıları davet için resmî bir davetiye öngörmektedir. 29(2) mad-

desine göre bu davetiye ihalenin karara bağlanması kriterini, teknik şartname veya şartnameleri, tekliflerin alınmasının bitim tarihi, tekliflerin gönderilmesi gereken adresi ve tekliflere ilişkin dili (dilleri) göstermelidir. Bu davetin hangi isteklilere gönderileceği de ayrı bir tartışma konusudur. İdare müzakere aşamasında bir eleme öngörmüşse o aşamada elenen çözümleri sunan isteklileri davet etmek de anlamsız olacağından bu isteklilere söz konusu davetin gönderilmesine gerek yoktur. Bununla birlikte müzakere aşamasında birden çok çözümün uygun bulunması halinde artık nihai teklif aşamasında teklifte bulunulması ile ilgili davetin daha önceki aşamalarda değerlendirme dışı bırakılmayan ve çözümü uygun görülen tüm isteklilere kendi çözümleri temelinde nihai tekliflerini sunmaları için bir davetiye gönderilir. Ancak idare müzakere aşamasında tek bir çözüm temelinde hazırladığı ortak bir teknik şartnameye göre teklif sunulmasını istiyorsa bu durumda daha önceki aşamalarda değerlendirme dışı bırakılmayan tüm isteklilere bu ortak teknik şartnameye göre (tek bir çözüm temelinde) nihai tekliflerini sunmaları istenir.

İsteklilere müzakere süreci içerisinde sunulan ve belirlenen çözüm ya da çözümler çerçevesinde nihai tekliflerin alınması için yapılan davetin müzakere aşamasında neye hitap edildiğinin (üzerinde konuşulanların) sınırları içerisinde olmalı ve örneğin, ilanda tarif edildiği şekilde projenin kapsamında kalsalar bile yeni gereklilikleri içermemelidir.

2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 29(7) maddesinde; “İdareler, ihale duyurusu ya da açıklayıcı belgelerde belirtilen ihale sonuçlandırma *kriterleri çerçevesinde alınan teklifleri değerlendirecek ve 53. madde uyarınca ekonomik olarak en avantajlı teklifi seçecektir.*” ifadesi yer almıştır. Buna göre ihaleyi kazanan bu son tekliflere göre seçilmelidir. İhalenin son aşamasının gerçekleştirilmesi, yönergenin 29(6) ve 29(7) maddelerinde belirtilen hükümler dışında aşağıda tartışılacak olan muhtelif diğer hükümler tarafından da düzenlenmiştir.

Nihai teklif aşamasında asgari kaç tane istekli mevcut olmalıdır?

Nihai teklif aşamasında kaç tane isteklinin davet edileceğine ilişkin olarak, yönergenin 44(4) maddesi şu ifadeyi içermektedir: “*son aşamada yeterli çö-*

zümleler ya da uygun adaylar olması durumunda davet edilmesine karar verilen aday sayısı gerçek rekabet ortamını sağlamalıdır". Rekabetçi müzakeredeki "son teklif aşaması", pazarlık usulündeki ihale makamının sunulan teklifler çerçevesinde ekonomik açıdan en avantajlı teklifi seçtiği bir "son aşama" gibi gözükmektedir. Buna göre bu aşamada gerçek bir rekabet olmalıdır.

Müzakere aşaması için gerekli olan asgari katılım sayısının - en az üç – nihai teklif aşaması için asgari sayıya da işaret ettiği savunulabilir. *Arrowsmith*, rekabetçi müzakere kapsamında kalan ve yüksek maliyeti olan bazı karmaşık ihaleler için bu durumun mantıklı olmayabileceğinden daha mantıklı bir görüş olarak bir idarenin sadece iki istekliyi davet edebileceğini belirtmiştir. *Arrowsmith*, yönergede ilanlı pazarlık usulünde bazı durumlarda iki istekli sayısının nihai teklif aşamasında muhtemelen yeterli sayı olacağı belirtilmiş olduğundan aynı ilkenin rekabetçi müzakere için de uygulanması ve bu sayının davet edilmesine karar verilen aday sayısı olarak gerçek rekabet ortamını sağlaması açısından yeterli olduğunu belirtmiştir. Burada iki sayısının yeterli çözümler ya da uygun adaylar olması durumu için geçerli olduğunu belirtmekte fayda vardır.

"Nihai teklifler" ne kadar tam ve nihai olmalı?

Yönergenin 29(6) maddesi şu ifadeyi taşımaktadır, "son teklifler projenin ifası için gerekli olan ve talep edilen unsurların tamamını içermelidir". Yönergenin 29(7) maddesi de şunu ifade etmektedir; idare, ekonomik olarak en avantajlı teklifi seçtikten sonra "idarenin talebi üzerine, ekonomik olarak en avantajlı teklifi sunan istekliden teklif içeriğine açıklama getirmesi ya da teklifte belirttiği taahhütleri teyit etmesi istenebilir, ancak bu durum, teklif ya da teklif çağrısında esaslı değişikliklere yol açmaması ve rekabeti bozucu ya da ayırıcı nitelikli bir etki yaratmaması gerekir." Bu husus üzerinde daha sonradan uzlaşma sağlamak üzere tefrik edilecek konuların kapsamının geniş olmadığına işaret etmektedir. Örneğin, rekabetçi müzakerede tarafların bazı önemli risklerin dağılımı konusunu açık bırakmaları mümkün değildir.

Bu husus tekliflerin detaylarının tamamlanması için bir kısım hareket serbestisinin olduğunu ima etmektedir. Maddede geçen "açıklama" ve "teyit"

kelimeleri çok sınırlı izlenim vermelerine rağmen madde metninin teklif ya da teklif çağrısında esaslı değişiklikleri yasaklayan ikinci kısmı düşünöldüğünde bunlara geniş anlam vermemek gerektiği ortaya çıkmakta ve aşığıda daha ayrıntılı tartışıldığı gibi teklifte bazı değişiklikleri de içeren önlemlere de cevap verildiği sezinlenmektedir.

Örneğin, bir Kamu-Özel Sektör Ortaklığına dayanan bir hastane yapımı işi ihalesi gibi bir inşaat kullanımını da içeren ihaleler için en iyi teklifi seçmek amacıyla ayrıntılı inşaat dizaynı üzerinde yeterli seviyede bir bilgi gereklidir. Bu küçük ayrıntılar belli odaların tam dizaynı gibi maliyet üzerinde hiç veya çok az etkisi olan ve muhtemelen daha sonradan tercih edilen teklif ile tamamlanması mümkün olan küçük ayrıntılardır. Maddede geçen “açıklama” ve “teyit” kelimeleri böyle bir yapım işinde oda dizaynlarında yapılacak bazı ayrıntı değişiklikleri gibi hususlarda bir açıklama oluşturabilir gibi görünmektedir. Bu imkan ayrıca aşığıda tartışılacağı gibi tercih edilen teklifin seçiminden sonra bazı konuları tamamlamak için de mümkündür.

Benzer olarak, bir Kamu-Özel Sektör Ortaklığına dayanan bazı projelerde bir ön-tahmini çerçeve maliyet etrafında teklif sahibinin ihale sonrası yapacağı araştırmalarla kesin maliyete ilişkin detayları tamamlamak mümkün olabilir. İhale öncesi bazı projelerde teklifler için tam maliyeti oluşturmak mümkün olmayabilir. Buna, örneğin, Kamu-Özel Sektör Ortaklığına dayanan yapım ve kullanım (bazı kısımların işletimi) işi ihalesi gibi bir yapının bazı kısımlarının kullanımını da içeren bir ihalede belli hizmetler için isteklinin teklifiyle, hizmet ifa mekanizmasının tam detaylarının tamamlanmasına (hizmet ödemesinin boyutunun riskte olması gibi) teklifin uygulanmasıyla gerçekleşmesi (halinde) koşuluyla izin verilebilir.

Teklifin gerçekleştirilmesinin (uygulanmasının) bir parçası olarak son teklif aşamasında bütün istekliler için bu detayları oluşturmak orantısız bir maliyete yol açabilir. Bu nedenle maddede geçen “açıklama” ve “teyit” kelimeleri, teklif ya da teklif çağrısında esaslı değişiklikleri içermeyen ve belli bir teklif bağlamında kabul edilen terimlerin nasıl uygulanacağını bir açıklaması şeklinde algılamak gerekmektedir.

İdarenin nihai teklif davetinde, tekliflerin değerlendirilmesi kriterlerini şeffaflık ve eşit muamele ilkelerini ihlal etmeyecek şekilde yeniden oluşturması veya tamamlaması imkanı da vardır. Bunun aynı zamanda ihale ilanı ve ihale dokümanın temel özelliklerini değiştirmemesi, rekabeti ihlal etmemesi ve ayırımçı uygulama yapılmasına cevaz verir nitelikte olmaması gerekir. Bu düzenlemeden anlaşılmaktadır ki nihai teklifler idarenin talebi üzerine açıklanabilir, tamamlatılabilir ve düzeltilebilir. Ancak, idarenin bu uygulamasının da rekabeti ihlal edici veya ayırımçılık yapılması yasağını ihlal edici nitelikte olmaması gerekir. Ayrıca ihale üzerinde bırakılan ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi istekliden ihale sürecinde teklifiyle ilgili verdiği taahhütlere ilişkin taahhütname vermesi istenebilir. Bu işlemin de temel prensiplerle uyumlu olması gerekir.

Bu çeşit sorunları tercih edilen istekli ile çözmek birkaç ayı alabilir, fakat bu gerçek tek başına onları açıklamaya ilişkin sorunlar şeklinde kabul etmeye bir engel olarak görülmemelidir. Bu hükmü yorumlarken şu hususu hatırd tutmak elzemdir, tercih edilen istekli ile böyle bir tamamlama yöntemini kabul etmek diğer muhtemel durumlara göre nihai teklif aşamasında daha çok tedarikçiyi dâhil etmeyi pratik kılacağından rekabete yönelik yararlı etkisi olabilir.

Sonuçta, rekabetçi müzakere usulünde nihai tekliflerde sunulacak ve tercih edilen teklif seçildikten sonra görüşülecek önerilen standart terimlerin önemsiz (küçük) yönlerine ilişkin bazı hususları kabul etmek için bir imkanın (hareket alanı) var olduğu anlaşılmaktadır. Şu husus da söylenebilir ki, ihaleyi kazananın seçiminden önce tekliflerin ilk ibraz edildiğinde daha henüz tam olmadığı durumda teklifleri tamamlamak için biraz hareket alanı (bir takım imkanlar) vardır.

Nihai tekliflerin şekli

Rekabetçi müzakerede tekliflerin şekline yönelik özellikle de elektronik ortamda alınan teklifler için belli özel şartlar (gereklilikler) söz konusu olmakla birlikte müzakere aşamasında sunulan tekliflere diğer ihale usullerinde teklif için belirtilen şekil şartlarının uygulanması da tartışmalıdır. Burada genel olarak “teklif” ifadesi olarak atıf yapıldığı için bu şekil şartı rekabetçi müzakere-

de sunulan tekliflere de uygulanır görünmektedir. Bu şekil şartları, müzakere aşamasında sunulan tekliflere uygulanmasa bile yönergenin bizatihi kendisinin açıkça “teklifler” terminolojisini kullanmasından dolayı bunların nihai tekliflere de uygulanması gerektiği açıktır.

II. REKABETÇİ MÜZAKERE USULÜNDE İHALENİN SONUÇLANDIRILMASI

A. Rekabetçi Müzakere Teklif Değerlendirme Kriteri

İhale makamı, diğer ihale usullerinde, ihale üzerinde bırakılacak istekliyi seçerken değerlendirme kriteri olarak genellikle ya en düşük fiyat esasını ya da ekonomik açıdan en avantajlı teklif esasını uygular. Rekabetçi müzakere usulünde ise değerlendirme kriteri olarak sadece ekonomik açıdan en avantajlı teklif kriteri esas alınabilir.³⁴ Bunun nedeni, burada istekliler muhtemeldir ki farklı çözümler sunacaklar ve aralarındaki farklılıkların, bu farklı teklifler karşılaştırılırken dikkate alınması gerektiğindedir.

Bu konu dışında, idarelerin teklif değerlendirme kriterleriyle ilgili takdir yetkisinin denetimi, değerlendirme (ihaleyi sonuçlandırma) yöntemi, kriteriyanın bildirilmesi (açıklanması) dahil olmak üzere ihaleyi sonuçlandırma (değerlendirme) kriterlerinin kullanımına ilişkin kurallar açık ihale usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usulü ve pazarlık usulündekiyle genellikle aynıdır.

Rekabetçi müzakere usulüne katılanların elenmesine dair evre daha önce ifade edilen sonuçlandırma kriteri uygulanarak yapılmalıdır: Rekabetçi müzakere için (ayrıca pazarlık usulü için de) bu kural 44(4) maddesinde ifade edilmiş, bu kurala göre yapılabilecek herhangi bir eksiltme “*ihale ilanı, şartname ya da açıklayıcı dokümanlarda belirtilen sonuçlandırma kriterleri çerçevesinde gerçekleştirilecektir*”. Bununla birlikte, eksiltme yönteminin seçebilmesi hususu, sadece bir tedarikçinin en iyi teklifi sunabilmesinin mümkün olmadığını gösterir muhakeme yapmaya yeterli bilgiyi içermesi gerekir yoksa bu husus eksiltme yönteminin kullanıldığı durumlarda idarenin bütün katılımcılardan tam olarak tekliflerini sunmalarını gerektirmez.

³⁴ 2004/18/AT sayılı yönergenin 29(1) maddesi.

Bununla birlikte, şeffaflık prensibi gereğince, eğer idare bütün aşamalarda aynı kriteri uygulamaya niyetli değilse bunu daha baştan açık bir şekilde belirtmesi gerekir (ve farklı aşamalarda hangi kriterleri uygulayacağını da belirtmelidir). Müzakereye katılım için yapılan davetin yayınlandığı anda bütün aşamalar için sonuçlandırma (değerlendirme) kriterinin saptanmış olması gerektiği gözükmektedir. Bununla birlikte, daha sonradan bu kriterin değiştirilmesi mümkün olabilir. Tekliflerin değerlendirilmesine ilişkin kriterler müzakere aşamasındaki süreç içerisinde değiştirilebilir. Ancak bu değişikliğin eşit muamele ve şeffaflık ilkelerini ihlal etmemesi gerekir.

B. Rekabetçi Müzakere Usulüyle İlgili Diğer Açıklamalar

2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 24. maddesinde alternatif teklife ilişkin belirtilen kurallar diğer ihale usullerinde uygulandığı gibi aynı şekilde rekabetçi müzakereye de uygulanır.

2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinin 55. maddesinde aşırı düşük tekliflere ilişkin kurallar diğer ihale usullerinde uygulandığı gibi aynı şekilde rekabetçi müzakereye de uygulanır.

C. Kazanan Seçilmeden Önce Son Tekliflerde Düzeltme ve Tamamlama Yapmanın Kapsamı

Rekabetçi müzakerede, diğer ihale usullerinde olduğu gibi, idarenin, ihale üzerinde bırakılan istekliyi seçmeden önce katılımcılara sundukları tekliflerde düzeltme veya tamamlama yapmaya izin verip vermemesi önemli bir sorundur. Gerek 2004/17/AT sayılı gerekse 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergelerinde diğer ihale usulleri açısından bu soruna açıkça değinilmemiştir. Bununla birlikte, rekabetçi müzakere açısından 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergenin 29(6) maddesinde nihai teklifler için açık bir hüküm vardır. Bu hükme göre; *“İdarenin talebi üzerine söz konusu tekliflere açıklık kazandırılabilir, daha net olmaları sağlanabilir ya da gerekli düzenlemeler yapılabilir. Bununla birlikte, söz konusu açıklamalar, düzenlemeler, ayarlamalar ya da verilen ek bilgiler, rekabeti engelleyici ya da ayrımcı etkiye sahip olacak şekilde teklifin ya da teklif çağrısının temel özelliklerine değişiklikler getiremez”*.

Bir isteklinin teklifini iletmesine izin verip diğerlerine izin vermeme – örneğin, fiyatı düşürmek- diğer ihale usullerinde olduğu gibi eşit muamele prensibini (rekabetçi müzakere için 29(6) maddesinde belirtildiği gibi) ihlal ettiği aşikârdır. Bu rekabeti bozucu etki yapan ihalede temel özelliğe yönelik bir değişikliklerdir. Açık ihale usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usullerinde (en azından yeni ihale yapmadan) aynı imkan bütün katılımcılara tanınsa bile isteklilerin tekliflerini iletmeleri (iyileştirmeleri) amacıyla bunun için kendilerine izin verilmesi– örneğin, genel olarak tekliflerini (iyileştirmeleri) iletmeleri için müzakere etmek- yasaklanmıştır.

Bir argüman olarak, konusu daha karmaşık olan ihalelerin niteliği düşünlüdüğünde rekabetçi müzakere daha fazla esnekliğin mevcut olduğu ileri sürülebilir. Açık ihale usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usullerinde yer almayan ayarlama (fine-tuning) kavramı rekabetçi müzakere usulünde basit ve küçük ilerlemeleri kapsadığı şeklinde yorumlanabilir. Vakti bu olsa bile, ayarlama (fine-tuning) kavramı, muhtemelen, 29(6) maddesinin son cümlesindeki teklifin bahsedilen temel özelliklerine ilişkin sınırlardan farklı olan ve izin verilen değişiklikler üzerinde belli niteliksel ve niceliksel sınırları ifade eder. Eğer bu mümkünse, uygun olması halinde iletme (iyileştirme) imkanları bütün isteklilere önerilebilir. Alternatif olarak ayrıca ihale makamının; istekliler arasında ayırdetme imkanı veren bir haklı nedeni ve eşit muamele prensibinin hedefi olarak bu istekilerin kıyas götürmeyecek bir pozisyonda olduklarını göstermesi koşulu altında bir veya sınırlı sayıda istekliyle tartışmaya girmesi mümkündür.

Diğer yandan rekabetçi müzakere usulünün nihai teklif aşamasına yönelik olarak, son teklif aşaması öncesindeki tanınan esneklik tekliflerin tartışılması ve düzeltilmesi için yeterli fırsat (önceki ihale turları dahil olmak üzere bu turlar aracılığıyla) verdiğinden müzakereye dayalı iyileştirmeler bu aşamada (ilerlemeler) gerekli değildir. Bu görüş doğrultusunda, son teklif aşamasına gelindiğinde saydamlığın temini ve ayırıcılık riskinin azaltılması için tekliflerin nihai ve kesin olması gerekir.

D. Tekliflere İlişkin Detayların Tamamlanması ve Ek Bilgilerin İstenmesi

Diğer ihale usullerinde olduğu gibi ihale makamları ihalenin sonuçlandırılmasına ilişkin isteklilerden, ister unutulmuş olmaktan veya bizatihi istenmediğinden ister bir isteklinin sunduğu teklifin yeterli detayları içermemesinden kaynaklansın, teklife ilişkin ek veya daha ayrıntılı bilgi isteyebilirler. Böyle bir bilgiye ilişkin hüküm 29(6) maddesi kapsamında geçen ‘belirleme’ kavramı kapsamında kalır. Ek veya daha ayrıntılı bilgi talebi açık ve belli istekliler arasındaki ihale usulü için de konunun karmaşıklık boyutu baz alınarak (diğer etkenler hariç) izin verildiği ölçüde geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Aynı kural rekabetçi müzakere için de uygulanacak gibi gözükmektedir.

Diğer yandan, rekabetçi müzakere kapsamı içinde kalan ihalenin karmaşıklığı genellikle bazı esnekliğin mevcut olduğu anlamına gelir. Belli ki bu durum muhtemelen isteklilerin tekliflerine uygun olarak hareket edebilmelelerinin temini için kabul edilmiştir. Örneğin, Londra metrosuna ilişkin devlet yardımında, ihale makamı isteklilerin gücünün niteliğine ilişkin hususun isteklilerce yanlış anlaşılmış olabileceği şüphesiyle bunu kontrol etmek istemiş ve bu yüzden isteklilerden sundukları önerilerin detayı hakkında kendilerinden daha fazla bilgi istemiştir; bu çeşit bilginin rekabetçi müzakerenin son teklif aşamasında istenebileceği ileri sürülmüştür. Benzer olarak, eğer bir istekli teklifine kullanacağı personel sayısına ilişkin bir rakam verir ve ihale makamı bunun gerçekçi olabileceğine inanmamışsa, bunun gerçekliğini kontrol etmek için daha fazla bilgi talebinde bulunabilir. Bu husus muhtemelen ‘açıklama’ kavramı kapsamında kalır.

İhale makamı halihazırdaki bilgi açık olmadığı zaman en iyi teklif sahibini seçmede yararlı olacak daha fazla bilgiye ihtiyaç duyabilir. Örneğin, ayrıntılı dizaynlar hakkında bizatihi orijinal tekliflere göre daha fazla bilgi ihtiyacı, birbirine yakın olan iki teklif arasında seçim yapmakta yardımcı olabilir. Benzer olarak, eğer teklifler birbirine yakınsa idare kararını vermeden önce her bir isteklinin önerdiği yöntemler için ifa (yerine getirme) mekanizmasının nasıl işleyeceğini bilmek isteyebilir. Bu husus bir önceki olay için tekliflerin açıklanmasını, sonraki olay için de ayarlamayı (fine-tuning) getirdiği kabul

edilmektedir. Bununla birlikte yukarıda açıklandığı gibi, ihale makamları nihai teklifler çerçevesinde kazanan teklifin seçimini yapmak için yeterince tam olan son teklifleri istemek (aramak) zorundadırlar, ve eğer bu amaç için daha fazla detaylara ihtiyaç konusunda mantıken beklenti varsa bu yükümlülük vesilesiyle son tekliflerde bunun gerçekleştirilmesi gerekir.

2004/18/AT sayılı yönerge son tekliflere göre seçimin yapılmasını öngörmekte ve tekliflerin bu seçimi yapmak için yeterli bir şekilde tam olması gerekir. Eğer bu detayın isteklilerin tümünden değil de sadece iki veya üç istekliden temini ihtiyacı varsa o zaman bu konu için bu iki veya üç istekliden daha fazla alınacak resmi teklifle bunu yerine getirmek mümkündür – bu uygulama bizzatıhi yönergenin hedeflediği “*son aşamayı*” oluşturur. Belli detayları gerektirmeyen durumlarda (örneğin, ifa mekanizmasının uygulanması konusunda) son teklifler için çağrı yapma imkanının olup olmadığı konusu pek açık değildir, ancak açık bir şekilde bir seçimin orijinal (ilk) teklifler üzerinden yapılamaması halinde bunun zorunlu olabileceği ihtimali açık bırakılmıştır.

Değişiklik yapma arayışının diğer bir nedeni isteklilerin ihale makamının değişen gerekliliklerine göre tekliflerinde uyum sağlamalarını kabul etmek için olabilir.

Yönergenin 29(6) maddesine göre yapılacak ayarlamalar (fine-tuning) v.s. ihale makamının talebi üzerine gerçekleşir. Bu şart basit olarak; ayarlamalara (fine-tuning) izin vermenin ihale makamının takdirinde kalan bir husus olduğu ve isteklinin tek başına değişiklik yapma yetkisinin olmadığını ima eder gibi gözükmektedir. Bir istekli, bir problem için idarenin dikkatini çekmesinden dolayı idarece bu yönde bir talebin vukubulmamasının nedeni de yok gibi gözükmektedir.

E. İhalenin Karara Bağlanmasından Önce İhale Dokümanında Düzeltme ve Değişiklik Yapılabilmesi

İhale makamı ihale süreci içerisinde bazen şartnamelere ve şartlara (gerekliliklere) yönelik değişiklik yapmak isteyebilir – örneğin, bir KÖİ projesine yeni hizmetler eklemek veya yeni bilginin dikkate alınarak risk dağılımını değiştirmek için. Açık ihale usulü ve belli isteklikler arasındaki ihale usulü

ile ilanlı pazarlık usulü için eşit muamele ilkesi gereği eğer bir ihale makamı maddi (esaslı) bir değişiklik yaparsa, ki bu değişikliğin anlamı mantıken muhtemelen katılımcıların yapısını (sıfatını) değiştirecek bir değişikliktir, o zaman bu etkiyi önleyecek oranda (kadar) prosedürde geriye gidilmelidir. Aynı prensiplerin rekabetçi müzakere için de alakalı (ilgili) olduğu gözükmektedir.

Her ne kadar açık ihale usulü veya belli isteklikler arasındaki ihale usulü için ihale makamı ikinci bir teklif turu düzenleyemez ise de rekabetçi müzakere hem genel olarak daha fazla esneklik olması bu prosedürle uygunluk arz eder hem de bu prosedürün daha karmaşık projeler için ihdas edilmesi ve daha uzun ihale süreçleri içermesi ile sonuçta daha fazla potansiyel değişiklik gereksinimi yaratmasından dolayı bunun hala mümkün olduğu gözükmektedir.

Bu olayda, herhangi bir yeni teklif uygulaması – ya bazı yönlerden ya da tüm yönlerden – yeni gereklilikler temelinde yeni bir son teklif aşaması olarak kabul edilebilir, ve buna göre değişiklikleri 29(6) maddesindeki ayarlamalara (fine-tuning'e) v.s.'ye yönelik olarak hasretme sınırlandırmalarıyla bağlı değildir.

Yeni bir teklif (ihale) aşaması (usulü) olmadan düzeltmelerin yapılabilip yapılamayacağıdır. 29(6) maddesindeki ayarlama (fine-tuning) kavramında yeni bir teklif (ihale) turu olmadan bu yöntemle bazı değişikliklerin mümkün olabileceği savunulabilir. Eğer bu mümkünse bu tarz herhangi bir değişikliğin ayarlama (fine-tuning) kavramı tarafından işaret edilen belirli niteliksel ve niceliksel limitler içerisinde kalması gereği doğacaktır. Bununla birlikte, idarenin revize ettiği gereklilikleri (şartları) karşılamak üzere birden fazla istekli (tekliflerinde) değişiklikler yapma ihtiyacı içerisinde olduğu zaman, bunun ortak bir sona erme tarihine bağlı resmi öneriler aracılığıyla yapılması (aranması) gerekir

Kazananı tespit ettikten sonra ancak sözleşmeyi imzalamadan evvel yapılacak düzeltmeler ve açıklamalar

2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesinde diğer ihale usulleri için açık bir şekilde projeye veya tekliflere kazananın seçildiği aşamadan sonra ancak sözleşme imzalanmadan evvel yapılacak değişikliklerden bahsetmemişlerdir.

Pazarlık usulünde bu tür değişiklikler için geniş bir hareket serbestliği (yelpaze) var olmasına rağmen açık ve belli istekliler arasındaki ihale usulünde değişiklik yapma imkanı çok daha sınırlıdır, fakat belki ihalenin sonuçlandırılması aşamasından sonra yapılabilecek değişiklikleri düzenleyen benzer prensipler çerçevesinde bazı değişikliklerin yapılabilmesi mümkündür.

Rekabetçi müzakerede, bu noktada değişiklik yapma imkanı 29(7) maddesi ile açık bir şekilde düzenlenmiştir. Yukarıda bahsedildiği gibi, bu ilk önce şunu temin eder “*İdareler, alınan teklifleri değerlendirecek ... ve ekonomik olarak en avantajlı teklifi seçecektir.*” ve ondan sonra da: “*İdarenin talebi üzerine, ekonomik olarak en avantajlı teklifi sunan istekliden teklif içeriğine açıklama getirmesi ya da teklifte belirttiği taahhütleri teyit etmesi istenebilir. Ancak bu durumun, teklif ya da teklif çağrısında esaslı değişikliklere yol açmaması ve rekabeti bozucu ya da ayrımcı nitelikli bir etki yaratmaması gerekir.*”

İhaleyi kazanan açıklandıktan sonra ancak sözleşme imzalanmadan önce açıklamaya ilişkin yapılan atıf, yasal yükümlülöklere ilişkin tüm detayların tamamlanmasına ilişkin bazı hareket serbestisinin olduğuna işaret etmektedir. Bununla birlikte en son aşamada ihale uhdesinde bırakılan istekli seçildikten sonra isteklinin sunduğu teklif fiyatı gibi hususlar üzerinde müzakere yapma imkanı yoktur.³⁵

Bir yandan, açıklama ya da teyidin esaslı değişikliklere yol açmaması denilirken (ifade edilirken) burada esaslı olmayan değişikliklere kapı aralanmaktadır (imkan tanınmaktadır). Diğer bir yandan da “*açıklama*” ve “*teyit*” kelimeleri haliyle (doğal olarak) gerçek değişiklikler için imkan tanımamaktadır. Bununla birlikte, “*esaslı*” kelimesine herhangi bir etki tanımak için en azından değişiklik için buna imkan veren bir alanın bulunması gerekir. Bu nedenle bu aşamada yapılan görüşme artık yukarıda aktarılan müzakere aşamasındaki gibi bir pazarlık konusu değil tamamen “*açıklama*” ve “*teyit*” niteliğinde bir görüşme şeklinde cereyan eder.³⁶

³⁵ WILLIAMS Rhodri, op.cit, 2006(a), s. NA111.

³⁶ WILLIAMS Rhodri, op.cit, 2006(a), s. NA111.

Haklı nedenlerle belli bir hususun teyide bağlanmasının zorunlu olduğu ortaya çıkarsa bu durum söz konusu olabilir. Bununla birlikte, rekabetçi müzakerenin özel olarak finanse edilen projeler için bir usul temin etmek dahil olmak üzere ihdas amacı düşünüldüğünde, rekabetçi müzakerenin böyle ihaleler için yeterli bir prosedür temin ettiğini güvence altına almak için esnek bir yaklaşım gereklidir.

Burada önemli faktör teyidin rekabeti bozucu tehlike yaratmamasıdır. Bu koşulun anlamı, diğer prosedürlerde olduğu gibi, ihaleyi kazananın değişiklikten sonra da en avantajlı teklif olarak kalması gerekmektedir. Açık olmayan şey ise, izin verilen değişikliğin sözleşmeyi istekli açısından daha avantajlı (tercihli) yapıp yapmayacağıdır. Yeniden müzakere gerekli olduğunda anlaşmayı güvence altına almak için değişikliğin zorunlu olabileceğinin bilincinde olarak pazarlık usulünde buna sınırlı bir dereceye kadar izin verilmiştir. Yönergenin bazı değişikliklerin olabileceğini açıkça kabul ettiği düşünülerek aynı prensibin rekabetçi müzakerede de uygulanması gerektiği iddia edilmiştir. Bütün ihale usullerindeki gibi ihale makamı için sözleşmeyi geliştirecek (ilerletecek) değişiklikler için müzakere etmek mümkün gibi görünmektedir – örneğin, ek bir mali külfet yaratmayacak ileri bir dizayn (hususunda).

Bu sınırlar içerisinde eğer bir anlaşmaya varmak mümkün değilse, idare yeni bir ihale süreci veya belki, önceki isteklilerle yeni bir ihale turu başlatabilir (eğer hâlâ katılmaya hazırsalar). Ayrıca ihalenin son teklif aşamasında en uygun ikinci teklif sahibi firmayla karara bağlanması mümkün gibi görünmektedir (bu istekli ile gerekli teyitler ve açıklamaların yapılmasından sonra). Bununla birlikte, en iyi ikinci teklif sahibi ile görüşmeler başladığında, bu tartışmalar (müzakareler) başarısızlığa uğrasa da başlangıçta ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi tedarikçiye tekrar geri dönmek mümkün değildir. En iyi ikinci teklif sahibi ile bu anlamda görüşme yapılması ancak ihalede en avantajlı teklifi sunan isteklinin prosedürden kesin olarak düşmesi halinde düşünülebilir. Ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi tespit edildikten sonra idarece yapılacak herhangi bir tartışma (müzakere) ihalenin karara bağlanması sürecinin bir parçası olarak addedilmemelidir. Diğer bir yandan en iyi teklif sahibi isteklinin artık yarışma içinde olmadığı durumda ikinci en iyi teklif sahibi

isteklinin seçimi imkanını engelleyecek bir şey yok gibi görünmektedir. Genel olarak 2004/18/AT sayılı yönerge hükümlerine göre ihaleyi kazanan istekliyle bazı nedenlerden dolayı sözleşmeyi imzalamak söz konusu olmamışsa ikinci en iyi teklif sahibine geri dönmek mümkündür ve rekabetçi müzakere için başka bir kurala (düzenlemeye) gitmenin nedeni de yoktur.³⁷

Sonuç olarak şu husus vurgulanmalıdır ki; yukarıda bahsedilen prensipler makul ve pragmatik bir çözüm sunsa da 29(7) maddesi hükmü müphem olup, konu üzerinde önemli bir belirsizlik arz etmektedir. Bu belirsizlik, idarelerce KÖİ ihaleleri de dahil olmak üzere çok karmaşık ihaleler için rekabetçi müzakerenin kullanımında ciddi bir caydırıcı etki yaratabilir.

F. İhalenin Karara Bağlanması İle Sözleşme İmzalanması Arasındaki Bekleme (Durma) Süresi

İhale makamının kesinleşen ihale kararını ihaleye katılanlara yazılı olarak bildirilmesinden sonra belli bir zaman dilimi için sözleşmenin imzalanmasını ertelemesi gerekmektedir. Bu durum şüphesiz, yeni rekabetçi müzakere usulü için de uygulanacaktır.

11 Aralık 2007 tarihinde AB Konsey ve Parlamentosu, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde değişiklik yapan yeni yönergeyi³⁸ kabul etmiştir. Bu yönerge, yönergenin ABRG’de yayımlanmasını takip eden 20. günde yani 9 Ocak 2008 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, üye devletlere yeni yönerge ile öngörülen değişiklikleri iç hukuklarına aktarmaları için 20 Aralık 2009 tarihine kadar da süre verilmiştir.

2007/66/EC sayılı yönerge, isteklilerin ihale süreci içerisinde idarece alınan kararlara karşı başvuru yapılması konusunda ulusal denetim prosedürlerini geliştirmeyi amaçlamıştır. Bu yönerge, 2004/17/EC ve 2004/18/EC sayılı

³⁷ Bu hususa 2004/18/AT sayılı yönergenin başlangıç kısmınının 31 no’lu paragrafında değinilmiştir, rekabetçi müzakere için şunu ifade etmektedir: “.....rekabeti sınırlandıracak ya da engelleyecek şekilde kullanılmamalıdır..... ekonomik açıdan en avantajlı teklif sahibi olarak seçilmiş olan istekli dışındaki bir istekliyi sürece katmak suretiyle”.

³⁸ 89/665 ve 92/13 sayılı yönergelerde değişiklik yapan kamu ihalelerinin karara bağlanmasıyla ilgili denetim usullerinin etkiliğinin artırılmasıyla ilgili 2007/66/EC sayı ve 20 Aralık 2007 tarihli yönerge, [2007] OJ L335/31

maddî kamu ihale yönergelerinin kabulünü müteakip olarak 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerde değişiklikler yapılmasına ilişkin beklenen bir gelişmeydi.³⁹ Bu yeni yönerge, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı yönergelerin etkili yargısal denetimi sağlama konusundaki mevcut zayıf yönlerini ortadan kaldırmayı planlıyordu.

Aslında, Komisyon, Mayıs 2006'da, 89/665/EEC ve 92/13/EEC sayılı çözüm yönergelerine ilişkin olarak ihale süreci içerisinde ortaya çıkan uyuşmazlıkları gidermeye yönelik ulusal denetim usullerinde etkililiği artırmaya yönelik öneriler sunmuştu.⁴⁰

2007/66/EC sayılı yeni yönergede öngörülen düzenlemeye göre; idareler ihalenin karara bağlanmasından (ihalenin uhdesinde bırakılacağı firmayı belirlemesinden) sonra ihaleyi kazanan firma ile sözleşme yapılmadan önce en azından 10 günlük 'bekleme süresini' kapsayan bir zaman periyodu beklemesini gerektirir. Bu değişiklik, değerlendirme dışı bırakılan isteklilerin hukuka aykırı olarak alınan kesinleşen ihale kararlarının düzeltilebileceği zaman aralığı içerisinde etkili ve hızlı bir denetim usulünü başlatmalarına imkân tanır. Bu 'bekleme süresi' ihaleyi kazanamayan firmalara kesinleşen ihale kararını incelemeleri ve denetim usulüne başvurmanın kendi açılarından uygun olup olmadığını değerlendirme imkânı tanır. Eğer 'bekleme süresine' riayet edilmişse, yeni yönerge, belli koşullar altında ulusal mahkeme veya inceleme organlarının yapılan sözleşmeyi iptal etmesini ve 'hükümsüz' kılmasını gerektirir.⁴¹

Ulusal mahkemeler, böyle sözleşmelerin ancak, kamu yararı açısından daha üstün haklı sebepler mevcut ise yürürlükte kalabileceğini belirtmiştir. Bu tip durumlarda da sözleşmenin süresinin kısaltılması, idarî sorumlulara ceza verilmesi gibi olayın somut koşullarına göre etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımların uygulanması gerekir. Bu şekilde, 'hükümsüzlük' yaptırımının uygulanama-

³⁹ WILLIAMS Rhodri, "The Commission's proposal for a new Remedies Directive", 2006(b), 5 NA *Public Procurement Law Review*, s. 141-144.

⁴⁰ COM(2006) 195 final.

⁴¹ HENTY Paul, "OGC consultation on the implementation of the new Remedies Directive", *Public Procurement Law Review*, 2009, 1NA, s. 50.

diği bazı durumlarda alternatif yaptırımlar uygulanması söz konusu olacaktır.

Kısaca, yeni yönerge özellikle, sözleşme imzalanmadan önce ihlallerin önlenebileceği bir aşamada etkili denetime olanak verecek değişiklikleri hayata geçirmeyi hedeflemiştir. Bu amaca yönelik olarak, rekabetçi müzakere usulünde bekleme süresinin en erken ön yeterlik ilanını müteakiben başvuran adaylardan başvurusu uygun bulunmayanlara yönelik bu yöndeki bildirim kendisine yapılmasından itibaren başlayacağı söylenebilir. Bu bekleme süresi nihai teklif aşamasında ise, kesinleşen ihale kararının ihalede ekonomik açıdan en avantajlı teklifin seçildiğinin diğer isteklilere bildirilmesi ile başlar. Farklı bir görüş olarak da buradaki nihai teklif aşamasında bekleme süresinin daha erken bir aşamada yani ihale makamı tarafından tercih edilen isteklinin diğer katılımcılara bildirilmesi ile başlayacağı da belirtilmiştir. Buna dayanak olarak da tercih edilen isteklinin teklifi üzerinde bilahare tekrar bir görüşme yapıp ondan ‘açıklama’ veya ‘teyid’ istenebilecek ise de mümkün olan en erken sürede bekleme süresinin bu yönde yapılacak bildirimle işlemeye başlamasının diğer istekliler açısından etkili bir denetime daha fazla olanak vereceği ileri sürülmüştür.

Ayrıca, müzakere aşamasında tedrici olarak bir eleme yapılması öngörülebileceğinden bazı isteklilerin de bu şekilde değerlendirme dışı bırakılmaları halinde bu istekliler açısından bekleme süresinin kendilerine yapılan bildirim ile başlaması gerektiği söylenebilir. Sonuç olarak, rekabetçi müzakere usulünde yukarıdaki evrelere göre bekleme sürelerinin uygulanmasının doğru olacağı düşünülmektedir.

G. Prosedürün Tatmin Edici Teklifler Bulmada Başarısız Kalması

Rekabetçi müzakere usulü bazen ihale sözleşmesi için uygun bir taraf bulmada başarısız kalabilir. Açık ihale usulü ile belli istekliler arasındaki ihale usulünde hiç teklifin gelmemesinden veya sadece uygun olmayan isteklilerden teklif gelmiş olmasından dolayı sözleşme için bir (yüklenicinin) tarafın bulunamadığı durumlarda bir idare ihaleyi ilansız pazarlık usulüne göre yapabilir. Bununla birlikte rekabetçi müzakerenin (veya ilanlı pazarlık usulünün) başarısız olması halinde benzer bir hüküm yoktur. Muhtemeldir ki mahkemeler

analoji yaparak bahsedilen imkanı başarısız kalan rekabetçi müzakereye de teşmil edebilirler (uygulayabilir); fakat aynı zamanda bu husus ilansız pazarlık usulü uygulamasının dar yorum ilkesine tabi tutulması ile uygun görülmeyerek kabul edilmeyebilir.

İdareye ulaşan tekliflerin uygun olmaması nedeniyle bir prosedürün başarısız kalması halinde rekabetçi müzakere için tatbikat aynen açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulündeki gibidir, İdare bu durumda pazarlık usulünü kullanabilir. Bu, prosedürün resmi kurallarına uygun olarak teklif sunan bütün isteklileri müzakereye davet ettiğinde, ilansız pazarlık usulü de olabilir; aksi halde ilanlı pazarlık usulünü kullanmak durumundadır. Bu kural, aynı zamanda yeni direktife göre açık ihale usulü, belli istekliler arasındaki ihale usulü veya rekabetçi müzakere de idarenin sadece “ *kabul edilmeyecek*” teklifler alması halinde de uygulanır.

Bir idare birçok nedenden dolayı ihaleyi karara bağlamadan prosedürü sona erdirmek isteyebilir. Bu durumda rekabetçi müzakere için uygulanacak kurallar aynen açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulündeki gibidir.

SONUÇ

AB kamu ihale mevzuatına 2004/18/AT sayılı kamu ihale yönergesi ile giren rekabetçi müzakere usulü yeni bir ihale usulü olmakla birlikte geleneksel ihale usullerine göre idarelere geniş bir esneklik tanımaktadır. Bu usul AB kamu ihalesi kuralları kapsamında kalan idareler açısından devrim niteliğinde bir usuldür. Zira diğer ihale usullerinde idarelerin ihale dokümanını (idari ve teknik şartnameler ile ihale konusu projeyi) oluştururken isteklilerle görüşme yapabilmesine bu ihale usulü imkan tanımaktadır. Diğer ihale usullerinde ise istekliler idarenin oluşturduğu ihale dokümanı ve tanımladığı projeye göre teklif vermekte, projeye yönelik dokümanın hazırlanması aşamasına müdahil olamamaktadırlar.

Rekabetçi müzakere usulü, belli istekliler arasındaki ihale usulü ile ilanlı pazarlık ihale usulüne ait ortak özellikleri olsa de kendine özgü bir ihale usulüdür. Belli istekliler arasındaki ihale usulünden farklı olarak rekabetçi müzake-

re usulünde ihale sözleşmesinin her yönüne ilişkin müzakere yapılabilmesine olanak tanınmaktadır. İlanlı pazarlık usulünden de farklı olarak rekabetçi müzakere usulünde müzakerelerin esas olarak ihale sürecinin belli bir aşamasında yoğunlaşmış olmasıdır.

Bununla birlikte pazarlık usulüne başvurma nedenleriyle rekabetçi müzakere usulüne başvurma nedenleri arasında büyük bir benzerlik bulunmaktadır. Örneğin, idarelerin yukarıda da açıklandığı üzere rekabetçi müzakere usulünün kullanılabilmesi için bir gereklilik olan ‘son derece karmaşık ihalelerin’ tanımında teknik yöntemleri belirleyememesi, pazarlık usulüne başvurulmasının temel sebeplerinden biri olan, ihale şartnamelerinin (özellikle teknik dokümanın) tam bir kesinlikle oluşturulamamasına benzemektedir.

Aynı şekilde, pazarlık usulüne başvurma sebeplerinden biri olan ‘önceden teklif fiyatının oluşturulamaması da ‘son derece karmaşık ihalelerin’ sonuçlandırılmasında rekabetçi müzakere usulüne başvurma sebeplerinden biri olan bir projenin ‘mali yapısını’ objektif bir şekilde belirleyememeye (Yönergenin 1.11(c) maddesindeki duruma) benzemektedir.

Tüm bunlar dikkate alındığında, rekabetçi müzakere usulünün tanımındaki belirsizlik ve pazarlık usulünün kullanılabileceği bazı durumlara ilişkin var olan benzerliği nedeniyle, benzer özelliklere sahip ihalelerde hangi ihale usulün kullanılmasının doğru olacağını belirlemek bazen çok güç olabilir. Bu durum, rekabetçi müzakere usulüne başvurulması uygun görülmeyen pek çok durumda rekabetçi müzakere usulünün kullanılması veya daha da kötüsü idarelerin uygun görülen durumlarda bu usule başvurmak yerine daha aşına oldukları pazarlık usulüne başvurmaları riskini ortaya çıkarmaktadır.

Dolayısıyla, tüm bu sebeplerden ötürü, gerek ulusal düzeyde, gerek Topluluk düzeyinde kamu ihalesi alanında düzenleyici faaliyette bulunma yetkisinde olan ilgili kurumların rekabetçi müzakere usulüne ilişkin açıklayıcı bir müdahalede bulunmaları, bu yeni usulün başarısının belirlenmesinde ve AB yasa koyucusunun amaçları açısından öngörüldüğü üzere kamu ihale usullerinde daha fazla esneklik sağlanmasında önemli bir rol oynamaktadır.

Rekabetçi müzakere usulünün uygulanması esnasında izlenecek süreçle il-

gili olarak, 29. madde idarelerle teklif sahipleri arasında bir müzakere aşaması olması gerektiğini açıkça ifade etmektedir. Bu husus, açık ihale usulü ve belli istekliler arasındaki ihale usulüne göre ayırt edici bir özelliktir. Ayrıca, bu müzakerenin teklifin verilmesinden sonra gerçekleştiği pazarlık usulünün aksine rekabetçi müzakere usulünde söz konusu müzakere teklifin verilmesinden önce gerçekleşir.

Rekabetçi müzakere usulü idarelere karmaşık nitelik arz eden özellikle Kamu-Özel Sektör İşbirliği projelerinin ihale sürecinin gerçekleştirilmesi açısından önem taşır. İdarelerin rekabetçi müzakere usulüne başvurmaları açısından geniş bir takdir hakkına sahip olduklarını söylemek ise güçtür. Bir projenin Kamu-Özel Sektör İşbirliği olarak adlandırılması tek başına o projenin ‘yasal ve/veya mali açıdan karmaşık’ nitelikte sayılması açısından yeterli değildir. Bu ‘karmaşıklık’ın idare açısından subjektif olarak değil objektif olarak somut projeye yönelik olması lazımdır. Bu nedenle bu ihale usulüne başvurabilmele-ri açısından idarelerin yukarıda izah edilen gereklilikleri karşılamaları gerekmektedir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

ARROWSMITH Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd edition, Sweet & Maxwell, London, 2005, 10.1, s.629.

BROWN Adrian, “Grounds for failing to advertise a contract for a conveyor-belt system: a note on C-394/02 Commission v Greece”, *Public Procurement Law Review*, 2005(c), 5, NA111-113, s.NA 112.

CIARA Kennedy-Loest, “What can be done at the preferred bidder stage in competitive dialogue?”, *Public Procurement Law Review*, 2006, 6, 316-326, s.318.

HENTY Paul, “OGC consultation on the implementation of the new Remedies Directive”, *Public Procurement Law Review*, 2009, 1NA, s. 50.

TREUMER Steen, “The field of application of competitive dialogue”, *Public Procurement Law Review*, 2006(b), 6, 307-315, s.310.

WILLIAMS Rhodri, “The new Procurement Directives of the European Union Public Procurement Law Review, *Public Procurement Law Review*, 2004, 4, s. 153-159, s.156-157.

WILLIAMS Rhodri, “The Commission’s explanatory notes”, *Public Procurement Law Review*, 2006(a), 4, s. NA109-118, s. NA110.

WILLIAMS Rhodri, “The Commission’s explanatory notes”, *Public Procurement Law Review*, 2006(a), 4, NA109-118, s. NA110.

WILLIAMS Rhodri, “The Commission’s proposal for a new Remedies Directive”, 2006(b), 5 NA *Public Procurement Law Review*, s. 141-144.

**ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA
1982 ANAYASASI'NIN 14. MADDESİNDEKİ TEMEL HAK VE
ÖZGÜRLÜKLERİN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI**

*“Prohibition of Abuse of Fundamental Rights and Freedoms” in the
Decisions of the Constitutional Court of Turkey*

Dr. Yunus HEPER *

ÖZET

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, önce 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde ve daha sonra da 1982 Anayasası'nın 14. maddesinde yer almıştır. Bu yasak, her iki Anayasada da temel hak ve ödevler bahsinde düzenlenmiş ve sınırlama rejimi ile birlikte ele alınmıştır. Ayrıca Anayasalarda yer aldığı şekliyle bu yasak, temel hak ve özgürlükleri korumayı değil, sınırlamayı esas almış ve temel amacı devleti korumak olmuştur. Bu yasağın öznesinin birey, korunması hedeflenenin ise devlet olmasının bir sonucu olarak Anayasa Mahkemesi hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağını başta ifade ve siyasi parti özgürlükleri olmak üzere pek çok anayasal hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasında kullanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, devleti korumak, hak ve özgürlükleri korumak.

ABSTRACT

The rule of “prohibition of abuse of fundamental rights and freedoms” was first enacted in Article 11 of the 1961 Constitution, and is now in force under Article 14 of the 1982 Constitution. In both documents, this rule appears in sections that lay out basic rights and obligation and include principles for their exceptional restriction. In practice, however, the implementation of the rule has drawn a profile of restriction against human rights with the excuse of protecting the state. As a result, this rule has not served to shield individuals from each other, but the state from people. This paper analyzes the decisions of the Constitutional Court of Turkey, especially through cases of freedom of speech and dissolution of political parties, in which this rule has become an object of abuse.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü/Hâkim, yunus.heper@anayasa.gov.tr

Key Words: prohibition of abuse of fundamental rights and freedoms, state protectionism, protecting rights and liberties

◆◆◆◆

GİRİŞ

Temel hak ve özgürlüklerin varlığının ve tanınmasının doğal sonucu onların kullanılmasıdır. Buna karşın günümüz demokrasilerinde, özgürlüğün sınırsız olamayacağı kabul edilmekte ve özgürlükler çeşitli nedenlerle sınırlandırılmaktadır. Günümüzde özgürlüklerin sınırlandırılması, yaygın olarak, özgürlüklere yönelik sınırlama nedenlerinin anayasalarda belirtilmesi biçimindedir. Bundan başka anayasalarda, sınırlama sürecinde uyulması gereken ilkeler ve sınırlamanın sınırına ilişkin kurallar da gösterilebilmektedir. Özgürlüklerin anayasa kuralları ile sınırlandırılması, özellikle katı anayasa sistemini benimseyen ülkelerde, bireyler için devlet iktidarına karşı bir güvence oluşturmaktadır. Böylece anayasadaki güvencelerin kolayca ortadan kaldırılması engellenebilmektedir.

Temel hak ve özgürlükler rejiminde, sınırlama ile kötüye kullanma ise ayrı olgular olarak kabul edilmektedir. Sınırlama, temel hak ve özgürlüklerin normatif alanını çizerken, kötüye kullanma kavramı, çizilen normatif alan içerisinde ancak dürüstlük kurallarına açıkça aykırı bir şekilde, meşru bir amaç dışında ve başkalarına zarar verecek veya zarar görme tehlikesi doğuracak bir şekilde hakkın kullanılmasını ifade etmektedir. O halde sınırlama “belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa’da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların Yasakoyucu tarafından daraltılması”¹ iken bundan farklı olarak kötüye kullanma yasağı, hakkı korumayan ve norm alanı dışında kalan durumların açıklanmasıdır. Buna bağlı olarak temel hakların sınırlandırılması yetkisi tamamen siyasi iktidarların yetkisindedir. Temel hakların kötüye kullanılması yasağı ise hem siyasi iktidarları hem de bireyleri bağlar.²

¹ Anayasa Mahkemesi, 20.1.1993 Tarih, E.1992/36 K.1993/4 sayılı Karar.

² Kapsamlı bir tanım için bkz. Eren, Abdurrahman, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gereklere**, İstanbul: Beta Yayınları, 2004, ss.23-24.

I. 1982 ANAYASASINDA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANMASI VE TEMEL HAKLARIN KÖTÜYE KULLANILAMAMASI

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, 1982 Anayasası'nın 14. maddesinde ve 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde düzenlenmiştir. Her iki düzenleme de içerik yönünden birbirlerine koşuttur ve yine her iki düzenleme de temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi kapsamında yer almıştır. Aslında hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımı yasağı; Fazıl Sağlam'ın işaret ettiği gibi nesnel sınırlılık temelinde düşünülebilecek ve sınırlama rejimi ile teknik anlamda bütünleştirilemeyecek bir konudur.³ Fakat Türk anayasa hukukunda hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı bazı nedenlerden dolayı sınırlama rejimi ile birlikte ele alınmaktadır. Bu sebeplerden birincisi, kötüye kullanma yasağının hem 1961 ve hem de 1982 Anayasalarında temel hak ve ödevler bahsinde düzenlenmiş olmasıdır. İkincisi, maddelerin içerikleri itibariyle temel hak ve özgürlükleri korumayı değil, sınırlamayı esas alması ve üçüncüsü ise her iki anayasada da anayasa koyucunun düzenleme ile güttüğü amacın devleti korumak olmasıdır.

1982 Anayasası, temel hak ve özgürlükleri üçlü bir sınırlama sistemine tabi tutmuştur: 13. maddedeki temel hak ve özgürlüklerin genel nedenlerle sınırlanması, temel hak ve özgürlüklerin kendi maddelerindeki sınırlama nedenleriyle sınırlanması ve 14. maddedeki temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı. Bu sonuncusu, Tanör'ün deyimi ile temel hakların sınırlandırılması sistemine üçüncü emniyet kayışı olarak getirilmiş genel bir yasaklama ve yaptırım hükmüdür.⁴

1982 Anayasası, 12. maddesinde, herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu belirtmiş; bu hakların, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da içerdiğini söyledikten sonra sınırlamalara geçmiştir. Temel hak ve

³ Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1982, s.85.

⁴ Tanör, Bülent, **İki Anayasa 1961-1982**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, s.122.

hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13. maddenin ilk haline göre genel sınırlama sebepleri şunlardı: Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması. Ayrıca Anayasa'nın ilgili maddelerinde de sınırlama sebeplerine yer verilmekteydi.

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 13. madde yeniden düzenlenmiştir.⁵ Bu maddede üç değişiklik yapılmıştır. Bunlardan birincisi, temel hak sınırlamalarının bu hakların “özlerine dokunulmaksızın” yapılacağına öngörülmesidir. İkincisi, genel sınırlama nedenlerine yer verilmemesidir. Buna göre, bir temel hak sadece ilgili maddesinde açıkça belirtilmiş olan neden veya nedenlere dayanılarak sınırlanabilecektir. 13. maddenin yeni şeklinde hakların sınırlanmasının sınırı olarak ise iki ilave kavrama yer verilmiştir: “laik Cumhuriyetin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi”. Daha açık bir anlatımla, kanunla yapılan temel hak sınırlamaları artık sadece demokratik toplum düzeninin değil “laik Cumhuriyet”in gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamayacaktır.

1982 Anayasasının ilk halinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin üçlü sınırlama sistemine ilave olarak 1982 Anayasası'nın 15. maddesi ile temel hak ve özgürlükleri askıya alma hükmü getirilmiştir. Buna göre savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Görüldüğü gibi Anayasa'nın 15. maddesine göre temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasının yanı sıra Anayasanın tanıdığı güvenceler de ortadan kaldırılabilir.

Hakların kötüye kullanılmasının hukuk tarafından korunmaması, hatta gerektiğinde yaptırıma bağlanması hukukun genel ilkelerindedir. Bu sebeple

⁵ 1982 Anayasası'nın 13. maddesi şöyledir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

yalnız anayasalar değil uluslararası insan hakları belgeleri de genellikle, tanıdıkları hak ve özgürlüklerin devletler veya kişiler tarafından kötüye kullanılmasını yasaklamışlardır. Ancak Türk Anayasalarında, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, uluslararası insan hakları belgelerinde yer aldığı şekilden farklı olarak, tamamen genel sınırlama rejimi kapsamında tutulmuştur.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 30. maddesinde, “Bu bildirgenin hiçbir kuralı, herhangi bir devlet, topluluk veya kişiye, burada açıklanan hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan bir girişimde veya eylemde bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamaz.” denmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesinde de benzer bir hüküm yer almaktadır. Hüküm şöyledir: “Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz.”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 17. maddesi kötüye kullanmayı hem devletler hem de kişi ve gruplar açısından yasaklamıştır. Kişi ve gruplar açısından kötüye kullanma, bunların, Sözleşme’nin tanıdığı hak ve özgürlükleri yine aynı hak ve özgürlüklerin tahribine veya yok edilmesine yönelik olarak kullanmalarını ifade eder. Buna karşılık devletler açısından “kötüye kullanma” yine aynı şekilde temel hak ve özgürlüklerin tahribine yönelik bir girişim olabileceği gibi, ayrıca onların temel hak ve özgürlükleri, Sözleşme’nin öngördüğünden daha geniş ölçüde sınırlamaları şeklinde de ortaya çıkabilir.⁶

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı 1982 Anayasası’nın 14. maddesinde yer almış olmakla birlikte, bu hükmün formülasyonu, kişiler bakımından Sözleşme’nin 17. maddesi hükmünden daha da kısıtlayıcı olarak yorumlanmaya elverişlidir. Nitekim Sözleşme, sadece temel hak ve özgürlükleri “yok etmeye” yönelik eylemleri yasaklarken, 1982 Anayasası’nın 14.

⁶ Erdoğan, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Orion Yayınları, 2011, s.168.

maddesi, buna ek olarak, devletin bazı temel niteliklerine aykırı hak kullanımlarını da temel hakların kötüye kullanılması saymaktadır.⁷

II. 1961 ANAYASASI'NIN 11. MADDESİ

Aslında hiçbir hukuk düzeninde, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması, hukukun koruma alanı içine girmez. Bunun için genel olarak açık bir anayasa kuralına ihtiyaç olmadığı da ileri sürülmüştür. Nitekim temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması ile ilgili bir hüküm 1961 Anayasası'nın ilk halinde mevcut değildi.⁸ Bu dönemde Anayasa Mahkemesi de hak ve özgürlüklerin bazı objektif sınırlarının olduğunu kabul ediyordu.⁹ Dahası, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı, 1971 değişiklikleri ile Anayasa'ya girmeden önce Anayasa Mahkemesi, genel sınırlama hükmü niteliğinde olan 11. maddeyi¹⁰ kötüye kullanma yasağı hükmü olarak görmüş, üstelik kötüye kullanma yasağını yalnız eyleme yönelik olarak değil, aynı zamanda düşünceye yönelik bir yasak olarak da uygulamıştır.¹¹

⁷ Erdoğan, 2011, a.g.e., s.169.

⁸ Tanör, Bülent, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", Der: Oktay Uygun, **İnsan Hakları**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s.52.

⁹ "Düşünce ve kanaat hürriyetinin kapsamı içine Anayasa'nın dayandığı insan hakları, milli dayanışma, sosyal adalet, fert ve toplumun huzur ve refahı gibi temel ilkeleri yıkmaya ve yok etmeye varacak düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılması serbestisinin de dahil bulunduğunu kabule imkan tasavvur olunamaz." Anayasa Mahkemesi, 8.4.1963 Tarih, E.1963/25 K.1963/87.

¹⁰ 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin ilk hali şöyledir: "Temel hak ve hürriyetler, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Kanun, kamu yararı, genel ahlâk, kamu düzeni, sosyal adâlet ve millî güvenlik gibi sebeplerle de olsa bir hakkın ve hürriyetin özüne dokunamaz."

¹¹ Anayasa Mahkemesinin, 11. maddedeki sınırlama nedenlerini genel sınırlamaya yetki veren nedenler olarak yorumladığı en önemli kararı TCK'nın 141 ve 142. maddelerinin iptal istemine ilişkin olarak verdiği kararlar olmuştur. "Anayasa'mız, 22 nci maddesiyle basın ve haber alma hürriyeti, 29 uncu maddesi ile dernek kurma hakkı üzerinde özel sınırlama sebepleri kabul ettiği gibi, 11 inci maddesiyle de genel nitelikte olmak üzere temel hak ve hürriyetler için sınırlama sebepleri kabul etmiş bulunduğu, iptali istenen maddelerin yasakladığı eylemler ise, bu sınırlama sebeplerini de kapsayacak şekilde Anayasa'nın özünü teşkil eden insan haklarına, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan millî, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetini temelinden yıkarak bu niteliklerle bağdaşması mümkün olmayan bir başka rejime çevirme çabalarından ibaret bulunmasına göre, bu eylemleri yasaklamak suretiyle düşünce hürriyeti ve dernek kurma hakkı üzerinde yapılan sınırlamaların Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Diğer taraftan söz konusu sınırlamaların, dernek kurma hakkını ve düşünce hürriyetini, genel olarak, ortadan kaldırmayıp, yukarıda nitelikleri belirtilen yasak

Fazıl Sağlam’a göre, 1961 Anayasası’nda 1971 yılında yapılan değişiklikle 11. maddeye temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı getiren 3 ve 4. fıkra hükmü ile 1982 Anayasası’nın benzer nitelikte olan 14. maddesi, aslında temel hak ve özgürlüklerin Anayasa’da sınırlanmadıkları takdirde sınırsız olacakları biçimindeki bir yanılgıdan dolayı Anayasa metnine dâhil edilmiştir.¹² 1961 Anayasası’nda 1971 yılında yapılan değişiklikle 11. madde değiştirilmiş ve temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı getiren 3 ve 4. fıkralar eklenmiştir.¹³ 11. maddenin 3. fıkrasında yer alan “Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi” ibaresi ile 3. ve 4. fıkralarda yer alan kötüye kullanma yasağının genel bir yasaklama hükmü olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de 11. maddedeki sınırlamanın genel bir yasaklama hükmü getirdiğini belirtmiştir.¹⁴

eylemler ölçüsünde konulmuş olduklarına ve sözü geçen hak ve hürriyetlerden yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici, dolaylı veya dolaysız, herhangi bir etkileri de bulunmadığına göre, bu hak ve hürriyetlerin özüne dokunduğu da söylenemez. Anayasa Mahkemesi, 26.9.1965 Tarih, E.1963/173 K.1965/40.

¹² Sağlam, 1982, a.g.e., s.135.

¹³ 1961 Anayasası’nın 11. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkralar şöyledir: “Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, insan hak ve hürriyetlerini veya Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz. /Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.”

¹⁴ Mahkeme, kararını 11. maddenin değişikliği gerekçesine dayandırmıştır: “Bu maddeyi değiştiren 1488 sayılı Yasa teklifin 11. maddesiyle ilgili gerekçesinde şu açıklamalar bulunmaktadır: ‘1961 Anayasasının 11. maddesinin (Temel hakların özü) tarzında olan kenar başlığı ve madde metninin değiştirilmesi lüzumlu görülmüştür. Hürriyetlerin sınırsız olmadığı ve olamayacağı, kamu hukukumuzun temel kurallarından birisidir. Anayasanın temel haklar ve ödevler kısmında yer alan 11. maddede de hakların hangi sebeplerle ve hangi şartlarla sınırlanabileceğinin açıkça belirtilmesi yanlış ve maksatlı yorumları önlemek bakımından yararlı olacaktır. Hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması, hukuk düzeninin hiçbir surette caiz görmediği bir durumdur. Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlere dayanılarak insan hak ve hürriyetleri tahrip edilemez. Yani hürriyeti tahrip hürriyeti yoktur. Keza, Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlere dayanılarak, nitelikleri Anayasanın, 2. maddesinde sarıh bir şekilde belirtilen Türkiye Cumhuriyeti tahrip edilmemelidir. Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerin hiç birisi, dil, ırk, sınıf, din ve mezhep kavgası yaratarak Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğuna dair temel ilkeyi bozma serbestliği anlamında yorumlanmamalı ve bu kasıtlı kullanılmamalıdır. 11. madde metnine, insan hakları evrensel beyannamesinin 29. ve 30. maddeleriyle Avrupa İnsan Hakları Antlaşmasının 17. maddesinde olduğu gibi, hak ve hürriyetlerin bunları kötüye kullanmak isteyenlerce maksatlı yorumlarını önleyici iki fıkra eklenmiştir. Hak ve hürriyetlerin kötüye kullanma hallerinin ceza hükümleriyle müeyyideye bağlanması öngörülmüş ve Kanun Koyucuya ışık tutulması düşüncesiyle madde metninde son fıkraya ayrıca yer verilmiştir.’ (Millet Meclisi Tutanak Dergisi; Dönem 3. Cilt: 17,

1961 Anayasası'nın Temel Hakların Özünü başlıklı 11. maddesinin ilk hali ile ulaşılmak istenen amaç, siyasi iktidarın toplum karşısında frenlenmesi ve kişilerin iktidara karşı korunması iken; değişiklikle izlenen amaç, kişilerin iktidara karşı tutum ve davranışlarının devletin korunması adına önlemlere bağlanmasıdır.¹⁵

III. 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİNDE 1982 ANAYASASI'NIN 14. MADDESİ

Anayasa koyucu, 1982 Anayasası'nda temel hakların kötüye kullanılmaması konusuna büyük önem vermiş ve bu konuda 1961 Anayasası'ndan daha geniş bir düzenleme yapmıştır. 1961 Anayasası'ndan farklı olarak 1982 Anayasası temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmamasını ayrı bir madde olarak düzenlemiştir. 14. maddenin ilk hali şöyleydi:

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.

Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.

Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.”

Toplantı : 2, S. Sayısı: 419). Değişiklik Teklifinin Millet Meclisinde görüşülmesi sırasında, bir milletvekilinin “... 11. maddede yer alan sınırlamalar ve hususlar, Anayasa'nın diğer bütün hükümlerindeki maddelere de teşmil edilebilir mi? Kanun vazı konuyu böyle anlayabilir mi? ve uygulamada bu şekilde değerlendirmek mümkün müdür?” sorusuna, Anayasa Komisyonu Başkanı, ‘...bu suale evet diyoruz, genel olarak temel hak ve hürriyetlerin tümüne şamil bir maddedir. Esasen 11. maddede yapılan bu değişiklik Anayasa'ya bu açıklığı getirmek için yapılmıştır.’ yanıtını vermiştir (Millet Meclisi Tutanak Dergisi; Donem 3, .Cilt 17, Toplantı 2, Birleşim 158, S. Sayısı 538)” Anayasa Mahkemesi, 27.11.1980 Tarih, E.1979/31 K.1980/59.

¹⁵ Yokuş, Sevtap, **Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara: Yetkin, 2002, s.151.

1982 Anayasası'nın 14. maddesinin ilk fıkrasında sayılan kötüye kullanım halleri 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin 3. fıkrasında sayılan hallerde göre daha da genişletilmiş ve sayısı artırılmıştır. Buna göre, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlükler; (1) Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, (2) Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, (3) temel hak ve özgürlükleri yok etmek, (4) Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini, (5) sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak,¹⁶ (6) dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak,¹⁷ (6)

¹⁶ Anayasa Mahkemesi bir kararında sınıf ve sınıf egemenliği kavramlarını açıklamıştır: “Siyasi partiler, toplumun belirli ya da çeşitli kesimlerinin çıkarlarını temsil ettiklerine göre, toplumda çeşitli sınıflar bulunduğu gerçeği yadsınamaz. Nitekim Anayasanın 14. ve 2820 sayılı Yasanın 78. ve 5. maddelerinde “Sosyal bir sınıfın, diğer sosyal sınıflar üzerinde” denilerek, toplumsal sınıflar sosyal bir olgu olarak kabul edilmektedir. Sınıfların varlığı kabul edildiğinde, siyasi partilerin tabanlarını belirli bir sınıfa veya sınıflara dayandırmaları doğal olur. Böylece iktidarlar da, siyasal bilim açısından belirli bir sınıfın ya da sınıfların iktidarları olabilirler. 1961 ve 1982 Anayasalarında, sınıf gerçeğini ya da bunun iktidara yansımaları önleyici bir hüküm yoktur. Yasaklanan, bu iktidarın bir sınıf egemenliğini kurmak yolunda kullanılması ve bir tek sınıfın öteki sınıflar üzerinde egemenlik kurmasıdır. ‘Egemenlik’ ve ‘İktidar’ kavramları birbirlerine karıştırılmamalıdır. Anayasanın 6. maddesine göre, ‘Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılmaz’ ama, iktidar, bir süre için siyasi partiler yoluyla ağırlıklarını duyuran zümre ya da sınıfların eline geçebilir. Bu maddede yasaklanan, egemenliğin kullanılmasının sürekli ve değişmez bir biçimde bir kişi, zümre veya sınıfa bırakılmasıdır. Sınıf egemenliği, siyasi iktidarın ve siyasi faaliyetin belli bir sınıfın tekeline geçmesi, toplumdaki diğer sınıfların ve partilerin siyasi hayatın dışına itilmesi, onlara iktidar olma hak ve imkânının tanınmaması olarak tanımlanabilir. Anayasanın yasakladığı da budur. Diğer sınıflar üzerinde tahakküm kurmak amaçlamadığı, hukuk devleti ilkesine, çok partili çoğulcu sisteme ve iktidarların seçimlerle değişebilirliği kuralına aykırı bir tutum alınmadığı sürece, sınıf iktidarını istemek ya da bu yolda çalışmak yasalara aykırı düşmez. Yukarıdaki açıklamaların ışığında Anayasada ve özellikle 2820 sayılı Yasanın siyasi partilerin hangi esaslara dayanamayacaklarını söyleyen 78. maddesinin (b) bendinde, ‘zümre’, ‘cemaat’ vb. yanında sosyal sınıftan söz edilmemesi karşısında, Siyasi Partiler Yasası’nda, sosyal sınıf esasına dayalı parti kurulmasını engelleyen bir kuralın bulunmadığı kabul edilmelidir. Aynı şekilde, iktidara geldiği takdirde sınıf tahakkümünü (egemenliğini) amaçlamayan, demokratik bir düzen içerisinde seçim yoluyla iktidara gelmeyi benimseyen bir sosyalist partinin kurulmasına anayasal ve yasal bir engel de bulunmamaktadır. Nitekim, Siyasi Partiler Yasası’nın 96. maddesinde, kullanılmayacak parti adları arasında ‘sosyalist’ sözcüğüne yer verilmemiştir.” Anayasa Mahkemesi, 8.12.1988 Tarih, E.1988/2 (Siyasi Parti Kapatma) K.1988/1 sayılı Karar.

¹⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi pek çok kararında Anayasa’da yer alan hakların “dil ayırımı” yaratmak amacıyla kullanılmayacağını belirtmiştir. “Dil konusunu kapsayan bir başka düzenleme de Anayasa’nın 14. maddesinin ilk fıkrasındaki Anayasa’da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin dil ayırımı yaratmak amacıyla kullanılmayacağı kuralıdır. Devletin bölünmez bütünlüğü ile dil konusundaki kurallar, yaptırımsız değildir. Her şeyden önce bu konularda genel ilkeyi koyan Anayasa’nın 3. maddesi, Anayasa’nın 4. maddesine

sair herhangi bir yoldan maddede yazılı bulunan kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamaz.

1982 Anayasası'nın 14. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı ile ilgili olarak 13. maddenin varlığına rağmen- ayrıntılı düzenlemeye gidilmesinin sebebi yasa koyucuya verilen temel hakları sınırlama yetkisinin bazı hallerde temel hakların kötüye kullanılmasını önlemek bakımından yetersiz kalacağı endişesidir. Nitekim maddenin gerekçesinde bu husus belirtilmiştir. Maddenin gerekçesinde şöyle denilmiştir:

*“Bu maddenin birinci fıkrasıyla, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması önlenmektedir. Fıkırdaki hak ve hürriyetlerin ne gibi bir kötü kasıtlı kullanılmayacağı sayım yolundan gösterilmiştir. Her ne kadar, önceki maddede yer alan genel ve özel nedenlerle gerçekleştirilen sınırlamalar, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını önleyebilir ise de; bazı hallerde kanun hükümlerine uygun olarak kullanılan bir hürriyetin esasında başka bir kasıt gütmesi ve bu kasıtın da fıkırdaki belirtilen yasak amaçlara yönelik bulunması her zaman mümkündür. Mesela, Türkiye’de Türkçeden başka bir dille yayımlanan süreli yayının bölücülük; yahut dini yayının mezhep ayrımı yaratmak kastını gütmesi gibi.”*¹⁸

14. maddenin gerekçesinden de açıkça anlaşıldığı üzere, maddenin konulması ile güdülen temel amaç, temel hak ve özgürlüklerin ve bilhassa düşünce özgürlüğünün kullanım alanlarının daraltılmasıdır. Başlangıç hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde 14. maddenin genel bir anayasal yasaklama hükmü olarak ortaya çıktığı görülmektedir.¹⁹

göre “Değiştirilemez ve değiştirilmesi, teklif edilemez”: Öte yandan, Anayasa'nın 69. maddesi, bu sınırlamalara uymayan devlet düzeni kurma yasağını içeren 14. maddeye aykırı davranan Siyasi partilerin temelli kapatılacağını öngörmektedir.” Anayasa Mahkemesi, E.1991/2 (Siyasi Parti Kapatma) K.1992/1 sayılı Karar. Aynı yönde başka kararlar için bkz.: Anayasa Mahkemesi, 30.11.1993 Tarih, E.1993/2 (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/3 sayılı Karar. Anayasa Mahkemesi, 19.3.1996 Tarih, E.1995/1 (Siyasi Parti Kapatma) K.1996/1 sayılı Karar. Anayasa Mahkemesi, 14.2.1997 Tarih, E.1996/1 (Siyasi Parti Kapatma) K.1997/1 sayılı Karar.

¹⁸ Akad, Mehmet ve Dinçkol, Abdullah, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul: Der Yayınları, 2007, s.152.

¹⁹ Uygun, Oktay, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992, s.71.

Anayasa Mahkemesinin aksi yöndeki kararlarına rağmen, Anayasa'nın 14. maddesinde yer alan “bozmak”, “tehlikeye düşürmek”, “yok etmek”, “sağlamak”, “kurmak” biçimindeki ifadeler nedeniyle yalnızca eylemlerin yasaklandığı, düşünce özgürlüğü alanının bu madde ile daraltılmayacağı ileri sürülmüştür.²⁰ Öte yandan 1961 Anayasası'nın 11. maddesinin 3. fıkrasındaki “... kastı ile kullanılamaz.” ifadesi yerine 1982 Anayasası'nın 14. maddesinin 1. fıkrasında “... amacıyla kullanılamazlar.” ibaresinin getirilmiş olması iki Anayasa arasındaki önemli bir farktır. Ceza hukukunda yapılan tanıma göre kast, suç sayılan eylemi sonuçlarını bilerek ve isteyerek işlemek iradesidir. “Amaç” kavramının içeriği ise daha belirsizdir. Burada erişilmek istenen bir sonuç söz konusudur ve sonucun ne olduğunu bilmek ve istemek önem kazanmaktadır. Bu sebeple örneğin düşünce özgürlüğünün 14. madde kapsamında sınırlanabilmesi için, bu maddede belirtilen durumların bilinip istenmesi ve belirtilen sonuçlara yönelmesi gerektiği de savunulmuştur.²¹

1982 Anayasası'nın 14. maddesinde kötüye kullanım yasakları kapsamındaki yeni ifadelerden biri olan “sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerindeki egemenliğini sağlamak...” şeklindeki ifade, 765 sayılı TCK'nun 141 ve 142. maddelerinde belirtilen unsurlardan oluşmaktadır. Böylece 141 ve 142. maddelere anayasal dayanak kazandırılmıştır.²²

1961 Anayasası'nın 11. maddesinin son fıkrasındaki; “Bu hükümlere aykırı eylem ve davranışların cezası kanunda gösterilir.” hükmüne karşılık olarak 1982 Anayasası'nın 14. maddesinde daha geniş bir şekilde: “Bu yasaklara aykırı hareket eden veya başkalarını bu yolda teşvik veya tahrik edenler hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.” denmektedir. Böylece “teşvik veya tahrik” de yaptırım nedeni olarak sayılmıştır.

Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun değişiklik gerekçesinde²³, benzer bir düzenlemenin Federal Alman Anayasası'nın 18. maddesinde

²⁰ Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin, 2010, s.120.

²¹ Hakyemez, Yusuf Şevki, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara: Seçkin, 2000, s.185.

²² Uygun, 1992, a.g.e., s. 64.

²³ MGK Anayasa Komisyonunun değişiklik gerekçesi için bkz.: Akad ve Dinçkol, 2007, a.g.e., s.153.

yer aldığı, bu kuralda temel hak ve özgürlüklerin tümü için değil, kuralda sayılan bazı temel hak ve özgürlükler sayılarak bunların hür demokratik temel düzene karşı kötüye kullanılması durumunda kaybedilebileceği konusuna dikkat çekilmiştir.²⁴ Federal Alman Anayasası'nın 18. maddesinde kötüye kullanmak ile düşebilecek haklar sınırlı olarak sayılmıştır. Bu kuraldan, özgürlüğün düşmanının bile insan onurunun korunup gözetileceği, kişiliğinin korunacağı, eşitlik ve din özgürlüğünün sağlanacağı sonucu çıkmaktadır. Alman Anayasası'nda belirli temel hakların, sadece, özgürlükçü demokratik temel düzene karşı savaşıma amacıyla sınırlanması söz konusu iken 1982 Anayasası'nda tüm temel hakların madde 14'de belirtilen amaçlarla kötüye kullanılması söz konusudur.²⁵

14. maddenin “Anayasanın hiçbir hükmü, Anayasada yer alan hak ve hürriyetleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamaz.” biçimindeki son fıkrası ile hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı güçlendirilmiştir. Bu yorum kuralının Sözleşme'nin 17. maddesine koşulluğu ileri sürülebilir ise de gerçekte Anayasa'nın 14. maddesinde bir bütün olarak devletin korunmasına karşın Sözleşme'nin 17. maddesinde ise insan hakları devletten gelen aşırılıklara karşı korunmuştur. Başka bir deyişle Anayasa'nın 14. maddesinin gerek son fıkrasındaki Anayasa'nın hiçbir hükmünün hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir faaliyette bulunma hakkını verir şekilde yorumlanamayacağı yasağı ve gerekse ilk fıkradaki Anayasa'daki hak ve özgürlüklerden hiçbirinin belirtilen amaçlarla kullanılamayacağı yasağı sadece bireyler için getirilmiştir.

²⁴ Federal Almanya Anayasası'nın temel hakların kaybettirilmesi başlıklı 18. maddesi şöyledir: “Düşünceleri açıklama özgürlüğünü, özellikle basın özgürlüğünü (madde 5, fıkra 1), eğitim özgürlüğünü (madde 5 fıkra 3), toplanma özgürlüğünü (madde 8), birleşme özgürlüğünü (madde 9), mektup, posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğini (madde 10), mülkiyet hakkını (madde 14) veya sığınma hakkını (madde 16a), özgür demokratik temel düzene karşı mücadele amacıyla kötüye kullanan kimsenin, işbu temel hakları kaybettirilir. Hakkın kaybettirilmesine ve bunun kapsamına Federal Anayasa Mahkemesi karar verir.” **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, Tercüme: Christian Rumpf ve Gökçe Uzar, Berlin: Alman Federal Meclisi Yayın Bölümü, 2010.

²⁵ Polatcan, İsmet, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, İstanbul: Bayrak Yayıncılık, 1989, s.85.

Ülkemizde Sözleşme'nin 17. maddesi tersine çevrilerek kullanılmıştır.²⁶ Nitekim hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının öznesinin birey, korunması hedeflenenin devlet olmasının bir sonucu olarak Anayasa Mahkemesi pek çok kararında siyasi partilerin Anayasa'nın 14. maddesindeki sınırlamalar dışına çıktığı gerekçesi ile kapatılmasına karar vermiştir.²⁷ Ancak 2001 değişikliği sonrasında 14. madde ile yalnızca temel hak ve özgürlükleri kötüye kullananlara ve devletin ve anayasal düzenin düşmanlarına karşı bir koruma sağlanmakla yetinilmemiş, Anayasa'yla tanınan temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunan devlete karşı da koruma sağlanmıştır. Böylece Anayasa'nın 14. maddesindeki değişiklikle Sözleşme'nin 17. maddesine paralel bir düzenleme getirilmiştir.

IV. 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASINDA 1982 ANAYASASI'NIN 14. MADDESİ

1961 Anayasası'nın 11. maddesinde ve 1982 Anayasası'nın 14. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması yasağının kapsamı anayasa hukukumuzun en tartışmalı konularından biri olmuştur. Bu sebeple maddenin Sözleşme'nin 17. maddesi ile paralellik arz etmesi²⁸, metnin daha kısa ve özlü olması amacıyla 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 14. madde şu şekli almıştır:

²⁶ Yokuş, 2002, a.g.e., s.164-165.

²⁷ “...siyasî partiler, tüzük ve programları dışında faaliyette bulunamazlar; Anayasa'nın 14. maddesindeki sınırlamalar dışına çıkamazlar; çıkanlar temelli kapatılır. Böylece, siyasî partilerin tüzük ve programları dışında faaliyette bulunmaları değil; Anayasa'nın 14. maddesindeki sınırlamalar dışına çıkmaları kapatma nedenidir.” Anayasa Mahkemesi, 23.11.1993 Tarih, E.1993/1 (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/2 sayılı Karar. Aynı yönde başka kararlar için bkz.: Anayasa Mahkemesi, 10.7.1992 Tarih, E.1991/2 (Siyasi Parti Kapatma) K.1992/1 sayılı Karar. Anayasa Mahkemesi, 10.6.1994 Tarih, E.1993/3 (Siyasi Parti Kapatma) K.1994/2 sayılı Karar. Anayasa Mahkemesi, 30.11.1993 Tarih, E.1993/2 (Siyasi Parti Kapatma) K.1993/3 sayılı Karar.

²⁸ 2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 14. maddesinde gerçekleştirilen değişikliğin amacı değişiklik gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “Anayasanın 14. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi ile uyumlu hale getirilerek eylem ve yorum yolu ile hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasının önlenmesine yönelik hükümler öngörülmektedir.”

“Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

Yapılan değişiklik sonucunda temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasına ilişkin 14. maddenin aldığı yeni şekil eskisinden bazı bakımlardan farklıdır. 14. maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklik ile getirilen en önemli yenilik “kötüye kullanma”nın sadece temel haklarını kullanan bireyler için değil, fakat aynı zamanda devlet için de söz konusu olmasıdır. Buna göre, devletin, temel hak ve hürriyetlerin “Anayasa’da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlaması” da artık bir kötüye kullanma biçimi sayılacaktır. Başka bir deyişle Devlet, Anayasa’da yer alan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini ve temel hak ve özgürlükler için Anayasa’da gösterilen sınırlamalardan daha geniş sınırlamalar getirmesini amaç edinen bir faaliyette bulunamayacaktır.²⁹

Öte yandan 1982 Anayasası ile 1961 Anayasası karşılaştırıldığında, temel hakların kötüye kullanılmasını yasaklamakla güdülen amaçların değişmediği görülür. 2001 Anayasa değişikliğinden sonra da 14. maddenin ilk fıkrasında devleti koruyan yasalara ilişkin içeriğin tümüyle değiştiği söylenemez. Buna göre temel hak ve özgürlükler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Mustafa Erdoğan’a göre değişiklik biçimsel olup yasağın normatif sonucu bakımından

²⁹ Aydın, Nizamettin, **3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri**, Bursa: Ekin Yayınları, 2008, s.121.

herhangi bir değişiklik yaratabilecek nitelikte değildir. Çünkü madde hala kötüye kullanmayı fiili bir zararın ortaya çıkması açısından değil de hak kullanıcısının güttüğü amaç açısından tanımlamaktadır.³⁰

V. 14. MADDENİN KORUMA ALTINA ALDIĞI DEĞERLER

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanım yasağının koruduğu iki değerden biri “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ilkesi diğeri ise “insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyet” ilkesidir.

A. Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü

Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi, ülke, ulus, egemenlik ve devlet olgularının birbirlerinden ayrılması mümkün olmayan bir bütünlüğü oluşturduğunu ifade etmektedir. Gerek 1961 Anayasasında ve gerekse de 1982 Anayasasında ifade edilmiş biçimiyle egemenlik, en yüksek iradeye, karar ve eylem gücüne sahip olmak, en yüksek emir ve komuta gücünü elinde bulundurmak, başka bir otorite altında bulunmamak ve otoriteyi paylaşmamak olarak tanımlanmaktadır. Egemen devlet kendi ülkesi üzerinde ve kendi sınırları içerisinde en üstün güçtür. Önemli Kemalist teorisyenlerden biri olan Mümtaz Soysal’a göre egemenliğin dışa dönük yönü devletin “bağımsızlığını” meydana getirir. Egemenliğin içe dönük yönü ise ulusal egemenlik kavramı ile ifade edilmektedir ve belirli bir ülkenin sınırları içerisinde yaşayan insanların, o ülke üzerinde son sözü ya doğrudan doğruya söyleyebilmek ya da son sözü söyleyecek olanları işbaşına getirebilmek yetkisine sahip olmalarıdır. Dolayısıyla Mümtaz Soysal’a göre ulusal devlet kavramı, bir yandan, başka ulusların iradelerine tabi olmayış anlamında bir bağımsızlık anlayışına götürür, bir yandan da demokratikleşme yoluyla, ulus ve devlet kavramları arasında bir bütünleşmeye.³¹ O halde 1961 ve 1982 Anayasalarının formülasyonunda devlet, ulusu oluşturan insanlardan kopuk, ulusun üstünde ayrı bir varlık değildir, onunla bütünleşmiştir. Resmi ideolojinin zihninde bu bütünleşme ise demokratikleşmenin ileri bir aşamasını ifade etmektedir.

³⁰ Erdoğan, Mustafa, **Anayasa ve Özgürlük**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 69.

³¹ Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997, s.180.

Egemenliğin bölünmez niteliği pozitif dayanağını ilk kez 1961 Anayasası'nda, “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” formülü ile almış daha sonra 1982 Anayasası'na da dâhil edilmiştir. Gerek 1961 Anayasası'nın ve gerekse de 1982 Anayasası'nın pek çok maddesinde yer alan bu ilke, bazı temel hak ve özgürlüklerin özel sınırlama nedeni olarak öngörülmüştür. Bu ilke Anayasa'nın değiştirilemez hükümleri arasında da yer aldığından yalnızca Yasama organını değil aynı zamanda anayasayı değiştirme iktidarını da bağlamaktadır.

1982 Anayasası'nda değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen ve Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerinden birisi olan “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ilkesi ayrıca bütün kişi ve kuruluşlar için de geçerli bir ilkedir. Taşıdığı öneme bağlı olarak bu ilke, mahalli idarelere idari yetkiler verilmesinden federalizme, Türk vatandaşlarının bir kısmına bazı imkânlar sağlanmasından bölgesel özerkliklere kadar pek çok meselenin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken vazgeçilmez bir ilke haline gelmiştir.³²

Anayasa'da birçok hak ve özgürlük ile ilgili olarak bu ilkeye yer verildiği gibi; başlangıcın 5. paragrafı ve 14. madde hükümlerinin bütün temel hak ve özgürlükler için etkili olduğu göz önüne tutulduğunda; devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi bütün temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ve sınırlanmasında uygulanabilecek bir kural niteliğindedir.³³ Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesi, Anayasa'nın 26. maddesinde de yer edinen ve korunan bir değerdir. Osman Can'a göre bu sebeple bu hukuksal değere aykırılık oluşturan herhangi bir düşünce açıklamasının anayasal korumadan faydalanacağını iddia etmek imkânı yoktur.³⁴

³² Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü ilkesinin hukuksal ve siyasal yönden ayrıntılı bir analizi için bkz. Heper, Yunus, **Anayasa Mahkemesi Kararlarında Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü**, Polis Akademisi, Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2014.

³³ Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Nemci, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2011, s.112.

³⁴ Can, Osman, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, 2002, s.509.

2001 Anayasa değişikliklerinden hemen sonra Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda 2001 Anayasa değişiklikleri ile düşünce özgürlüğünün kapsamının genişletildiği tespitini yaptıktan sonra Anayasa'nın 14. maddesinde yer alan “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü” ilkesinin düşünce özgürlüğünün sınırını oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkemenin kararı şöyledir:

“Yapılan düzenleme ile Cumhuriyetin Anayasa’da belirtilen temel niteliklerine, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı olmamak koşuluyla resmi ve ana dil olan Türkçe’nin yanında geleneksel olarak kullanılan farklı dil ve lehçelerde de yayın yapılması olanaklı hale getirilerek Anayasa’nın 26 ve 28. maddelerinde yapılan değişikliğe koşut olarak bireysel hak ve özgürlükler çerçevesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğünün kapsamı genişletilmiş ise de söz konusu kuralın, uygulanmasında, Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 5 ve 14. maddelerinde yer alan ve madde metninde de dile getirilen devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı faaliyetlere izin verilemeyeceği kuşkusuzdur.”³⁵

B. İnsan Haklarına Dayalı, Demokratik ve Laik Cumhuriyet

1961 Anayasası'nın 2. maddesindeki “insan haklarına dayanan” ifadesi, 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde “insan haklarına saygılı” biçimine dönüştürülmüştü. 1982 Anayasası döneminin en çok tartışılan konularından biri olan bu dönüşümle insan haklarının devletin temeli sayılmaktan, devletin dayandığı değerler bütünü olmaktan çıktığı iddia edilmiştir. 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde “insan haklarına saygılı” ifadesinin önüne getirilen “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı” ifadeleri ile devletin insan haklarına saygılı olacağı ancak insan haklarının devletin varoluş nedeni olmadığı ifade edilmiş olmaktadır.³⁶ Bu tartışmalardan sonra 2001 Anayasa değişikliği ile 14. maddede yer verilen “insan haklarına dayanan” ifadesi, hak ve özgürlükler lehine genişletici bir etki yaratmıştır. Böylece 1982 Anayasası'na göre Türkiye Cumhuriyeti hem insan haklarına saygılı ve hem de insan haklarına dayanan bir devlet haline gelmiştir.

³⁵ Anayasa Mahkemesi, 27.12.2002 Tarih, E.2002/146 K.2002/201 sayılı Karar.

³⁶ Soysal, 1997, a.g.e., s.126-127.

2001 Anayasa değişikliği ile devletin demokratiklik özelliği de koruma altına alınmıştır. Ancak Anayasa'nın Başlangıcının 3. paragrafında hâlâ “bu anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi” ibaresi varlığını devam ettirmektedir. Bu ibarenin varlığı, evrensel demokrasi ve demokratik devlet yerine “Türkiye’ye özgü demokrasi” anlayışının devam ettiğini göstermektedir.

14. maddede yer alan laiklik ilkesi, 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde de yer almaktaydı. Hüküm şöyleydi: “Bu Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi... din ve mezhep ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.” 1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi, Türk Ceza Kanunu'nun 163. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla iptalinin talep edildiği bir davada, laiklik ilkesinin korunması için düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir:

“...itiraz konusu fıkranın Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu savına gelince: Anayasa'nın 20. maddesi, genel olarak düşünce özgürlüğünü korumakta, güvenceye bağlamaktadır. Düşüncenin açıklanması da bu kapsam içindedir. Ancak Anayasa'nın 19. maddesinin “her ne suretle olursa olsun”, diyerek getirdiği sınırlama ve yasaklamayı içeren özel hükümü karşısında, bu maddenin kapsamına giren durumlarda 20. maddedeki genel hüküm gözetilemez. Başka bir anlatımla, anayasal düzenimiz bakımından önemine yukarıda değinilen lâikliği koruyup sürdürmek için düşünce özgürlüğünün sınırlandırılması, bizzat Anayasa'nın uygun bulduğu bir düzenlemedir. Anayasa Koyucunun zorunlu gördüğü bu düzenlemenin de düşünce özgürlüğüne aykırı bir yanı bulunduğu ileri sürülemez. Bu nedenle, itiraz konusu hükmün, Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olduğu ve düşünce özgürlüğünün özünü zedeleyerek Anayasa'nın 11. maddesine de aykırı düştüğü yolundaki savlar yerinde bulunmamıştır.”³⁷

Anayasa Mahkemesi, laiklik ilkesinin korunması bağlamında özgürlüklerin sınırlandırılmasını Anayasa'ya uygun bulmuştur. 1989 tarihinde başörtüsü hakkında verdiği ilk kararında da Anayasa Mahkemesi, laiklik ile özgürlük

³⁷ Anayasa Mahkemesi, 3.7.1980 Tarih, E.1980/19 K.1980/48 sayılı Karar.

olgularını birbirleriyle uzlaşmaz karşıtlıklar olarak ele almıştır. Mahkeme, laiklik-özgürlük ilişkisini şu şekilde ortaya koymuştur:

“Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kısıdırılmasına olanak tanımamıştır.”³⁸

1982 Anayasası'nın 2001 değişikliğinden önce “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiç biri... din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamazlar.” biçimindeki hüküm, 2001 değişikliğinden sonra “lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılmaz.” şekline dönüştürülmüştür. 14. maddesindeki bu yasak dışında, Anayasa'nın pek çok hükmünde aynı yönde yasaklamalar bulunmaktadır. 1982 Anayasası'nın 2. maddesine göre laiklik Cumhuriyetin temel niteliklerindedir. 4. maddeye göre bu hüküm değiştirilemez, değiştirilmesi teklif dahi edilemez. 5. maddeye göre laiklik niteliğini korumak devletin temel amaç ve görevlerindedir. Başlangıcın 5. paragrafı da hiçbir faaliyetin “laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya karıştırılmayacağı” yasağını koymaktadır. 68. maddenin 4. fıkrasında, siyasi partilerin tüzük ve programlarının laik Cumhuriyet ilkesine aykırı olamayacağı yasağı öngörülmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında, laiklik ilkesini “ayrıcalıklı” olarak nitelendirmiştir. Mahkemeye göre, “Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi; demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur.”³⁹ Mahkemeye göre, “özelde korunan laiklikle bağdaşmayan özgürlük savunulamaz ve korunamaz.”⁴⁰ Görüldüğü gibi laiklik ilkesi 2001 Anayasa değişikliklerine kadar zaten bir sınırlama nedeni olarak işlev görmüştür.⁴¹

³⁸ Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 Tarih, E.1989/1 K.1989/12 sayılı Karar.

³⁹ Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 Tarih, E.1989/1 K.1989/12 sayılı Karar.

⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 Tarih, E.1989/1 K.1989/12 sayılı Karar.

⁴¹ Arslan, Zühtü, (2002), “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13.

VI. 1982 ANAYASASI'NIN 14. MADDESİ VE DÜŞÜNCEYİ AÇIKLAMA VE YAYMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Ülkemizde, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı etkisini en çok düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün sınırlandırılmasında göstermiştir. 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde 1971 yılında yapılan değişiklikle, temel hak ve özgürlüklerin hiçbirisinin "...ortadan kaldırmak kasdı ile" kullanılmayacağı kuralının getirilmesinden sonra Sulhi Dönmezer başta olmak üzere bazı yazarlar bu kuralın düşünce açıklamalarının yasaklanabilmesi amacıyla getirildiğini ileri sürmüşlerdi. Bazı yazarlar ise Anayasa kuralı ile yasaklananın "ortadan kaldırmak" olduğunu, bu deyimın "propaganda kasti"ni değil "eylem kasti"ni ifade ettiğini belirtmişlerdir.⁴²

Ne var ki Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarla "düşünce açıklaması" ile "propaganda" arasında bir ayrıma giderek düşünce özgürlüğünün kullanım biçimini sınırlamıştır. Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde verdiği bir kararında 11. maddenin üçüncü fıkrasının düşünce özgürlüğünü sınırlayan bir hüküm olarak görmüş; soyut düşünce açıklamaları ile propagandanın birbirlerinden farklı olduğuna, her türlü düşünce açıklamalarını propaganda olarak görmeye olanak bulunmadığına karar vermiştir.⁴³ Anayasa Mahkemesine göre propaganda, başka kişilerde bir bilgi yaratmaya veya bir duyguyu harekete geçirmeye yönelik bilimsel, soyut ve öğretici nitelikte düşünce açıklaması değildir.⁴⁴

Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", **Anayasa Yargısı**, C. 19, s. 152.

⁴² Bu tartışmalar için bkz. Uygun, 1992, a.g.e., s.61 vd.

⁴³ "Burada, "propaganda" kavramı üzerinde de durulmalıdır. Genellikle benimsenen bir tanıma göre propaganda, belli bir amacı gerçekleştirmek ve yandaş kazanmak için, düşüncelerin birden çok kişilerin bilgilerine ulaştırılmasını öngören bir etkilime eylemi ve yöntemidir. Bu tanımlamadan açıkça anlaşılacağı gibi, her tür düşünce açıklamasını propaganda saymaya olanak yoktur. Kuşkusuz, propaganda da, bir açıklama vardır; fakat bu, sözelimi başka kişilerde bir bilgi yaratmaya veya bir duyguyu harekete geçirmeye yönelik bilimsel ve öğretici nitelikte salt ve soyut bir düşünce açıklaması değildir. Böyle olunca, bilim ve san'ata ilişkin inceleme ve araştırmaların, itiraz konusu hükümlerin kapsamı dışında kalması doğal sayılmalıdır. Tuk Ceza Yasasının, 142. maddesinin birinci fıkrasıyla yasaklanan, örneğin Anayasanın 21. maddesindeki anlamda salt düşünce açıklaması olmayıp, onun bu sınırı aşarak propagandaya dönüşen türdür." Anayasa Mahkemesi, 27.11.1980 Tarih, E.1979/31 K.1980/59.

⁴⁴ Mahkemenin konuya yaklaşımı şöyledir: "Anayasanın 11. maddesinde yapılan değişiklik,

Anayasa Mahkemesi, 1961 Anayasası döneminde istikrar kazanmış kararlarıyla, 11. maddenin 3. fıkrasında sayılan kavramlara aykırı olan görüşlerin propagandasını, “hakkın kötüye kullanılması” olarak görmüştür. Örneğin Anayasa Mahkemesi, TCK 163. madde ile ilgili bir kararında da propaganda ve telkini, kötüye kullanma olarak yorumlamıştır. Mahkemenin kararı şöyledir:

“Nitekim, Anayasa'nın vicdan ve din özgürlüğüne ilişkin 19. maddesinin beşinci fıkrasında gösterilen durumlar, ayrı sözcüklerle de olsa, Türk Ceza Yasası'nın 163/4. maddesinde yer almaktadır. Türk Ceza Yasası'nın 163/4. maddesinde tanımlanan suçun maddi ve manevî öğeleri Anayasa'nın 19/5. maddesindeki koşutu olup, Anayasa'nın 19. maddesinde geçen “istismar, kötüye kullanma, yasak dışına çıkma ve kışkırtma” sözcükleri Türk Ceza Yasasının 163/4. maddesindeki “propaganda ve telkini” kapsamaktadır.”⁴⁵

1961 Anayasası döneminde verdiği bir başka kararında Anayasa Mahkemesi, yalnız propaganda ve telkinin değil aynı zamanda düşünce özgürlüğünün kanunların gösterdiği şekilde ve kanunların gösterdiği usullerle açıklanmamasının da Anayasa'nın 11. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanılması sa-

iki noktada toplanmaktadır: Birinci fıkrada temel hak ve özgürlüklerin Yasa ile yapılacak sınırlandırma nedenleri gösterilmiş, üçüncü fıkrada ise, bu hak ve özgürlüklerin orada belirtilen kasıtlarla kullanılması “kötüye kullanılma” sayılarak yasaklanmıştır. Başka bir anlatımla, Anayasa Koyucu, temel hak ve özgürlüklerin üçüncü fıkrada gösterilen bir kasıtlarla kullanılmasını kesin biçimde yasaklayarak, genel nitelikte anayasal bir sınır çizmiştir. Maddenin bu nitelik ve içeriğinden, konumuz bakımından önem taşıyan iki sonuç çıkmaktadır: aa) Bütün temel hak ve özgürlükler ve bu arada Anayasanın 20. maddesine konu olan düşünce özgürlüğü, 11. maddenin birinci fıkrasında gösterilen genel nedenlere dayanılarak, yasayla sınırlanabilir. bb) Hiçbir temel hak ya da özgürlük, bu arada düşünce özgürlüğü, “...sınıf... ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasa'da belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile kullanılamaz.” İhtilâlcî sosyalizmin (Kominizmin) Anayasaya ve özellikle 2. maddede nitelikleri belirtilen “Cumhuriyet” e aykırı düşen yönleri yukarıda açıklanmıştır. Bu bakımdan düşünce özgürlüğünün “sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde tahakkümünü tesis etmek”, “sosyal bir sınıfı ortadan kaldırmak” ya da “memleket içinde müesses ikdisadî veya sosyal temel nizamlardan herhangi birini devirmek” kasdı ile kullanılması, yani konumuz bakımından daha somut biçimde söylemek gerekirse, bu kasıtlarla propaganda yapılması, düşünce özgürlüğünün “sınıf ayırımına dayanarak, nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak kasdı ile” kullanılmasından başka bir anlama gelemez. Böyle olunca da, bu durumu düşünce özgürlüğünün “kötüye kullanılması” saymak gerektiği gibi, düşünce özgürlüğünün Anayasa'nın 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan genel nedenlerle bu açıdan sınırlanmasının da Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır...” Anayasa Mahkemesi, 27.11.1980 Tarih, E.1979/31 K.1980/59.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 3.7.1980 Tarih, E.1980/19 K.1980/48.

ylacağını belirtmişti. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun “yetkili mercilerden izin almaksızın veya verilen izne aykırı biçimde pankart ve benzerlerini asmak” fiilini cezalandıran 536. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasını değerlendirdiği karar şöyledir:

“Kişilerin, düşünce ve kanaat özgürlüklerini hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir. Anayasanın 11. maddesi, hakların kötüye kullanılmasına izin vermediği gibi buna aykırı davranışlara ilişkin ceza yaptırımlarının kanunda gösterileceğini belirtmektedir. Yasanın 536. maddesinde yasaklanan eylemi, düşüncenin yasaklandığı biçiminde göstermeye olanak yoktur.”⁴⁶

Anayasa Mahkemesi aynı kuralın iptal istemini görüştüğü başka bir kararında da düşünce açıklamalarının ancak hukukun izin verdiği yol ve yöntemlerle yapılabileceğini belirtmiştir.

“...salt hukuk açısından, kişinin, kendi düşünce ve kanaatlerini kamuya ait yollara, üçüncü kişilere ait yapılara yazmak ya da bunları içeren kâğıt, pano ve benzerlerini asmak biçiminde bir hakka esasen sahip bulunmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Kişilerin, düşünce ve kanaat özgürlüklerini hukuksal ve yasal yollardan açıklamaları gerekir. Anayasa'nın 11. maddesi, hakların kötüye kullanılmasına izin vermediği gibi, buna aykırı davranışlara ilişkin ceza yaptırımlarının yasada gösterileceğini belirtmektedir.”⁴⁷

1961 Anayasası'nın ardından 1982 Anayasası'nın 14. maddesinin de “düşünce özgürlüğü” bakımından nasıl uygulanacağı tartışma konusu olmuştur. Mümtaz Soysal ve Ergun Özbudun, 14. maddenin temel haklar bakımından getirdiği yasağın “suç sayılan eylemler” ile birlikte düşünülmesi gerektiği görüşündedir. Her iki yazara göre söz konusu maddede düşünce değil eylem yasaklanmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin kullanılması ile 14. maddede sözü edilen eylemler arasında açık ve yakın bir nedensellik bağı bulunmadıkça, temel haklar kötüye kullanılmış sayılmazlar. Bülent Tanör ise 14. maddenin en başta düşünce açıklamalarını hedef aldığını savunmuştur.⁴⁸

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, 3.2.1981 Tarih, E.1980/45 K.1981/11.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, 15.1.1981 Tarih, E.1980/68 K.1981/3.

⁴⁸ Doktrinindeki tartışmaların karşılaştırmalı bir analizi için bkz.: Uygun, 1992, a.g.e., s.67.

Bu dönemde Anayasa Mahkemesi, düşüncenin sanat yolu ile açıklanmasının, 14. madde kapsamında kötüye kullanma sayılabileceğine karar vermiştir. 2559 sayılı Kanun’a eklenmiş olan, oyun ve temsiller ile düzenlenen gösterilerden genel ahlâka, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne ve Anayasa düzenine aykırı olduğu saptananların kolluk güçleri ve mülki amir tarafından yasaklanacağına ve sorumlularının derhal adliyeye sevk edileceğini öngören ek madde 1’in ikinci fıkrasının Anayasa’ya aykırılığını incelediği kararında Mahkeme, Anayasa’nın 14. maddesindeki yasakların sanat yolu ile ihlal edilmesinin bu fiillerin cezalandırılmasına engel olmayacağına karar vermiştir. Mahkemenin Kararı şöyledir:

“Anayasanın 64. maddesinde, “Devlet, sanat faaliyetlerini ve sanatçıyı korur. Sanat eserlerinin ve sanatçının korunması, değerlendirilmesi, desteklenmesi ve sanat sevgisinin yayılması için, gereken tedbirleri alır” denilmektedir. Devletin sanatı ve sanatçıyı koruması, sanat yoluyla işlenen suçların cezalandırılmasına engel değildir. Anayasanın 14. maddesinin birinci fıkrasına göre; Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin hiç biri devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve özgürlükleri yok etmek, devletin bir kişi ya da zümre tarafından yönetilmesini ya da sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayırımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla kullanılamaz. Maddenin uygulamada aksaklıklar yaratabileceği, bu görevin polis ve mülkî amir yerine Cumhuriyet Savcıları ve mahkemelere bırakılmasının daha yerinde olacağı yolundaki düşüncelerin Anayasaya uygunluk konusuyla doğrudan bir ilişkisi yoktur. Açıklanan nedenlerle inceleme konusu kuralın Anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.”⁴⁹

14. maddenin yorumlanmasında ve özellikle bu madde ile düşünce özgürlüğü arasındaki ilişkinin ortaya konmasında Anayasa’nın başlangıç hükümlerinin belirleyici bir rolü vardır. Zira 1982 Anayasası’nın başlangıç kısmının

⁴⁹ Anayasa Mahkemesi, 26.11.1986 Tarih, E.1985/8 (Siyasi Parti Kapatma) K.1986/27 sayılı Karar.

8. paragrafı, başlangıçta kullanılan ifadelerin, Anayasa'nın yorumlanmasında sadakatle dikkate alınacağına işaret etmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında, Başlangıçta belirtilen değerlerle çatışan bir düşünce ya da davranışın koruma göremeyeceğini, temel haklara bu kavramlarla anayasal bir sınır çizilmiş olduğunu kesin bir anayasal emir olarak değerlendirmiştir.⁵⁰ Düşünce özgürlüğünün yorumlanmasında Başlangıç'ın bu derece etkili olması sebebiyle, 1982 Anayasası'nın 14. maddenin ilk halinde yer alan “teşvik ve tahrik” ifadeleri metinden çıkartılmış, buna paralel olarak da Başlangıç kısmının beşinci paragrafındaki “hiçbir düşünce ve mülâhazanın” ifadesi “hiçbir faaliyetin” biçiminde değiştirilmiştir. 14. maddedeki değişiklik ile başlangıçta yapılan değişikliğin birbirlerini tamamlayıcı niteliği değişiklik gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “Bu düzenleme başlangıçta yapılan değişikliklerle paralellik arz etmektedir.” Bu değişiklikler ile birlikte düşünce özgürlüğünün de sınırlanıp sınırlanamayacağı tartışmasının son bulması beklenmiştir.

Anayasa'nın 14. maddesinde yapılan değişikliklerle, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin, bu hak ve özgürlükleri yıkmak “amacıyla kullanılamayacağı” hükmü yerine, bu hak ve özgürlükleri yıkmayı “amaçlayan faaliyetler” olarak kullanılamayacağı hükmü getirilmiştir. Ne var ki 14. maddenin yeni metninde “faaliyet” deyiminin kullanılması, maddenin salt düşünce açıklamalarını değil, eylemleri yasakladığı yolundaki hürriyetçi anlayışı güçlendirmesinin yolu, yargı organlarının “faaliyet” deyiminin düşünce açıklamalarını da kapsadığı şeklinde yorumlamaları ile mümkündür.

Anayasa'nın 14. maddesi, 2001 değişikliklerine rağmen, kötüye kullanmayı fiili bir zararın ortaya çıkması açısından değil de hak kullanıcısının güttüğü amaç açısından tanımlamaktadır. Oysa hakların kötüye kullanılmasını gerçek

⁵⁰ “Bu hususu açıkça belirtmek gerekir ki, Atatürk Devrimlerinin hareket noktasında lâiklik ilkesi yatar ve devrimlerin temel taşı bu ilke oluşturur. Başka bir anlatımla lâiklik ilkesi açısından verilecek en küçük bir ödün Atatürk Devrimlerini yörüngesinden saptırarak, yok olması sonucunu doğurabilir. Bu nedenledir ki Anayasanın “Hiçbir düşünce ve mülâhazanın ...Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı;” yolunda kesin bir buyruğa “başlangıç” ta yer vermek zorunluğunu duymuş bulunmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 25.10.1983 Tarih, E.1983/2 (Siyasi Parti Kapatma) K.1983/2 sayılı Karar.

bir zarara sebebiyet verilmesiyle ilişkilendirmeyen her tanım, hak ve özgürlüklerini kullanacak kişiler için genel bir tehdit oluşturmaktadır. Mustafa Erdoğan’a göre bu nedenle, kötüye kullanma için yasak amaçlara yönelik bir “faaliyet”in varlığının şart haline getirilmiş olması da hükmün normatif etkileri açısından önemli bir değişiklik yaratmayacaktır.⁵¹

Nitekim bazı yazarlar düşünce açıklamalarının halen Anayasa’nın 14. maddesi kapsamında değerlendirileceğini ileri sürmüşlerdir. Örneğin Osman Can’a göre Anayasa koyucu 2001 Anayasa değişikliğini, Başlangıç ile 14. madde arasında paralellik kurarak yapmıştır. Bu halde faaliyeti, eğer düşüncelerin söz, yazı, resim ve sair yollarla ifade edilmesi olarak algıyorsak hem başlangıcın 5. paragrafının hem de Anayasa’nın 14. maddesinin düşünceyi açıklama özgürlüğünün genel nitelikli anayasal sınırını çizdiğini kabul etmek gerekecektir. Aksine, “faaliyet” kavramı dar yorumlandığında devletin ideolojik niteliğini ve kurumsal yapısını yok etmeyi amaçlayan organizasyonların ve eylemlerin 14. madde bağlamında koruma görmeyeceğini, fakat bunların eleştirisini veya birey tarafından kabul veya reddedilmesinin hukuk düzenini ilgilendirmediğini kabul etmek gerekecektir.⁵²

2001 Anayasa değişikliklerinden sonra Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda siyasi partilerin Anayasa’nın 14. maddesindeki temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasını engelleyen düzenleme ile bağlı olduklarını ve diğer sebepler yanında Anayasa’nın 14. maddesindeki düzenlemeye aykırı davranışın kapatma sebebi olacağını belirttikten sonra siyasi partilerin tüzük ve programlarında yer alan ifadelerin düşünce özgürlüğü kapsamında kaldığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin kararı şöyledir:

“...siyasi partilerin, Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülen tüzük ve programlarındaki söylemlerinin demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmaması durumunda, bunların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsemiği ülkelerde de rejim için ciddi bir tehlike oluşturmadıkça siyasi partile-

⁵¹ Erdoğan, 2002, a.g.e., s. 69.

⁵² Can, 2002, a.g.e., s. 526.

rin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma hedefini esas alan Anayasamızın da salt ifade özgürlüğü kapsamında kalan tüzük ve program düzenlemesini kapatma nedeni saydığını kabul etmek olanaklı değildir.”⁵³

Anayasa Mahkemesi bu kararında açıkça, düşünce açıklamalarının Anayasa'nın 14. maddesi kapsamında kötüye kullanma olarak değerlendirebileceğini ancak her tür düşünce açıklamasının değil “demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike” oluşturan düşünce açıklamalarının 14. maddede yer alan kötüye kullanma olacağını belirtmiştir.⁵⁴

VII. ANAYASA’NIN 14. MADDESİ VE DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

1982 Anayasası'nın din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 24. maddesinde bu özgürlüğün kötüye kullanımını yasaklayan iki hüküm yer almaktadır. Bunlardan ilki, “14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir.” biçimindeki ikinci fıkra, ikincisi ise özel sınırlama hükmü niteliğindeki “Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.” biçimindeki son fıkradır. Böylece 14. madde tüm hak ve özgürlüklere uygulanabilecek genel bir yasaklama hükmü iken din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 24. maddede ayrıca hatırlatılmıştır.

Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasındaki yasağın düşünceyi kapsamına alıp almadığı konusunda, doktrinde, bir tartışma bulunmaktadır. Dinçkol, Ana-

⁵³ Anayasa Mahkemesi, 29.1.2008 Tarih, E.2002/1 (Siyasi Parti Kapatma) K.2008/1 sayılı Karar.

⁵⁴ “Yukarıdaki açıklama ve değerlendirmeler çerçevesinde Parti'ye, tüzük ve programında yeralan ifadelerle dayanılarak yaptırım uygulanması, örgütlenme ve ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturacağından, İddianame'de ileri sürülen gerekçelerle Parti hakkında kapatma ya da yerine başka bir yaptırım uygulanması demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliğinde görülemez.” biçimindeki gerekçe ile parti kapatma istemini reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 29.1.2008 Tarih, E.2002/1 (Siyasi Parti Kapatma) K.2008/1 sayılı Karar.

yasa'nın 24. maddesindeki yasağın “istismar etme” ve “kötüye kullanma”yı kapsadığını, bu nitelikte olmayan, yani istismar etme ve kötüye kullanma kastı bulunmayan düşünce açıklamalarının anti-laik içerikli bile olsa yasaklanamayacağını ileri sürmüştür. Dinçkol'a göre düşüncenin açıklanması ile açık ve yakın bir tehlike olarak ortaya çıkabilecek bir kötüye kullanmanın doğduğunun kanıtlanması gerekir. Yasaklanan düşünce değil, istismar etme ve kötüye kullanma eylemidir.⁵⁵

Anayasa Mahkemesi, din özgürlüğü ve laiklik konusunda, 1961 Anayasası döneminde verdiği kararlarda, din özgürlüğünün vicdan ve inanca ilişkin boyutu ile ibadet serbestisi boyutu arasında bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrımı yaparken de Türkiye'nin ve İslam'ın kendine özgü koşullarına dayanmıştır.⁵⁶ Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan özgürlüğünün sınırsız olmadığını ve din özgürlüğünün iç âlemden taşarak, toplumun huzurunu kaçırarak boyutlara ulaşmasına, kamu düzeninin korunması düşüncesinin izin vermeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, ibadet özgürlüğünü de kapsayan din ve vicdan özgürlüğü, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu yararını korumak amacıyla sınırlanabileceğini kabul etmiştir.⁵⁷ Mahkeme, 1982 Anayasası döneminde de aynı anlayışı sürdürmüştür.⁵⁸

⁵⁵ Dinçkol, Bihterin Vural, **1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s.82-83.

⁵⁶ “...Batı devletlerinde dinin kötüye kullanılması ve sömürülmesi bizdeki şekilde bir sonuç doğurmadığından din ve devlet işlerinin birbirine karışmaması yönünden kabul edilen, kilisenin bağımsızlığı durumu devlet düzeni bakımından bir tehlike göstermemektedir. Oysa İslâmlık bireylerin yalnız vicdanlarına ilişkin olan dinî inanç bölümünü düzenlemekle kalmamış, aynı zamanda bütün toplum ilişkilerini, devlet faaliyetlerini ve hukuku da tanzim etmiştir. Bu durumda ülkemizde din hürriyetinin Anayasa ile çizilen sınırlarının ihlâli dinin sömürülmesi ve kötüye kullanılması, Devletin lâiklik esasına dayanan düzenine karşı gelinmesi anlamını taşımakta; Anayasanın temel ereklerini engelleme sonucunu doğurmaktadır. Böyle bir tutumun ve sınırsız, denetimsiz bir din hürriyeti ve bağımsız bir dinî örgütlenme anlayışının ülkemiz için pek ağır tehlikelerle yüklü olduğu uzak ve yakın tarihi tecrübelerle anlaşılmıştır. Bu nedenlerle Anayasa Koyucu, mabedin ve din işleriyle uğraşan kimselerin özerkliği veya, bağımsızlığı biçiminde sınırsız ve Devlet denetimi dışında kalan bir din hürriyeti anlayışının Anayasa'da kabul edilen lâiklik düzeni ve ilkelerine uygun görmemiştir.” Anayasa Mahkemesi, 21.10.1971 Tarih, E.1970/53, K.1971/76 sayılı Karar.

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, 27.11.1979 Tarih, E.1979/9, K.1979/44 sayılı Karar.

⁵⁸ Mahkemenin kararı şöyledir: “Anayasa Mahkemesi'nin lâiklik konusunda 1961 Anayasası dönemindeki tüm yargıları günümüzde de geçerlidir. Bu kararlara göre: a) Dinin devlet

2001 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 14. maddesinde ve Başlangıcın 5. paragrafında gerçekleştirilen değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde Anayasa'nın 24. maddenin son fıkrasındaki kötüye kullanma yasağının düşünce açıklamasını kapsamadığı söylenebilir.⁵⁹

SONUÇ

Hak ve özgürlüklerin kötüye kullanım yasağının 1971 Anayasa değişikliklerinden sonra anayasalarımıza girmesi ile birlikte bu yasağın anayasalarda bulunmasına gerek olup olmadığı tartışılmıştır. Bu konuda iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Birinci yaklaşımı benimseyenler, kötüye kullanma yasağına ilişkin hükmün Anayasa'dan tümüyle çıkarılması gerektiğini savunmaktadırlar. Onlara göre, her hak ve özgürlüğe ilişkin olarak o özgürlüğe özgü sınırlar belirlendiğine göre kötüye kullanmanın engellenmesi için ayrıca bir yasak hükmüne gerek yoktur. Hakların kötüye kullanılmasının hukuk tarafından korunmayacağı, hatta yerine göre cezaî yaptırıma bağlanacağı zaten genel bir hukuk ilkesidir. Dolayısıyla, bu maddenin çıkarılması, demokratik bir hukuk devletinde sakınca yaratabilecek türden hiçbir boşluk doğurmaz. İkinci yaklaşıma göre ise kötüye kullanma yasağının evrensel anlamına uygun olarak düzenlenmesi özgürlükler rejimi bakımından güvence sağlayabilir. Bu görüşü savunanlara göre kötüye kullanma yasağı, Sözleşme'nin 17. maddesine paralel olarak düzenlenmelidir.

Sözleşme'nin 17. maddesi, devletleri değil, Sözleşme'de hak ve özgürlüklerin yine hak ve özgürlüklerin kullanılması yolu ile ortadan kaldırılmasını yasaklamaktadır. 1961 Anayasası'nın 11. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 14. maddesi ise Devleti ve Devletin remi ideolojisini korumak amacıyla genel bir

işlerinde etkili ve egemen olmaması, b) Dinin, bireyin manevî yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayırım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması, c) Dinin, bireyin manevî yaşamını aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması, ç) Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, dinsel hak ve özgürlükler konusunda devlete denetim, yetkisi tanınması, lâiklik ilkesinin gereği olarak anlaşılmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 7.3.1989 Tarih, E.1989/1, K.1989/12 sayılı Karar.

⁵⁹ Yokuş, 2002, a.g.e., s.179.

yasaklama hükmü olarak uygulanmış ve Sözleşme’nin 17. maddesi ise göz ardı edilmiştir.

Sözleşme’nin 17. maddesi, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması halinde Sözleşme’nin sağladığı güvenceden yararlanılamayacağına ilişkin olup demokratik kurumların işlevlerini özgürce yerine getirmesinin sağlanması yoluyla Sözleşme’de yer verilen hakların korunmasını amaçlar. 17. madde, örneğin şiddet içeren ırkçı programların savunulması için 10. maddeye dayanılmasında olduğu gibi, “totaliter ve köktenci grupların faaliyetlerini Sözleşme’ye gönderme yaparak meşrulaştırmalarını engellemektedir.”⁶⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 17. maddeyi genellikle demokrasinin korunması bağlamında değerlendirmiştir.

Sözleşme’nin 17. maddesi son yıllarda daha çok ırkçılık ve yabancı düşmanlığı gibi konularda uygulanmakta; genellikle ırkçı, dini veya siyasi gündemleri olan başvuruçuların ifade özgürlüklerinin veya örgütlenme özgürlüklerinin devlet tarafından ihlal edildiği iddiaları ile birlikte değerlendirilmektedir. 17. maddenin gündeme geldiği durumlarda, başvuruçunun amacı başkalarının haklarını yok etmek olduğu için, devletler çoğu kez herhangi bir sansürün veya bir siyasi partinin yasaklanmasının gerekli bir tedbir olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁶¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17. maddeyi, yalnızca başvuruçunun herhangi bir menfaatini değil, bizzat Sözleşme’nin koruduğu hakları yok etmek için Sözleşme’nin ileri sürüldüğü durumlarda gündeme ge-

⁶⁰ Zdanoka v. Latvia, para. 109.

⁶¹ David, Haris; O’Boyle, Michael; Warbrick, Colin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013, s.669. Örneğin Türkiye Birleşik Komünist partisi davasında Mahkeme, “Faaliyetleri ile herhangi bir devletin kurumlarını tehlikeye atan örgütler, bu kurumların sağladığı korumadan mahrum kalırlar. Bu bakımdan, Divan, demokratik toplum gereklerinin ve bireysel özgürlüklerin korunması zorunluluklarının belirli bir biçimde uzlaştırılmasının sözleşmenin sistemine aykırı olmadığı şeklindeki daha önceki yargısını hatırlatır. Böyle bir uzlaştırma, yetkililerin müdahalesinin 11. maddenin 2. fıkrasına uygun olarak yapılmalıdır. Ancak bu halde Divan, olayın tüm koşullarını gözeterek Sözleşmenin 17. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verir.” dedikten sonra 17. maddenin uygulanamayacağı şu şekilde karar vermiştir: “TBKP tüzüğü ve programı, TBKP’nin sözleşmeden, sözleşmenin tanıdığı hak ve özgürlükleri tahrip etmeyi hedefleyen bir faaliyete girişmek veya bir eylem yapmak için yararlanacağı sonucuna varmaya hiçbir şekilde izin vermediğinden, 17.maddenin uygulanmasına da yer yoktur.” *Türkiye Birleşik Komünist Partisi/Türkiye*, B. No: 19392/92, 30/1/1998, § 32.

lebilecek biçimde anlamaktadır.⁶²

Sözleşme'nin 17. maddesi genel bir yasaklama hükmü değildir. 17. madde, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tahrip etmek amacıyla hangi hak ve özgürlüğe dayanılıyor ise o hak ve özgürlükten yoksun bırakılmasına izin vermektedir.⁶³ Anayasa'nın 14. maddesi ise bilhassa 2001 Anayasa değişikliklerine kadar Anayasa'nın bütününde bulunan Devleti koruma öncelikli yaklaşımla birlikte, özgürlüklerin tamamına yönelik sonuç doğurmuş; 14. maddeden en çok, ifade ve örgütlenme özgürlükleri etkilenmiştir.

2001 Anayasa değişikliklerine rağmen 14. maddenin, özgürlüklerin sınırını daraltmada bir Anayasal dayanak olarak kabul edilmesi mümkündür. Madde-nin başında yer almaya devam eden "Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi" biçimindeki ifade, Anayasa değişikliğinden sonra da tüm hak ve özgürlüklerin maddede belirtilen değerleri korumak amacıyla sınırlanabileceğini göstermektedir.

Diğer yandan 14. maddenin 2. fıkrasında yapılan değişiklik ile devletin, Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini ve temel hak ve özgürlükler için Anayasa'da gösterilen sınırlamalardan daha geniş sınırlamalar getirmesini amaç edinen bir faaliyette bulunamayacağı hükmü getirilmiştir. Bu noktada AIHS'nin 17. maddesindeki düzenlemeye yaklaşılmıştır.

2001 Anayasa değişikliğinden sonra 14. maddenin yeni şekli, özgürlüklerin genişletilmesi ve değişikliğin Sözleşme'nin 17. maddesindeki kriterleri sağlamak için yapılmış olması, bilhassa düşünce özgürlüğü konusunda yeni açılımlar yapma fırsatları sunmaktadır. 1982 Anayasası'nın 14. maddesine dayanmanın uygun olduğu durumlarda dahi, Sözleşme'nin 17. maddesinin uygulanmasına benzer bir şekilde, temel hakları kötüye kullanma yasağı politik olmayan konularla ilgili özgürlüklerin sınırlandırılması ve özellikle ifade hürriyetinden yoksunluk bazı esnekliklerle uygulanmalıdır. 14. maddeye dayanılarak yapılan sınırlandırmalar sürekli uygulanmamalı, genel ahlak ve kamu dü-

⁶² Haris, O'Boyle, Warbrick, 2013, a.g.e., s.669.

⁶³ Haris, O'Boyle, Warbrick, 2013, a.g.e., s.670.

zeni tekrar sağlandığı zaman bu sınırlamalar gevşetilebilmelidir.⁶⁴ Anayasa’nın 14. maddesinin devlete verdiği yetki, “demokratik sisteme yönelik tehdidin ağırlığı ve süresi ile sıkı sıkıya orantılı bir şekilde” kullanılmalıdır.⁶⁵ Her durumda 14. madde başvurulabilecek en son çare olarak görülmelidir.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akad, Mehmet ve Dinçkol, Abdullah, **1982 Anayasası ve Anayasa Mahkemesi Kararları**, İstanbul: Der Yayınları, 2007.

Alman Federal Meclisi, **Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası**, Tercüme: Prof. Dr. Christian Rumpf ve Dr. Gökçe Uzar, Berlin: Alman Federal Meclisi Yayın Bölümü, 2010.

Arslan, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, 2002, ss. 139-155.

Aydın, Nizamettin, **3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa değişikliklerinin Temel hak ve Hürriyetler Üzerine Etkileri**, Bursa: Ekin Yayınları, 2008.

Can, Osman, “Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Anayasa Yargısı**, C. 19, 2002, ss.503-532.

David, Haris; O’Boyle, Michael; Warbrick, Colin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku**, Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.

Dinçkol, Bihterin Vural, **1982 Anayasası Çerçevesinde ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Laiklik**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.

Erdoğan, Mustafa, **Anayasa ve Özgürlük**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.

Erdoğan, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul: Orion Yayınları, 2011.

Eren, Abdurrahman, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum**

⁶⁴ *De Becker/ Belçika*, B. No: 214/56, 27/03/1962.

⁶⁵ *De Becker/ Belçika*, B. No: 214/56, 27/03/1962.

Düzeninin Gereklere, İstanbul: Beta Yayınları, 2004

Hakyemez, Yusuf şevki, **Militan Demokrasi Anlayışı ve 1982 Anayasası**, Ankara: Seçkin, 2000.

Özbudun, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara: Yetkin, 2010.

Polatcan, İsmet, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**, İstanbul: Bayrak Yayıncılık, 1989.

Sağlam, Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara: AÜSBF Yayınları, 1982.

Soysal, Mümtaz, **100 Soruda Anayasanın Anlamı**, 11. Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi, 1997.

Tanör, Bülent, **İki Anayasa 1961-1982**, İstanbul: XII Levha yayınları, 2012.

Tanör, Bülent, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", Der: Oktay Uygun, **İnsan Hakları**, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2000, ss. 47-57.

Tanör, Bülent ve Yüzbaşıoğlu, Nemci, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2011.

Uygun, Oktay, **1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992.

Yokuş, Sevtap, **Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara, Yetkin, 2002.

YARI BAŞKANLIK SİSTEMLERİNDE DEVLET BAŞKANINI ÖN PLANA ÇIKARAN UNSURLAR - FRANSA ÖRNEĞİ VE TÜRKİYE

The Elements Featuring Presidents of The Republic in Semi Presidential Systems - Exemple of France and Turkey

Arş. Grv. Halil ALTINDAĞ*

ÖZET

Devlet başkanının halk tarafından seçildiği parlamenter sistemler yarı başkanlık rejimi adı altında ayrı bir sınıflandırılmaya tabi tutulmaktadır. Başkanın halk tarafından seçilmesi ve klasik parlamenter rejim devlet başkanının yetkilerinin ötesinde birtakım yetkilere sahip olması ve bunun yanında parlamenter sistemin unsuru olan parlamento karşısında sorumlu bir hükümetin varlığı yarı başkanlık rejimlerinin ayırt edici unsurları kabul edilmektedir. Ancak bu unsurlar her zaman bizi parlamenter sistemden farklı bir uygulamaya götürmemektedir. Dolayısıyla yarı başkanlık rejiminin ayırt edici unsurları bu kriterlerin yanında devlet başkanı adayının kişiliği, siyasi partilerle ve parlamento ile ilişkisi, parlamento kompozisyonu gibi birtakım ampirik olgularda da aranmalıdır.

Fransa'da cumhurbaşkanının siyasi parti lideri olması ve parlamento çoğunluğu ile olan yakın ilişkisi, fesih yetkisi ve bakanlar kurulunda sahip olduğu konum onu sistemde ön plana çıkarmaktadır. General de Gaulle'ün yürütmenin lideri gibi hareket etmesi de yarı başkanlık geleneğinin oluşmasını sağlayan bir başka unsurdur. Türkiye'de 2014 yılında cumhurbaşkanının ilk kez halk tarafından seçilecek olması kâğıt üstünde Türkiye'deki sistemi Fransa'ya yaklaştıracaktır. Ancak uygulamada benzerlik olup olmayacağı seçilecek kişinin niteliği ve tutumu ile yakından ilgilidir. Bunun yanında başbakan ile cumhurbaşkanı arasında doğabilecek güç mücadeleleri anlarında, fesih yetkisi gibi başvurulacak bir aracın olmayışı sistemde Fransa'nın aksine uzun süren krizlere neden olabilir.

Anahtar Kelimeler: yarı başkanlık, cumhurbaşkanı, Fransa, fesih

* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ABD, halilaltindag19@gmail.com

ABSTRACT

The systems in which the president of the republic is elected by general suffrage is classified as semi-presidentialism. A popularly elected president who has powers beyond that of the president of parliamentary regime and a cabinet subject to assembly confidence constitute the features of semi presidential system. However, these features do not automatically bring about a practice different from parliamentary system. Thus, besides these constitutional provisions, the features of semi-presidential system should be sought in some empirical facts, such as personality of the president, his relationship with political parties and parliamentary composition.

The juxtaposition of a political party leader president, his close relation with parliamentary majority, power of dissolution and his dominant position in cabinet gives the president of France prominence in the system. Besides all these General de Gaulle, conducting as a head of the executive, made way for emergence of semi presidential tradition. Considering that the president of Turkey will be elected by general suffrage in 2014, Turkish system of government will resemble that of France, but aside from the constitutional resemblance, the practical similarity will be conditioned by the character and way of conduct of the elected president, just like the president of France. However, lack of an instrument such as power of dissolution could give rise to everlasting crisis in the executive while the prime minister and the president struggle for being the true leader of the executive.

Key Words: semi-presidentialism, president of the republic, France, dissolution.



GİRİŞ

Parlamente sistemle yönetilen pek çok ülkede devlet başkanının halk tarafından seçilmesi yoluyla göreve gelmesi kabul edilmiş ve bu ülkeler yarı başkanlık sistemi ayrı bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Parlamente sistemin klasik yapısının yanına halk tarafından seçilen bir devlet başkanı eklenerek karma bir model yaratılmıştır. Ancak bu karma model her ülkede yeknesak bir uygulama göstermemektedir. Parlamente sistemden çok uzaklaşmayan örnekler olduğu gibi, başkanlık sistemine yakınsayan örnekler de bulunmaktadır. Dolayısıyla halk tarafından seçilen devlet başkanının tek başına bu niteliğiyle uygulamada yeni bir sistem yarattığını söylenemez. Yarı başkanlık başlığı al-

tında sınıflandırılan ülkelerde devlet başkanının ön plana çıkararak, klasik parlamenter sistemden farklı bir uygulama yarattığı sistemlerin ayırt edici unsurlarını ortaya koyabilmek için halk tarafından seçilmenin yanında başka kriterlere de bakılması gerekmektedir.

Bu çalışmada halk tarafından seçilen devlet başkanının parlamenter sistemde ön plana çıkmasına ve klasik parlamenter sistem işleyişini değiştirmesine yol açan unsurlar araştırılacaktır. Halk tarafından seçilen devlet başkanının parlamenter sistemde önemli bir değişiklik meydana getirdiği ve hatta yarı başkanlık sistemi olarak akla gelen ilk örnek olan Fransa esas alınarak, 2014 yılında ilk kez bir devlet başkanının halk tarafından seçileceği Türkiye’de parlamenter yapının benzer bir kayma gösterip gösteremeyeceğine ilişkin bir öngöründe bulunulacaktır. Devlet başkanlarının halk tarafından seçildiği Avusturya, Portekiz, İzlanda ve İrlanda örneklerine de yeri geldiğince değinilecektir.

I. YARI BAŞKANLIK SİSTEMİ

Yarı başkanlık kavramı ilk olarak Maurice Duverger tarafından dile getirilmiştir¹. Duverger *Echec au Roi*² adlı eserinde Fransız hükümet sistemi ile bu sisteme benzeyen diğer Avrupa ülkelerini karşılaştırmış ve incelediği sisteme yarı başkanlık adını vermiştir³. Duverger bir sistemin yarı başkanlık olarak nitelendirilebilmesi için şu öğeleri taşıması gerektiğini ifade etmektedir⁴:

- Devlet başkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi
- Devlet başkanının klasik parlamenter sistem devlet başkanının yetkilerini aşar nitelikte yetkilere sahip olması
- Parlamenta karşı sorumlu olan, parlamentonun güvenini muhafaza ettiği sürece görevde kalabilen ve başbakan ve bakanlardan oluşan bir hükümetin varlığı

¹ Matthew Soberg Shugart, “Semi-Presidential Systems: Dual Executive And Mixed Authority Patterns”, *French Politics*, 2005, Sayı 3, s. 323.

² Maurice Duverger, *Echec au Roi*, Albin Michel, Paris, 1978.

³ Maurice Duverger, “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *European Journal of Political Research*, 1980, Sayı 8, s. 165.

⁴ Duverger, “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, s.166.

Bu tanımdan yarı başkanlık sisteminin klasik parlamenter sisteme ek olarak halk tarafından seçilen ve önemli birtakım yetkilere sahip olan devlet başkanının varlığı ile tanımlandığı görülmektedir. Sadece anayasal hükümlere dayalı olarak yapılan bu tanıma uyan ülkelerde hükümet sisteminin işleyişinin çok farklı örnekleri olduğu gözlemlendiğinde, sistemin ayırt edici unsurlarını sadece anayasal hükümlerde aramakla kendimizi sınırlamayıp, ülkedeki siyasal atmosfer, devlet başkanlığı seçimlerindeki aday profilleri gibi faktörleri de göz önünde bulundurma ihtiyacı kendini hissettirmektedir. Dolayısıyla anayasal düzenlemeleri, bu hükümlerin her bir ülkedeki yorumlanması ve uygulanması ile birlikte ele alarak bir sonuca varmak daha doğru olacaktır. Nitekim Duverger de anayasa temelli bu tanımını analitik bir yaklaşımla derinleştirmiş ve parlamento çoğunluğu, parlamento çoğunluğu ile başkanın ilişkisi ve ülkedeki siyasal gelenekleri dikkate alarak benzer anayasal hükümlere sahip ülkelerdeki uygulama farklılıkları açıklamıştır⁵. Devlet başkanının önemli yetkilere sahip olması kriteri hariç, Duverger'nin kriterlerine benzer kriterlerle⁶ yarı başkanlık sisteminin tanımlayan Sartori de ülkelerdeki uygulamaları dikkate alarak bu kriterleri karşılayan ülkelere bir kısmının yarı başkanlık olarak değerlendirilemeyeceğini ve işleyişin klasik parlamentarizm özelliklerini taşıdığını ifade etmektedir⁷. Dolayısıyla yarı başkanlık rejiminin kriterlerinin mümkün olduğunca somutlaştırılarak değerlendirilmesi ve bu farklılığı yaratan koşulların ortaya çıkarılması gerekmektedir. Bu bağlamda aşağıda yarı başkanlık sisteminin unsurları olarak görülen, devlet başkanının halk tarafından seçilmesi ve sahip oldukları yetkiler meselesi ele alınacaktır. Ancak Duverger'nin üçüncü kriteri olan parlamento karşısında sorumlu bakanlar kurulu, yarı başkanlık rejiminin parlamenter sistem yönünü vurgulamak için zikredildiğinden, burada yalnızca parlamenter sistemden sapma yaratan ilk iki kriter değerlendirilecektir.

⁵ Duverger, "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", s. 177 vd.

⁶ Giovanni Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 177.

⁷ Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s. 167 vd.

A. Halk Tarafından Seçilme

Esasen yarı başkanlık sisteminin parlamenter sistemden ayrı bir başlık olarak değerlendirilmesinin sebebi devlet başkanının halk tarafından seçiliyor oluşudur. Halk tarafından seçilme yürütmenin her iki kanadı da demokratik meşruiyet taşıyan iki başlı bir yapı olarak şekillenmesini sağlamaktadır. Ancak bu iki başlılık her zaman pratikte kendisini göstermemektedir. Dolayısıyla devlet başkanının halk tarafından seçilmesinin yanında birtakım ek ölçütler bu iki başlılığın doğmasına imkan vermektedir.

Göz önünde bulundurulması gereken ilk husus devlet başkanlığına aday olan kişinin bir siyasi partinin mi aday olduğu yoksa bir siyasi partinin lideri mi olduğudur. Bir veya birkaç siyasi parti tarafından aday gösterilen veya desteklenen ancak bu siyasi partilerden herhangi birinin liderliğinde olmayan bir adayın devlet başkanı seçildiğine parlamento çoğunluğu kendisini destekleyen parti veya partilerden oluşsa dahi parlamento ve parlamentodan çıkan hükümete baskın bir irade ortaya koyması olası bir durum değildir. Böyle bir durumda devlet başkanı yalnızca kendisine tanınan yetkileri kullanmakta, yürütmenin olağan ve sürekli işleyişine katılmamaktadır. Devlet başkanının halk tarafından seçildiği Avusturya ve Portekiz’de başkan adayları genellikle partilerin lideri değildir, ya partiler tarafından aday gösterilen kişilerdir ya da bağımsız olarak aday olmakta ve siyasi partiler tarafından desteklenmektedir. Herhangi bir siyasi partinin lideri olmayan bir kişinin halk desteği ile yürütme içinde bir ikilik yaratması ihtimali siyasi partilerin siyasi hayatı domine etmesi yüzünden pek olası görünmemektedir. Zira herhangi bir siyasi parti tarafından desteklenmeden halkın yarısından fazlasının oyunu alabilecek bir kişinin siyasi parti kurarak siyasete atılması ihtimali çok daha fazladır.

Kanaatimce devlet başkanlığı seçiminde aday olan kişinin bir siyasi partinin lideri olması halinde ise devlet başkanının otomatik olarak yürütme içinde etkin bir konumda olacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Devlet başkanının kendi partisi veya kendisini destekleyen partilerle olan ilişkisi ve halk nezdinde imajı da önemlidir.

Karizmatik bir lider ile partisinin aldığı oy oranında parti ideolojisinin baskın olduğu bir liderin devlet başkanı olması halinde devlet başkanının etkinliği aynı yoğunlukta olmayacaktır. Liderin popülaritesi olmaksızın oy oranı ciddi kayba uğrayacak bir partinin liderinin devlet başkanı seçilmesi halinde devlet başkanının parti üzerindeki gücü değişmeyecektir. Devlet başkanı parti aracılığıyla hem parlamentoda hem de hükümette etkin olabilecektir. Fransa’da yarı başkanlık geleneğini başlatan Charles de Gaulle karizmatik liderin en önemli örneğidir. Kendi popülaritesi sayesinde parlamento çoğunluğuna ve dolayısıyla hükümete hakim olabilmıştır.

Eğer liderin popülaritesinden bağımsız olarak aynı düzeyde oy alabilecek bir ideoloji partisi söz konusu ise bu durumda siyasi partinin yeni lideri ile devlet başkanı arasında fiili bir hiyerarşinin kurulması ihtimali zayıflayacaktır. Böyle bir durumda yürütme içinde bir iki başlılığın doğması kuvvetle muhtemeldir. Aşağıda ele alınacak olan fesih yetkisinin yokluğu halinde bu gibi durumlarda sık sık siyasi krizlerin doğmasına beklenebilir.

Bu ihtimaller göz önünde bulundurulduğunda devlet başkanının halk tarafından seçilmesi ve halkın yarısından fazlasının oyunu alarak ülkedeki siyasi partilerin tümünden daha fazla kişinin desteğini alması onu kendiliğinden yürütmenin lideri konumuna oturtmamaktadır. Yürütmenin diğer kanadı olan hükümetin parlamento içinden çıkması ve parlamentonun güvenine sahip olması göz önünde bulundurulduğunda parlamento çoğunluğuna iradesini kabul ettirebilecek bir devlet başkanı ancak yürütme içinde ön plana çıkabilmektedir.

B. Devlet Başkanının Önemli Yetkilere Sahip Olması

Duverger’nin yarı başkanlık sisteminin üç özelliğinden ikincisi devlet başkanının normal parlamenter rejim devlet başkanının yetkilerinin ötesinde önemli birtakım yetkilere sahip olmasıdır. Parlamenter sistem devlet başkanı yürütmenin sorumsuz kanadı olması sebebiyle aynı zamanda yetkisizdir. Sahip olduğu yetkiler tarafsız olma niteliğinin ön plana çıktığı sembolik ve temsili yetkililerdir. Oysa yarı başkanlık sistemlerinde devlet başkanı bu tip klasik yetkilerin yanında atama yetkileri, olağanüstü hal yetkileri, parlamentoya karşı kullanılabilecek yetkiler gibi çeşitli yetkilere sahiptir.

Her ne kadar devlet başkanının önemli yetkilere sahip olması sistemin bir unsuru olarak ileri sürülse de bu yetkilerin nitelikleri konusunda bir belirleme yapılmamıştır. Anayasalara bakıldığında bu yetkilerin referanduma başvurma, yasaları geri gönderme, yargıçları atama, parlamentoyu fesih gibi yetkiler olduğu görülmektedir. Bu yetkilerin pek çoğu devlet başkanına düzenli olarak yürütme ve idari işleyişe katılmasını sağlayacak yetkiler olmaktan çok, ender aralıklarla kullanılabilen ve bir kriz doğuran konularda halkın hakemliğine başvurma aracı olan yetkilidir⁸. Referanduma başvurma, meclisin feshi gibi yetkiler bu kapsamdadır. Sartori bu yetkilerin ender kullanılabilen yetkiler olduğu, karar yetkileri olmaktan çok, kriz anlarında halka başvurma veya bir karar almak yerine alınan kararı engellemek şeklinde olduğunu⁹ ve devlet başkanının kendisine tanınan yetkiler aracılığıyla sistemde ön plana çıkmayacağını ifade etmekte ve yarı başkanlık tanımında devlet başkanının önemli yetkilere sahip olmasına yer vermemektedir¹⁰.

Yarı başkanlık sistemlerinde devlet başkanına tanınan yetkiler kısaca şu şekildedir:

- a) Yasamaya ilişkin yetkiler
 - Meclise hitap etmek
 - Referanduma başvurmak
 - Anayasa mahkemesine başvurmak
 - Meclisi feshetmek
 - Parlamentoyu toplantıya çağırarak
 - Yasaları geri göndermek
- b) Yürütmeye ilişkin yetkiler
 - Silahlı kuvvetlerin kullanılması ilişkin yetkiler
 - Yüksek görevli memurları atama yetkileri
 - Olağanüstü hal yetkileri

⁸ Pierre Pactet / Ferdinand Melin-Soucranian, *Droit Constitutionnel*, 28. bs., Dalloz-Sirey, 2009, s. 416.

⁹ Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s. 162-163

¹⁰ Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s. 173-174.

- Başbakanı ve bakanları atamak
 - Bakanlar kuruluna başkanlık etmek
- c) Uluslararası ilişkilere ilişkin yetkiler
- Yabancı ülke temsilcilerini akredite etmek
 - Ülkeyi uluslararası alanda temsil etmek
- d) Yargıya ilişkin yetkiler
- Anayasa mahkemesi üyelerini atamak
 - Yüksek yargı görevlilerini atamak
 - Af yetkisi

Yukarıdaki yetkiler halk tarafından seçilen tüm devlet başkanlarının sahip olduğu ortak yetkiler değildir. Bazı devlet başkanları bu yetkilerin hemen hemen tümüne sahipken bazıları sadece bir kısmına sahiptir.

Duverger her ne kadar devlet başkanının önemli yetkilere sahip olmasını yarı başkanlık sisteminin bir unsuru olarak kabul etmişse de uygulamada halk tarafından seçilen devlet başkanlarından bazılarının bu yetkilerini kullanmadığını ve kağıt üstünde güçlü olmakla birlikte uygulamada bu denli etkin olmadıklarını tespit etmiştir¹¹. Bu nedenle yetkiler konusunda bakılması gereken bir diğer husus mevzuat ve uygulama arasındaki uyumsuzluktur. Bazı ülkelerde anayasa devlet başkanına önemli yetkiler vermekle birlikte ülkedeki siyasal gelenekler gereği devlet başkanı bu yetkilerinin bazılarını kullanmamaktadır. Avusturya’da ve İzlanda’da durum böyledir¹². Avusturya’da siyasi partilerin devlet başkanının sistemde ön plana çıkma çabasına karşı olan ortak tutumu, İzlanda’da ise anayasanın salt çoğunlukla değiştirilebiliyor olmasından dolayı yetkilerinin parlamento tarafından kolayca kısıtlanabilmesi ihtimali nedeniyle devlet başkanları etkin değildir¹³. İrlanda’da ise devlet başkanı kağıt üstünde bu iki ülke kadar güçlü olmasa da, uygulamada durum benzerdir¹⁴.

¹¹ Duverger, “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, s.179

¹² Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s. 167.

¹³ Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s.168-169

¹⁴ Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s. 167

Devlet başkanının yetkilerinin niceliğine bakarak sistem içerisinde ön plana çıkıp çıkmayacağını söylemek kanaatimce doğru değildir. Zira bu yetkiler yürütme organının diğer kanadı olan hükümetin sahip olduğu yetkilerle aynı nitelikte değildir. Hükümet devletin politikasını belirlemek ve genel idaresini yönetme, düzenleme yapma gibi yönetici sıfatı veren yetkilere sahip iken, devlet başkanı tarafsız bir hakem veya sembolik bir makam olma niteliği veya kriz anlarında devreye giren siyaset üstü bir kişi niteliği veren yetkilere sahiptir. Dolayısıyla kendisine yönetici sıfatı veren yetkilere sahip olmadıkça, bir başka deyişle normal parlamenter rejimde hükümetin sahip olduğu yetkilerin bir kısmına sahip olmadıkça, yetkilerinin fazlalığı devlet başkanını sistemde ön plana çıkaran bir unsur olarak görülemez.

Devlet başkanının sahip olduğu yetkilerin niceliği değil niteliği esasen önem arz etmektedir. Dolayısıyla yetkiler üzerinden yapılacak bir değerlendirmede bu yetkinin devlet başkanını sistem içinde ön plana çıkarıp çıkarmayacağı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Sembolik nitelikte olan veya tarafsız olma niteliği dolayısıyla tanınan yetkilerle devlet başkanına önemli siyasi güç kazandıran veya yürütmenin günlük işleyişinde etkin olmasını sağlayan yetkileri birbirinden ayırmak gereklidir.

Meseleyi daha da somutlaştırmak amacı ile Fransa'da devlet başkanı sistem içerisinde ön plana çıktığından, referans ülke olarak ele alınarak ve hem devlet başkanının seçimi hem de yetkileri ve bu yetkilerden devlet başkanını ön plana çıkaranların hangileri olduğu tespit edilerek Türkiye'de 2014 yılında yapılacak devlet başkanlığı seçimlerinden sonra ortaya çıkabilecek durum hakkında öngöründe bulunmak amacıyla Fransa ve Türkiye arasında karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılacaktır.

II. FRANSA VE TÜRKİYE DEVLET BAŞKANININ KONUMU

A. Devlet Başkanının Seçimi

Fransa'da devlet başkanının seçimi Anayasa'nın 6. ve 7. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddelere göre devlet başkanı iki türlü seçim sonucunda beş yıllığına doğrudan halk tarafından seçilmektedir. 2000 yılında yapılan deği-

şikliğe kadar cumhurbaşkanı yedi yıllık görev süresi için seçilirdi. Ancak beş yılda bir yapılan parlamento seçimleri ile paralellik sağlamak amacıyla Anayasa'da değişikliğe gidilerek görev süresi beş yıla indirilmiştir. 2002 yılında yapılan başkanlık seçimleri ve hemen ardından yapılan parlamento seçimleri ile devlet başkanı ve parlamento çoğunluğunun aynı siyasi eğilime sahip olması ihtimali kuvvetlendirilerek *cohabitation*¹⁵ ihtimali zayıflatılmış ve Charles de Gaulle'ün ifadesiyle, Cumhurbaşkanı yürütmenin gerçek başı konumuna ulaşmıştır¹⁶.

Türkiye'de 2007 yılında yapılan anayasa değişikliğine kadar devlet başkanı parlamento tarafından seçilmekteydi. 2007 yılında ortaya çıkan siyasi krize çözüm olarak devlet başkanının halk tarafından seçilmesi usulü getirilmiştir. Getirilen değişiklikle devlet başkanı Fransa'daki usule benzer şekilde iki turlu bir seçim sonucunda doğrudan halk tarafından seçilecektir. Ancak bu değişiklik ilk uygulamasını 2014 yılında yapılan devlet başkanlığı seçimlerinde gösterecektir.

Fransa'da devlet başkanlığı seçimlerinde adaylar siyasi partilerin liderleridir. Bu sebeple devlet başkanının halk tarafından seçildiği Portekiz veya Avusturya gibi ülkelerin aksine burada devlet başkanlığı yürütme içinde hayli etkin konumdadır. Devlet başkanlığı bu etkinliğini sadece partisi üzerinde kullanmamaktadır. Devlet başkanlığı seçiminin iki turlu oluşu Fransa'da siyasi partileri sağ ve sol olmak üzere iki ana blok etrafında birleşmeye sevk etmiştir. Bu nedenle devlet başkanı içinden çıktığı siyasi blok üzerinde etkinliğe sahiptir. Lideri olduğu partinin parlamento çoğunluğu üzerinde de hem aynı siyasi eğilime sahip olma hem de kişisel karizması sayesinde etkili olmaktadır. Fransa'da Cumhurbaşkanının yürütme gücünün elinde bulundurmasının sebebini

¹⁵ Cohabitation kelime anlamı olarak birlikte yaşama demektir. Cumhurbaşkanı ile hükümetin farklı siyasi kanattan olması durumunda yaşanan iki başlılığı anlatır. Cohabitation dönemlerinde esasen yürütmenin gerçek başı başbakandır ve cumhurbaşkanı yalnızca kendi anayasal yetkileri çerçevesinde ve uygulamada gelenek olarak kabul edilen saklı yetki alanlarında hareket etme imkânına sahip olur. Fransa'da 1986-1988, 1993-1995 ve 1997-2002 yılları arasında cohabitation dönemleri yaşanmıştır.

¹⁶ Jean Massot, "Quelle place de la constitution 1958 accorde-t-elle au president de la republique?" (Çevirimiçi) www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-17355.pdf, 16 Mart 2014, s. 2.

onun bu vasfında arayarak, sahip olduğu yetkilerin ancak sistemde tıkanıklık olduğunda başvurduğu yetkiler olduğunda kullandığı ve zaten bu amaçla bu yetkilerin kendisine tanındığı ifade edilmiştir¹⁷.

Cumhurbaşkanının parlamentodaki çoğunlukla aynı görüşten olması halinde başbakan ile cumhurbaşkanı arasında ast-üst ilişkisi kurulmakta ve genel politikayı cumhurbaşkanı belirlemekte, başbakan ise bu politikayı uygulamaya dökmektedir. Bu fiili ilişki sayesinde başbakan yalnızca parlamentoya karşı değil aynı zamanda fiili olarak cumhurbaşkanına karşı da sorumlu olmaktadır. Bu nedenle kağıt üstünde yetkisi olmamasına rağmen, uygulamada cumhurbaşkanları başbakanların istifalarını isteyebilmektedir ve başbakanlar cumhurbaşkanının bu talebini yerine getirmektedirler¹⁸. Ancak *cohabitation* dönemlerinde bu ilişki ast-üst ilişkisi olmaktan çıkmakta ve yatay hale gelmektedir. Bu dönemlerde yürütme gücü esas itibariyle başbakan tarafından kullanılmaktadır¹⁹.

Türkiye’de 2014 devlet başkanlığı seçimlerinde kimlerin aday olacağı henüz belli olmamakla birlikte, adayların parti lideri olması veya olmaması devlet başkanının konumunu ve etkinliğini etkileyecektir. Birkaç partinin göstereceği ortak adayın seçimi kazanması halinde, cumhurbaşkanının kendi alanına çekilmesi ihtimali kuvvetlenecektir. Ancak bu çekilmenin normal parlamenter sistem cumhurbaşkanının sistemdeki etkisizliği veya parlamento tarafından seçilen cumhurbaşkanlarının tutumu ölçüsünde olması beklenmemelidir, zira her ne kadar partilerin ortak aday gösterdiği ve herhangi bir partinin lider isimlerinden biri olmayan kişi cumhurbaşkanı olsa da, seçimin halk tarafından yapılmış olması, cumhurbaşkanına fiili bir güç mutlaka katacaktır. Parti liderinin seçimi kazanması halinde ise cumhurbaşkanının sistemde ön plana çıkma ihtimali kuvvetlenecektir. Bu ihtimal parti liderinin partisi üzerindeki kişisel etkisi ve seçmenlerle olan ilişkisine paralel olarak artacaktır. Ancak Fransa’dan farklı olarak, parlamento seçimlerinin dört yılda bir, devlet başkanlığı seçimlerinin beş yılda bir yapılması parlamento ve devlet başkanlığının farklı siyasi eğilim-

¹⁷ Pactet / Melin-Soucramanien, *Droit Constitutionnel*, s. 417-418.

¹⁸ Pactet / Melin-Soucramanien, *Droit Constitutionnel*, s. 419.

¹⁹ Pactet / Melin-Soucramanien, *Droit Constitutionnel*, s. 420.

de olması ihtimali doğurabilir ve siyasi çekişmelere yol açabilir. Bu nedenle Fransa’da birkaç kez yaşanan ve 2000 yılında yapılan anayasa değişikliği ile tekrar yaşanma ihtimali zayıflatılan *cohabitation* dönemlerinin Türkiye’de yaşanması ihtimali kuvvetlidir.

B. Devlet Başkanının Yetkileri

Yukarıda yarı başkanlık sistemlerinde devlet başkanlarının sahip olduğu yetkiler ana hatları ile ifade edilmişti. Fransa ve Türkiye’de devlet başkanlarının tek başına kullanabileceği yetkiler de bu tür yetkilerdendir. Ancak elbette yukarıda ifade edilen yetkilerin tümüne her iki devlet başkanı da sahip değildir. Aşağıda başlıklar halinde bu yetkilere yer verilerek hem yetkilerin niceliği hem de niteliği hakkında bir değerlendirme yapılacaktır. Fransa’da Cumhurbaşkanı’nın hangi yetkilerle sistemde ön plana çıktığı ve Türkiye’de bunun olup olmayacağı tartışılacaktır.

1. Yasamaya İlişkin Yetkiler

a. Ortak Yetkiler

Parlamentoya Hitap Etmek

1982 Anayasası’nın 104. maddesinde ve Fransız Anayasası’nın 18. maddesinde Cumhurbaşkanı’nın TBMM’ye hitabı düzenlenmektedir. Ancak 1982 Anayasası’nda Cumhurbaşkanı’nın gerekli gördüğünde yasama yılının ilk günü açılış konuşması yapmasından bahsederken, Fransız Anayasası böyle bir sınırlama getirmemiştir. Fransa’da Cumhurbaşkanı Parlamentonun her iki kanadına okunmak üzere mesaj gönderebilir veya Parlamentonun her iki kanadının Cumhurbaşkanı’nın hitap etmesi amacıyla Kongre adı altında birleşik toplantı yapması halinde, Cumhurbaşkanı Parlamentoya hitap edebilir²⁰. 2008 yılında yapılan değişikliğe kadar Cumhurbaşkanı’nın Parlamentoda söz alma hakkı yoktu; mesajları meclis başkanlarınca okunurdu. Ancak yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanı’nın Parlamentoda söz almasının yolu açılmıştır²¹. Türkiye’de Cumhurbaşkanı bu yetkiyi yeni yasama yılında öncelikli gördüğü konular hak-

²⁰ Philippe Ardant / Bertrand Mathieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 21. bs., L.G.D.J, 2009, s. 498.

²¹ Ardant / Mathieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, s. 498.

kında düşüncelerini Meclisle paylaşmak için kullanırken²², Fransa’da Cumhurbaşkanı almayı düşündüğü önemli bir karar öncesinde Parlamentoyu bilgilendirmek amacıyla bu yetkiyi kullanır²³.

Parlamentoya hitap etme yetkisi Türkiye’de Cumhurbaşkanının siyaset üstü bir konumda olması sebebiyle tanınmıştır ve siyasi aktörlere yasama yılı içerisinde önemli gördüğü konular hakkında yol gösterme amacı taşır. Fransa’da ise Cumhurbaşkanının belli bir konuda alacağı bir karar hakkında Parlamentoyu bilgilendirme amacına yönelik kullanılmaktadır²⁴. Her iki ülkede de icrai bir yetki olmayıp sembolik bir yetkidir ve devlet başkanını etkin kılacak bir niteliğe sahip değildir.

Referanduma Başvurma

1982 Anayasası’nın 104. maddesi, anayasa değişikliklerinin²⁵ Cumhurbaşkanınca referanduma sunulmasını düzenlerken, Fransız Anayasası’nın 11. maddesi, belli konuları ilgilendiren yasa tasarılarının referanduma sunulmasını düzenlemektedir. Dolayısıyla, ilk olarak, referandumun içeriği hususunda bir farklılaşma görülmektedir.

Türkiye’de Cumhurbaşkanı sadece anayasa değişikliklerini referanduma sunabiliyorken, Fransa’da yalnızca yasa tasarıları referandum konusu olarak düzenlenmiştir. Ancak Fransa’da referandumun kapsamı “yasa tasarısı” ifadesinin geniş yorumlanması ile anayasa değişiklikleri hakkındaki yasa tasarılarını da içine almıştır. 1962 ve 1969 yıllarında yapılan referandumlarda General de Gaulle anayasadaki ifadeyi geniş yorumlayarak anayasa değişikliklerini de referanduma sunmuştur²⁶. Bu yorum hukukçuların çoğunluğu ve Danıştay ile Anayasal Konsey tarafından, anayasa değişikliklerinin Anayasa’nın 89. maddesinde düzenlendiği ve bu maddede referandum yolunun ancak parlamento-

²² Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, s. 495.

²³ Ardant / Mathieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, s.498.

²⁴ Ardant, Mathieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, s. 498.

²⁵ Anayasa değiştirme prosedürü, Anayasa’nın 174. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

²⁶ Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel 2 / Le Systeme Politique Français*, Presses Universitaire De France, 1978, s. 215.

nun her iki kanadı tarafından onaylandıktan sonra ve karşı imzaya tabi olarak Cumhurbaşkanı tarafından kullanılabilmesi itirazı ile karşılaşsa da azınlıkta kalan bazı hukukçular, 11. maddenin²⁷ yasa ve anayasa değişikliği prosedürünü düzenleyen maddelerin yanında istisnai ve özel bir usul öngördüğünü ve dolaşısıyla anayasa değişiklikleri hakkında da uygulanabileceğini ileri sürmüştür²⁸. Duverger, Anayasa'nın metni ile uyumlu olmasa da halk tarafından onaylanan bir anayasa değişikliğinin geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceğini, zira Anayasa'nın 3. maddesinin referandumu ulusal egemenliğin ifadesi olarak düzenlediğini ileri sürmektedir²⁹. Ancak anayasa değişikliğine dair yasa tasarılarının referanduma sunulması usulü yalnızca General de Gaulle tarafından uygulanmıştır, daha sonra böyle bir uygulama görülmemiştir.

Türkiye Anayasası'nın 175. maddesinde zorunlu ve ihtiyari referandum öngörülmüştür. Cumhurbaşkanı'nın münhasır yetkisi olarak değerlendirilebileceğimiz ihtiyari referandum anayasa değişikliğine ilişkin kanunun, bir daha görüşülmek üzere geri gönderilmesinin ardından üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi durumunda Cumhurbaşkanı'nın tek başına kullanabileceği bir yetkidir³⁰.

Türkiye'de Fransa'nın aksine Cumhurbaşkanı'nın yasaları referanduma sunma yetkisi yoktur. Fransa'da Cumhurbaşkanı kamusal erklerin organizas-

²⁷ Fransız Anayasasının 11. maddesine göre yapılan referandumlarda parlamentoda herhangi bir oylama yapılmadan, bir başka deyişle parlamento ekarte edilerek halkoyuna başvurma imkânı düzenlenmekte iken, 89. madde parlamentonun her iki kanadının onayladığı anayasa değişikliklerinin Cumhurbaşkanı'nca referanduma sunulmasını düzenlemektedir. Ayrıca bu maddeye göre referandum zorunlu bir usul de değildir, Cumhurbaşkanı her iki meclis tarafından onaylanan anayasa değişikliği teklifini referanduma sunmak yerine (ki bu karşı imzaya tabi bir işlemdir) Kongreye sunabilir. Kongre adı altında ortak bir toplantı yapan parlamento'nun her iki kanadının beşte üç çoğunlukla anayasa değişikliği teklifini kabul etmesi halinde referandum yoluna başvurulmaz. Bu güne kadar 89. madde kapsamında referandum yoluna yalnızca bir defa, 2000 yılında Cumhurbaşkanı'nın görev süresini beş yıla indiren değişiklik sırasında başvurulmuştur.

²⁸ Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel 2 / Le Système Politique Français*, s. 215.

²⁹ Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel 2 / Le Système Politique Français*, s.216.

³⁰ Zorunlu referandum ise anayasa değişikliğinin üçte ikiden az fakat beşte üçten fazla bir çoğunlukla kabul edilmesi halindedir. Bu durumda Cumhurbaşkanı anayasa değişikliğini meclise yeniden görüşülmek üzere iade etmezse veya iadeden sonra yine yukarıdaki çoğunlukla kabul edilirse, anayasa değişikliğini referanduma sunmak zorundadır.

yonuna, ülkenin siyasal, ekonomik ve çevre politikasına ilişkin reformlara ve bu alanlarda yürütülen kamu hizmetine, kurumların işleyişi üzerinde etkisi olan ve Anayasa'ya aykırı olmayan anlaşmaların imzalanması yetkisini veren yasa tasarılarını referanduma sunma yetkisine sahiptir.

Fransa'da Anayasanın 11. maddesi kapsamında referanduma başvurma Cumhurbaşkanının tek başına kullanabileceği yetkilerden biri olmakla birlikte, tüm inisiyatif kendisinde değildir. Cumhurbaşkanı Hükümetin veya Parlamantonun her iki kanadının birlikte kararlaştırdığı referandum önergesi sonrasında referanduma başvurabilir. Dolayısıyla böyle bir öneri gelmeden Cumhurbaşkanı referanduma başvuramaz. Ancak uygulamada referandum önerileri Cumhurbaşkanı tarafından hazırlanmakta ve Cumhurbaşkanıya yakın hükümet tarafından Cumhurbaşkanıya sunulmaktadır. Zira *cohabitation* dönemlerinde referandum usulü kullanılmamış, hükümet ve Cumhurbaşkanının aynı siyasi kanatta olduğu dönemlerde başvuru bir usul olmuştur. Dolayısıyla bu yetki parlamento çoğunluğunun ve hükümetin Cumhurbaşkanı ile farklı siyasi kanatta yer aldığı dönemlerde uygulanmayan bir usul olduğundan tek başına kullanılabilmeyle birlikte münhasır olarak kendisine ait bir yetki olarak değerlendirilmemek gerekir.

Türkiye'de ise referanduma sunma yetkisi sadece anayasa değişiklikleri ile sınırlı olmasa idi cumhurbaşkanını sistemde ön plana çıkarabilecek bir nitelik verebilirdi. Zira yasa tasarılarını tek başına referanduma sunma yetkisine sahip bir devlet başkanı hükümetin sık sık halk önünde yeniden değerlendirilmesine yol açarak hükümet üzerinde etki kurabilir. Ancak anayasa değişikliği ender başvuru bir usul olduğundan, bu değişikliklerin referanduma sunulması, cumhurbaşkanına hükümet üzerinde etki kurma imkânı verebilecek bir yetki değildir.

Anayasa Mahkemesine Başvuru

Hem Fransa'da hem de Türkiye'de Cumhurbaşkanları yasaların iptali için Anayasa Mahkemesine başvurma yetkisine sahiptir. Ancak yasa dışında kalan düzenlemelerde başvurunun kapsamı farklılaşmaktadır. Türkiye'de Cumhurbaşkanı yasaların yanında kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük

Millet Meclisi İçtüzüğünü de Anayasa Mahkemesine götürebiliyor iken; Fransa'da Cumhurbaşkanı yasaların yanında uluslararası anlaşmaları da Anayasal Konseyin önüne götürme yetkisine sahiptir³¹. Türkiye'de uluslararası anlaşmalar Anayasa Mahkemesi denetimi dışında olduğundan, Fransa'da da kanun hükmünde kararname (ordonnance) idari işlem sayıldığından anayasa mahkemelerinin önüne gitmemektedir. Fransa'da meclislerin içtüzükleri ilgili meclis başkanlarınca Anayasal Konseyin denetimine sunulmaktadır.

Referanduma başvurma yetkisi her iki ülkede de münhasır olarak devlet başkanlarına tanınmamıştır. Fransa'da başbakan, meclis başkanları ve 60 milletvekili Anayasal Konsey'e başvurma hakkına sahiptir. Keza Türkiye'de de Cumhurbaşkanının yanında, iktidar ve ana muhalefet partisi meclis grupları ile üye tam sayısının en az beşte biri kadar milletvekili de Anayasa Mahkemesine başvurma hakkına sahiptir. Eğer bu yetki devlet başkanı yasaların anayasa-ya uygunluğunun denetiminde tek başvuru rolü verse idi, devlet başkanını sistem içerisinde ön plana çıkarmasa da etkin kılabilen bir yetki olarak değerlendirilebilirdi, ancak devlet başkanlarına bu yetki tanınmasa da yasaların anayasa mahkemeleri önüne götürülmelerini sağlayan aktörler mevcut olduğundan, kanaatimce bu yetki devlet başkanlarını sistem içerisinde etkin kılan veya ön plana çıkaran bir yetki değildir.

Meclisin Feshi

Devlet başkanının sistemde ön plana çıkmasının en önemli araçlarından biri devlet başkanının parlamentoya ve dolayısıyla hükümete karşı bir silah olarak kullanabileceği bir fesih yetkisidir. Fesih hakkı parlamentonun hükümeti düşürebilme imkânı karşısında dengeleyici bir araçtır ve hükümetin istikrarına hizmet eder³². Ancak Fransa'da fesih hakkı bu amacının dışına çıkmış ve cumhurbaşkanının kendine yakın parlamento çoğunluğu oluşturma veya

³¹ Anayasa Mahkemesine başvurunun içeriğinin yanında başvurunun zamanı hususunda da iki ülke arasında farklılık vardır. Türkiye'de yukarıda sayılan düzenlemeler yürürlüğe girdikten sonra denetime tabi tutulabiliyor iken, Fransa'da yasalar ve uluslararası anlaşmalar ön denetime tabi tutulmakta, bir başka deyişle yürürlüğe girmeden önce Anayasal Konseyin önüne götürülmektedir.

³² Jean Paul Jacqué, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7. bs., Dalloz-Sirey, 2008, s. 172.

mevcut çoğunluğunu elinde tutma aracına dönüşmüştür. Klasik parlamenter rejimlerde ise bu yetki kriz anlarında halkın son sözü söylemesini amaçlayan bir yetkidir, bir başka deyişle hakemlik yetkisidir³³.

Fesih yetkisi farklı sebeplerle kullanılabilir. İlk olarak, parlamentoda devlet başkanına muhalif bir çoğunluk yerine kendisine yakın bir çoğunluk oluşturma amacıyla kullanılabilir. İkinci olarak, devlet başkanına yakın fakat başkanla karşı karşıya gelen bir parlamento çoğunluğuna karşı tehdit olarak kullanılabilir. Bu halde fesih yetkisi kullanılmamakta ama varlığı tek başına yeterli olmaktadır. Son olarak siyasi konjonktür sonucu parlamentodaki çoğunluğundan daha fazla bir çoğunluk elde imkânı olduğu durumda devlet başkanı parlamentonun feshine karar verebilir³⁴. Sebepler farklı olsa da amaç tektir: parlamentoda çoğunluğa sahip olmak.

Sartori fesih yetkisinin tüm parlamenter sistemlerde var olduğu gerekçeyle yarı başkanlık sisteminin ayırt edici özelliği olmadığı görüşünü ileri sürmesine rağmen³⁵, yukarıda kastedilen fesih yetkisiyle normal parlamenter rejimlerin tümünde olan fesih yetkisinin ötesinde geniş ve hatta hemen hemen sınırsız bir yetki kastedilmektedir. Shugart, haklı olarak, fesih yetkisinin yarı başkanlık sistemlerinde önemli bir yetki olduğunu ve devlet başkanı ile hükümet-parlamento ilişkisinin müzakere mi yoksa bir bağımlılık ilişkisi mi olacağını belirleyici olmasında etken olduğunu ileri sürmektedir³⁶. Devlet başkanı fesih yetkisi ile kendisine muhalif bir çoğunluğa sahip parlamento yerine kendisine yakın bir parlamento çoğunluğu oluşturabilir. Bu bakımdan fesih yetkisi doğabilecek devlet başkanı – parlamento çatışmasının çözüm aracıdır.

Yarı başkanlık sistemi olarak sınıflandırılan ülkelerden günümüzde sadece Fransa’da devlet başkanını herhangi bir şarta tabi olmadan parlamentoyu feshedebilmesi mümkündür (Anayasa m. 12). Bu yetkiye iki sınırlama getirilmiştir. İlk sınırlama aşağıda açıklanacak olan kriz yetkilerinin kullanılması halinde

³³ Tunçer Karamustafaoğlu, *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, AÜHF Adalet Yüksekokulu Yayınları, Ankara, 1982, s. 119.

³⁴ Pactet / Melin-Soucramanien, *Droit Constitutionnel*, s. 422.

³⁵ Sartori, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, s. 177.

³⁶ Shugart, “Semi-Presidential Systems: Dual Executive And Mixed Authority Patterns”, s. 334.

feshin yasaklanması, diğer sınırlama ise fesih yetkisinin kullanılmasından itibaren 1 yıl dolmadan fesih yetkisinin kullanılmamasıdır. Bu ikinci sınırlama fesih yetkisinin varlığıyla da paraleldir. Zira fesih yetkisinin amacı parlamento seçimlerinde devlet başkanına yakın bir parlamento çoğunluğu oluşturmaktır. Ancak yapılan parlamento seçimlerinde devlet başkanına muhalif bir çoğunluk oluşması halinde devlet başkanı sistemde geri plana çekilecek ve yürütme işlevini parlamento içinden çıkan hükümet yerine getirecektir. 1 yıllık sınırlama devlet başkanının bu yetkisini kötüye kullanmasını³⁷ önleyerek, parlamento iradesine saygı göstermesini amaçlamaktadır.

Fesih yetkisi Fransa'da 1958 Anayasası döneminde beş defa kullanılmıştır. 1962, 1968, 1981 ve 1988 yıllarında parlamentonun feshinin ardından yapılan seçimlerde cumhurbaşkanı zaferle ayrılarak kendisine yakın bir parlamento çoğunluğuna kavuşmuştur. Ancak 1997 yılında cumhurbaşkanı Jacques Chirac'ın parlamentoyu feshinin ardından yapılan seçimlerde Chirac aleyhine bir sonuç çıkmış ve ülke tekrar *cohabitation* dönemine girmiştir³⁸.

Devlet başkanının parlamentoyu fesih yetkisi Fransız Anayasası'nın 12. maddesinde, 1982 Anayasası'nın ise 116. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu yetkinin kapsamı Türkiye'de sınırlı iken, Fransa'da hayli geniştir. Fransa'da cumhurbaşkanı Meclisi³⁹ feshetmeden önce, alınması zorunlu bir takım istişari görüşleri almak zorundadır. Bunlar Başbakanın ve Meclis Başkanlarının görüşleridir. Ancak cumhurbaşkanı bu görüşlerle bağlı olmaksızın Meclisi feshedebilir. Dolayısıyla bu, cumhurbaşkanının tek başına kullandığı yetkidir.

Türkiye'de ise cumhurbaşkanı 116. maddede sayılan dört durumun ortaya çıkması halinde Meclisi feshedebilir. Bu durumlar:

³⁷ Bu düzenlemenin amacı fesih yetkisinin kötüye kullanılmasının önlenmesidir. Fesih yetkisinin kullanılmasının ardından yapılan parlamento seçimlerinde yeniden kendisine muhalif bir parlamento çoğunluğunun oluşması halinde devlet başkanının tekrar fesih yetkisine başvurması hem beyhude olacak hem de sistemi işleyemez hale getirecektir. Böyle bir süre sınırlamasının olmadığı 1919 Weimar Anayasası döneminde Almanya'da bu tip ardı ardına fesihler yaşanmıştır.

³⁸ Ardant / Matthieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, s. 498.

³⁹ Cumhurbaşkanı yalnızca Millet Meclisini feshedebilir, Senato'yu feshedemez; zira Senato doğrudan halk tarafından seçilmemektedir.

- yeni kurulan Bakanlar Kurulu 110. maddeye göre güvenoyu alamaz ve kırk beş gün içinde yeni Bakanlar Kurulu kurulamaz veya kurulsu bile güvenoyu alamaz ise,

- mevcut Bakanlar Kurulunun 99. veya 111. maddelere göre güvensizlik oyu ile düşürülmesinden sonra, kırk beş gün içinde yeni Bakanlar Kurulu kurulamaz veya kurulsu bile güvenoyu alamaz ise,

- Başbakanın güvensizlik oyu ile düşürülmeden istifa etmesi üzerine kırk beş gün içinde yeni Bakanlar Kurulu kurulamaz ise,

- yeni seçilen TBMM Başkanlık Divanı seçiminden sonra kırk beş gün içinde Bakanlar Kurulu kurulamaz ise,

Cumhurbaşkanı Meclis Başkanı'na danışarak meclisi feshedebilir. Meclis Başkanı'nın görüşü cumhurbaşkanı için bağlayıcı değildir.

Her iki anayasadaki düzenlemeler karşılaştırıldığında fesih yetkisinin farklı amaçlarla uygulandığı söylenebilir. Bu yetki Fransa'da devlet başkanının meclis ile çatışması halinin giderilmesi aracı olarak düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı fesih sonrası yapılan parlamento seçimlerinde kendisine yakın bir parlamento çoğunluğu ve dolayısıyla yakın bir hükümet oluşturma imkânı sunmaktadır. Böylece cumhurbaşkanının kendisine yakın bir parlamento çoğunluğu oluşturarak hükümet istikrarını sağlaması amaçlanmıştır. Türkiye'de ise ülkenin uzun süre hükümete kalmasının önlenmesi ve parlamentoyu fesih tehdidi altında bırakarak, hükümetin oluşturulması amaçlanmıştır. Dolayısıyla Fransa'da bu yetki cumhurbaşkanının rahat çalışabilmesinin bir aracı olarak düzenlenmişken, Türkiye'de bu şekilde değerlendirilemez. Kanaatimce Fransa'da cumhurbaşkanını etkin kılan önemli hususlardan biri, cumhurbaşkanının hemen hemen hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın Meclisi feshedebilme yetkisine sahip olmasıdır.

b. Ortak Olmayan Yetkiler

Fransa'da cumhurbaşkanının yukarıda sayılanlar dışında, yasamaya ilişkin tek başına kullanabileceği bir yetki yoktur. Ancak Türkiye'de cumhurbaşkanı yukarıda sayılanların yanında, parlamentoyu toplantıya çağırma ve toplantıyı

sona erdirmeye, yasaları geri gönderme ve yasaları yayınlama yetkilerine sahiptir. Devlet başkanının parlamentoyu toplantıya çağırma ve toplantıyı sona erdirmeye yetkileri henüz parlamentarizmin yerleşmediği feodal sistemin etkisinin devam ettiği dönemde daimi olarak toplanmayıp, devlet başkanının kararıyla toplanabilen parlamentolar veya temsili meclisler döneminde önem taşımakta idi. Ancak parlamentoların devlet başkanının iradesinden bağımsız olarak düzenli bir biçimde toplandığı günümüzde, bu yetkiler devlet başkanını öne çıkaracak, güçlendirecek nitelikte olmadığından tek başına kullanılması ile karşı imzaya tabi olarak kullanılması arasında ciddi bir fark yoktur. Yasaları yayınlama yetkisi ise yürütmenin sorumsuz kanadı olan devlet başkanının parlamenter rejimlerde sahip olduğu sembolik yetkilerden biridir ve karşı imzaya tabi olması veya olmaması fazla önem arz etmez. Devlet başkanının yasaları yayımlamama yetkisi söz konusu olamaz. Burada ayrı bir başlık olarak sadece yasaları geri gönderme yetkisine değinilecektir.

- Yasaları Geri Gönderme

1982 Anayasası'nın 104. ve 89. maddelerinde Cumhurbaşkanının, bütçe kanunları dışarıda kalmak kaydıyla, yayınlamasının kısmen veya tamamen uygun bulmadığı kanunları, bir daha görüşülmek üzere 15 gün içinde meclise geri gönderebileceği ifade edilmiştir. Parlamento geri gönderilen metni aynen kabul ettiğinde devlet başkanı resmi gazetede yayımlamak zorunda olduğundan, buradaki veto güçleştirici değil geciktiricidir. Yasaları geri gönderme yetkisi cumhurbaşkanının parlamento çoğunluğu karşısında tarafsız veya muhalif bir pozisyonda olduğu durumlarda kullanılır. Parlamento çoğunluğu ile aynı kanatta yer alan bir cumhurbaşkanı geri gönderme yetkisine gerek kalmadan, partisi üzerindeki etkisi sayesinde, tasarı aşamasında yasa yapımına müdahale etme imkânına sahiptir. Parlamento ve hükümet karşısında tarafsız veya muhalif bir pozisyonda olan cumhurbaşkanının geri gönderme yetkisi yasalaşma sürecini birkaç hafta geciktirme dışında genellikle bir etki doğurmaz. Ancak durum böyle olmakla birlikte, halk tarafından seçilen bir devlet başkanının parlamentonun kabul ettiği metne karşı olumsuz bir görüş beyanı parlamento üzerinde bir etki yaratabilmesi açısından önemlidir.

Fransa'da ise devlet başkanı yasaları geri gönderme yetkisini hükümetle birlikte kullanır (m. 10). Zira 10. madde, 19. maddede sayılan maddelerden biri değildir. Parlamento çoğunluğunun cumhurbaşkanı ile aynı siyasi kanatta olduğu dönemlerde Başbakanın karşı imza vermemesi beklenmez. Ancak böyle bir durumda parlamento ve hükümet cumhurbaşkanının kontrolünde olduğundan yasaları geri göndermenin herhangi bir anlamı yoktur. Yasaları geri gönderme yetkisi esasen parlamento çoğunluğunun ve hükümetin cumhurbaşkanına muhalif olduğu dönemlerde önem kazanır. Ancak karşı imzaya tabi olması geri gönderme yetkisinin kullanılması ihtimalini zayıflatır. Nitekim Fransa'da Cumhurbaşkanı bu yetkiyi yalnızca iki defa kullanmıştır⁴⁰.

2. Yürütmeye İlişkin Yetkiler

a. Ortak Yetkiler

Başbakanı atama yetkisi dışında Fransız Cumhurbaşkanı ile Türk Cumhurbaşkanı yürütmeye ilişkin tek başına kullanabilecekleri ortak bir yetki yoktur.

Fransız Anayasası'nın 8. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 109. maddesine göre Cumhurbaşkanı Başbakanı atar. Bu yetki Cumhurbaşkanı tarafından tek başına kullanılır. Türkiye'de Başbakanın Meclis üyesi olması gerekirken, Fransa'da Cumhurbaşkanı Meclis dışından da atama yapabilir⁴¹. Ancak her iki durumda da parlamentonun güvenine sahip bir hükümet kurulması gerektiğinden, Cumhurbaşkanı bu yetkisini parlamento çoğunluğunu dikkate alarak kullanır. Partisi üzerinde hayli etkin olan ve parlamentoda kendisine yakın önemli bir çoğunluğa sahip devlet başkanı başbakanı tayin ederken bir önemli bir esnekliğe sahip olabilir ancak parlamento kompozisyonu ve siyasi partilerin iç ilişkileri devlet başkanının bu esnekliğini sınırlar.

b. Ortak Olmayan Yetkiler

1982 Anayasası Cumhurbaşkanı Başbakanı atama yanında başta atama yetkileri olmak üzere bir takım yetkiler vermiştir. Fransa'da ise Cumhurbaşkanı Başbakanı ataması dışında tek başına kullanabileceği bir yetkisi daha

⁴⁰ Jacqué, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, s. 179.

⁴¹ Jacqué, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, s. 170.

vardır: Anayasanın 16. maddesinde düzenlenen kriz yetkileri. Ancak yürütmeye ilişkin tek başına kullanılabilen yetkilerden olmasa da bu bağlamda değerlendirilebilecek bir diğer yetki Anayasanın 9. maddesinde düzenlenen bakanlar kuruluna başkanlık etme ve bakanlar kurulunun gündemini belirleme yetkisidir. Aşağıda bu yetkiler ele alınacaktır.

Kriz Yetkileri

Fransız Anayasası'nın önemli maddelerinden biri de kriz yetkilerini düzenleyen 16. maddedir. Bu madde belli koşulların ortaya çıkması halinde Cumhurbaşkanı Roma İmparatorluğundaki diktatörü andıran yetkiler vermektedir⁴².

16. maddeye göre Cumhuriyetin kurumlarının, ulusun bağımsızlığının, toprak bütünlüğünün veya uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesinin anayasal erklerin düzenli işleyişini bozacak ölçüde ağır ve ani bir tehdit altında olması durumunda Cumhurbaşkanı koşulların gerektirdiği tüm tedbirleri alma yetkisine sahip olur. Bu koşullardan tehdit koşulu bir ihtimali ifade ederken, anayasal erklerin düzenli işleyişinin bozulması bir realiteye karşılık gelir, zira anayasal erklerin düzenli işleyişi bozulduğu için Cumhurbaşkanı olağanüstü yetkilere başvurur⁴³.

Kriz yetkilerinin Anayasa'da düzenlenmesinin nedeni, 1940 yılında İkinci Dünya Savaşı esnasında Fransa'nın işgal edilmesinin ardından devrin Cumhurbaşkanı Albert Lebrun ve Konsey Başkanı Paul Reynaud'nun İngiltere'ye veya Cezayir'e çekilerek savaş için yol haritası belirleme kararı vermesi, fakat bu karardan, Anayasanın kendilerine bu konuda yetki vermediği gerekçesiyle vazgeçmeleridir⁴⁴. Bu madde, ülkenin benzer bir olayla karşılaşması durumunda Cumhurbaşkanı'nın gereken tüm tedbirleri, anayasal meşruiyet sorunu yaşamadan alması amacıyla getirilmiştir⁴⁵.

Cumhurbaşkanı 16. maddeye başvurmadan önce belli kişilerin görüşünü almak zorundadır. Bunlar Başbakan, Meclis Başkanları ve Anayasal Konsey

⁴² Ardant / Mathieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, s. 490.

⁴³ Francis Hamon / Michel Troper, *Droit Constitutionnel*, 31. bs., L.G.D.J, 2009, s. 628.

⁴⁴ Hamon / Troper, *Droit Constitutionnel*, s. 627.

⁴⁵ Hamon / Troper, *Droit Constitutionnel*, s. 627.

Başkanındır. Ancak bu kişilerin görüşleri Cumhurbaşkanı için istişari nitelikte olup, bağlayıcı değildir⁴⁶. Cumhurbaşkanı bu yetkiyi kullanıp kullanmayacağına tek başına karar verir. Cumhurbaşkanı bu yetkiyi kullanma kararını bir mesajla ulusa bildirir.

Cumhurbaşkanı 16. madde çerçevesinde koşulların gerektirdiği tüm tedbirleri alma yetkisine sahip olur; yasama, yürütme ve yargı dahil tüm kamusal yetkileri üstlenebilir⁴⁷. Ancak Cumhurbaşkanının yetkilerinin bir takım sınırları vardır:

- Cumhurbaşkanı 16. maddedeki yetkilerini kullandığı sürece Parlamento'yu feshedemez. Parlamento toplantı halinde değilse, kendiliğinden toplanır. Bu düzenlemenin amacı Cumhurbaşkanının yetkilerini kötüye kullanmamasını Parlamento'nun denetleyerek, gerekirse kendisini Yüce Divan'a gönderebilmesidir.

Parlamento'nun açık olması bir koşul olduğundan, Parlamento'nun toplanmasının önünde engeller varsa, Cumhurbaşkanı ilk olarak Parlamento'yu toplamaya çalışmalıdır⁴⁸.

- Cumhurbaşkanı aldığı tüm tedbirlerden Anayasal Konseyi haberdar etmelidir.

- Cumhurbaşkanının aldığı tedbirleri otuz gün sonra Meclis Başkanı, Senato Başkanı, altmış milletvekili veya altmış senatör Anayasal Konsey'e, bu tedbirin 16. maddenin 1. fıkrasına uygun olup olmadığının denetlenmesi amacıyla götürebilir. Böyle bir başvuru olmasa da Anayasal Konsey tedbirin alınmasının ardından altmış gün sonra bu denetimi kendiliğinden yapabilir.

- Cumhurbaşkanı bu yetkileri en kısa sürede anayasal erkleri güvence altına almak amacıyla ve amaca uygun araçlarla kullanılmalıdır.

⁴⁶ Ardant / Mathieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, s. 489.

⁴⁷ Ardant / Mathieu, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, s. 490.

⁴⁸ Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel 2 / Le Systeme Politique Français*, s. 220.

Bu yetkilere yalnızca bir defa, 1961’de Cezayir Savaşı sırasında Charles de Gaulle tarafından başvurulmuştur⁴⁹. Dolayısıyla her ne kadar devlet başkanını bir diktatör görünümüne soksa da kriz yetkileri olağan dönemlerde başvuru olan yetkililerden değildir, istisnai durumlara özgüdür ve devlet başkanının sistem içindeki konumunu güçlendirici bir yetki olarak değerlendirmek doğru değildir. Bununla birlikte kriz anlarında bakanlar kuruluna veya başbakana değil de devlet başkanına bu yetkinin tanınıyor olması devlet başkanının yürütme içindeki konumunu ve önemini gösterir niteliktedir. Dolayısıyla yetkinin kullanılabilme ihtimali ve kullanılma şartlarından bağımsız olarak böyle bir yetkinin tanınmış olmasının yarattığı psikolojik etki önemlidir.

Türkiye’de bu yetkinin kullanılmasını gerektiren hallerin ortaya çıkması durumunda başvurulabilecek usuller olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilan etmektir. Bu hallerde cumhurbaşkanının bakanlar kurulunda etkinliği artmakta ve olağanüstü tedbirlerin alınmasında cumhurbaşkanının iradesi de rol oynamaktadır. Ancak ne olağanüstü halde ne de sıkıyönetimde cumhurbaşkanının Fransa’dakine benzer tek başına kullanabileceği yetkileri yoktur.

Bakanlar Kuruluna Başkanlık Etmek

Fransız Anayasasının 20. maddesinde hükümetin ulusal politikayı belirleyeceği ve yürüteceği, 21. maddesinde ise hükümetin faaliyetlerinin başbakanca yürütüleceği hükmü yer almasına rağmen, adeta bu hükümlerle çelişki arz edecek şekilde 9. maddesinde cumhurbaşkanının bakanlar kurulunun başkanı olduğu ve bakanlar kurulunun gündemini belirleyeceği düzenlenmiştir. Parlamento çoğunluğunun cumhurbaşkanı ile aynı tarafta olduğu dönemlerde Anayasanın 20 ve 21. maddelerine rağmen, cumhurbaşkanı 9. maddedeki yetkileri mutlak olarak kullanarak hükümetin politikaları belirlemekte adeta hem kendi yetkilerini hem de hükümetin yetkilerini kullanmaktadır⁵⁰. Fransa’da siyasi yönetme (gouverner) – idari yönetme (administrer) ayrımı yapılmakta ve ilkinin cumhurbaşkanına ikincisinin başbakana ait olduğu kabul edilmektedir⁵¹.

⁴⁹ Hamon / Troper, *Droit Constitutionnel*, s. 628.

⁵⁰ Musa Sağlam / Ramazan Şengül, “Fransa’da Hükümet Orkestrasının Şefi Cumhurbaşkanı Mı Başbakan Mı?”, *Amme İdaresi Dergisi*, Aralık 2001, Cilt 34, Sayı 4, s. 42.

⁵¹ Sağlam / Şengül, “Fransa’da Hükümet Orkestrasının Şefi Cumhurbaşkanı Mı Başbakan

Ancak tüm bu açıklamalar *cohabitation* dönemlerinde geçerliğini yitirmekte, başbakan sistemde etkin konuma oturmaktadır. Ancak uygulamada bir gelenek oluşmuş ve *cohabitation* dönemlerinde dahi dış işleri, savunma ve adalet konuları saklı alanlar olarak kabul edilerek cumhurbaşkanının yetkisinde kabul edilmektir. Durum böyle olmakla birlikte *cohabitation* etkisi nedeniyle cumhurbaşkanı başbakanla uyumlu olarak bu alanlarda politika üretmektedir⁵².

Türkiye’de ise cumhurbaşkanı bakanlar kurulunda istisnai haller dışında yetki sahibi değildir. Olağan dönemlerde bakanlar kurulunun başkanı başbakandır, ancak cumhurbaşkanı Anayasanın 104. maddesine göre gerekli gördüğünde bakanlar kurulunu toplantıya davet etmek ve bakanlar kuruluna başkanlık etmek yetkisine sahiptir. “Gerekli gördüğü hallerde” ifadesinin belirsizlik taşıması nedeniyle halk tarafından seçilen cumhurbaşkanının bu maddeye dayanarak Fransa’da olduğu gibi, bakanlar kuruluna düzenli olarak başkanlık etme imkânı bulabileceği söylenebilir, ancak Anayasanın 112. maddesi açıkça bakanlar kurulunun başkanının başbakan olduğunu düzenlediğinden, cumhurbaşkanının bu yetkisini istisnai haller dışında kullanması anayasanın öngördüğü sisteme aykırı olacaktır. Ancak cumhurbaşkanının parlamento çoğunluğuna sahip olduğu ve kendisine yakın bir hükümetin iktidarda olduğu dönemlerde bu düzenlemelerin pek önemi kalmayacağı söylenebilir, zira cumhurbaşkanı yürütmenin fiili olarak tek sahibi olacaktır.

Olağanüstü dönemlerde ise bakanlar kurulunda cumhurbaşkanının varlığı anayasal olarak düzenlenmiştir. Anayasal hükümler gereği, olağanüstü yönetim usullerinin ilanı ve olağanüstü kanun hükmüne kararname çıkarılması hallerinde bakanlar kurulu cumhurbaşkanının başkanlığında toplanmalıdır. Cumhurbaşkanının bakanlar kurulundaki etkinliği olağanüstü dönemlerde artmaktadır ve olağanüstü hallere ilişkin politika üretiminde bakanlar kurulu ile aynı düzeyde yetkiye sahip olmaktadır. Elbette bu halde de devlet başkanının etkinliği parlamento çoğunluğu ve hükümetin kendisine yakın olup olmamasına göre değişmekle birlikte, her halükarda olağan dönemlere nazaran daha fazladır.

Mı?”, s. 41.

⁵² Sağlam / Şengül, “Fransa’da Hükümet Orkestrasının Şefi Cumhurbaşkanını Mı Başbakan Mı?”, s. 46.

Türk Cumhurbaşkanının Yürütmeye İlişkin Tek Başına Kullanabileceği Diğer Yetkiler

Türk Silahlı Kuvvetleri'nin Kullanılmasına Karar Vermek

Cumhurbaşkanı bu yetkisi koşullu bir yetkidir, buna göre, Anayasanın 92. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi tatilde veya ara vermede iken ülkenin ani bir silahlı saldırıya uğraması ve bu sebeple silahlı kuvvet kullanılmasına derhal karar verilmesinin kaçınılmaz olması halinde Cumhurbaşkanı Türk Silahlı Kuvvetleri'nin kullanılmasına karar verebilir.” Eğer silahlı kuvvetlerin kullanılması yetkisi Cumhurbaşkanına tanınsa idi bu yetki önemli bir yetki olarak görülebilirdi ancak kullanım koşulları yetkiyi istisnai kılmaktadır ve devlet başkanının konumunun belirleyicisi olmaktan uzaktır.

Atama Yetkileri

- Devlet Denetleme Kurulu üyelerini ve başkanını atamak

Devlet Denetleme Kurulu icrai karar alabilen bir kurum olmamakla birlikte tüm idare mekanizmasını denetleyebilme yetkisi ile Cumhurbaşkanına bir ombudsman vasfı kazandırabilecek bir yetkidir, ancak uygulamada böyle bir etki yaratmaktan uzak kalmıştır.

- Yükseköğrenim Kurumu üyelerini ve üniversite rektörlerini atamak

Cumhurbaşkanı bu yetkilerini tek başına kullanmakla birlikte, üniversite rektörlerini serbestçe bir seçme imkanına sahip değildir. Üniversitelerde yapılan seçim sonucu belirlenen altı aday arasından Yükseköğrenim Kurumunun göstereceği üç adaydan birini atayarak bu yetkisini kullanır. Her ne kadar atama yetkisi Yükseköğrenim Kurumunun önerdiği adaylarla sınırlı olsa da, Cumhurbaşkanının hem Yükseköğrenim Kurumunun üyelerini hem de yükseköğrenim kurumlarının en üst yöneticisini ataması Cumhurbaşkanını yükseköğrenim hizmet ve örgütünde etkin bir konuma oturtmaktadır.

3. Yargıya İlişkin Yetkiler

a. Anayasa Mahkemesine / Anayasal Konseye İlişkin Yetkiler

Fransız Anayasası'nın 56. maddesine göre Cumhurbaşkanı Anayasal Konsey'in dokuz üyesinden üçünü ve dokuz üye içinden Konsey başkanının seçer. Türkiye'de ise Anayasa'nın 146. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'nin on yedi üyesinin on dördünü Cumhurbaşkanı seçer. Fransız Anayasası'nda Cumhurbaşkanı'nın seçeceği üyelere ilişkin bir ifade yer almazken, 1982 Anayasası'nda bu kişilerin kimler arasından seçileceği gösterilmiştir. Bu yetki her iki ülkede de devlet başkanının tarafsız konumu dolayısıyla kendisine tanınmıştır. Anayasa Mahkemesi üyelerini atama yetkisi devlet başkanına atayacağı üyelerin politik eğilimleri dolayısıyla anayasa mahkemelerinin içtihatlarında değişim yaratmasının yolunu açabilecek bir yetki olması itibariyle önemlidir, zira kararlarda liberal, özgürlükçü, tutucu, devletçi vb. eğilimlerin gelişmesine etki edebilir. Ancak seçimlerin içtihatları etkileme kaygısı ile yapılmaması veya bu amaçla yapılmakla birlikte anayasa mahkemelerinde üyelerin sadece devlet başkanlarınca belirlenmeyerek farklı kaynaklardan da üyelerin seçilmeleri nedeniyle bu etki hayli sınırlı kalabilir.

b. Yüksek Yargı Görevlilerine İlişkin Yetkiler

Türkiye'de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcivekili, Danıştay üyelerinin dörtte biri, Askeri Yargıtay üyeleri, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyeleri ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinden dördü karşı imzaya tabi olmadan Cumhurbaşkanı'nca seçilir. Oysa Fransa'da Cumhurbaşkanı'nın yüksek yargı üyelerinin seçimine ilişkin tek başına kullanacağı bir yetkisi yoktur.

Bu yetkiyi de yukarıda ifade edildiği gibi devlet başkanının tarafsız olma niteliği dolayısıyla tanınan yetkilerden biri olarak görmek gerekir. Yürütmenin genel politikasına ve idari işleyişe doğrudan bir etkisi olmayan bir yetkidir.

c. Af Yetkisi

Af yetkisi Fransız Anayasası'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir ve 19. maddede sayılar yetkilerden biri olmadığından karşı imzadan bağışık değildir,

ancak uygulamada bu imza tamamen bir formalite olmaktadır⁵³. Türkiye’de ise bu konuda bir istikrar yoktur. Kimi zaman karşı imzaya tabi olarak kullanılmakta, kimi zaman ise tek başına kullanılmaktadır⁵⁴. Bu yetki monarşi dönemlerinin parlamentarizme bıraktığı miraslardan biridir ve devlet başkanına herhangi bir güç katmaz.

SONUÇ

1958 Fransız Anayasası ile 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlarının tek başına kullanabilecekleri yetkilere baktığımızda niceliksel olarak Türk Cumhurbaşkanının daha fazla yetkisi olmasına rağmen, Fransız cumhurbaşkanının yetkileri niteliksel olarak daha önemli olduğu göze çarpmaktadır. Özellikle Meclisi serbestçe feshetme yetkisi ve her ne kadar teknik olarak tek başına kullanılabilecek yetkiler arasında sayılmasa da bakanlar kuruluna başkanlık etme ve gündemi belirleme yetkisi yarı başkanlık rejiminin en önemli araçlarından biridir.

Bakanlar kurulunun başkanı olarak düzenlenmesi, kriz anlarında kendisine tüm egemenlik yetkilerinin tanınması anayasanın cumhurbaşkanına verdiği önemi göstermektedir. Bunun yanında yarı başkanlık uygulamasını başlatan General de Gaulle’ün Anayasayı cumhurbaşkanını sistemde tepe noktaya oturtur şekilde yorumlaması ve takipçilerinin de bu yoruma sadık kalması sistem içerisinde cumhurbaşkanının ön planda yer almasını bir gelenek haline getirmiştir.

Yukarıda ifade edildiği gibi, Türk Cumhurbaşkanının yetkileri sayıca daha fazladır. Bunlardan yargıya ilişkin olanlar ve yürütme alanındaki bir takım atama yetkileri, Cumhurbaşkanını, rejimin parlamenter niteliğine rağmen, önemli bir konuma yerleştirmektedir. Ancak bu yetkiler hem Türkiye’de hem de Fransa’da ülkenin genel siyaseti belirleme ve ülke yönetimini idare etme imkânı vermekten yoksun olduğundan, sadece yetkilere sayıca fazlalığına bakarak bir sonuca varmak hatalı olacaktır. Dolayısıyla cumhurbaşkanlarının sistemde ön

⁵³ Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel 2 / Le Systeme Politique Français*, s. 213.

⁵⁴ Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, s. 512.

plana çıkıp çıkmayacağı hakkında değerlendirme yapılırken anayasa ve yasalarda yer alan yetkilere bakmanın yanında aday profilleri ve siyasi partilerin yapısına da dikkat etmek kanaatimce doğru sonuçlar verecektir.

Fransa'da devlet başkanlığı seçimlerinde adayların siyasi partilerin liderleri olması ve devlet başkanının kendisine yakın olan çoğunluğa gerek kişisel karizması gerekse fesih tehdidi ile hâkim olması ve kendisine muhalif çoğunluğu da fesih yetkisi sayesinde kendisine yakın bir çoğunluğa çevirebilme ihtimali devlet başkanını sistemde ön plana çıkarmaktadır. Bunların yanında 2000 yılında yapılan anayasa değişikliği ile devlet başkanlığı seçimleri ile parlamento seçimlerinin aynı yıl yapılacağı ve önce devlet başkanlığı ardından parlamento seçimlerinin yapılacağı yönünde getirilen hükümle devlet başkanı – parlamento çatışması doğma ihtimali fazlasıyla zayıflatılmıştır. Bu sayede siyasi konjonktür değişmeden iki seçim art arda yapılmakta ve her iki seçimden de aynı siyasi partiler galip ayrılmaktadır. Bu düzenleme *cohabitation* ihtimalini azaltarak, cumhurbaşkanının yürütme içindeki konumunu daha da güçlendirici bir sonuç doğurmaktadır.

Cumhurbaşkanı profilleri ve siyasi partilerle olan ilişkilerinin yanında ülkede kimin yürütmenin gerçek başı olduğu konusunda çıkma ihtimali olan krizlerin de çözümüne yönelik bir mekanizmanın varlığı hem sistemin düzgün işleyişi açısından hem de cumhurbaşkanına yürütmenin gerçek başı olma imkânını vermesi açısından gereklidir. Bu mekanizma fesih yetkisidir. Fransa'da cumhurbaşkanının fesih yetkisi dahil tüm yetkilerinin yürütmenin günlük faaliyetlerine ilişkin olmadığı, nadir kullanılan yetkiler olduğu ileri sürülmekle birlikte, kanaatimce fesih yetkisini diğer yetkilerden ayrı olarak değerlendirmek gerekmektedir. Zira ender kullanılan bir yetki olsa da, kendisine yakın parlamento çoğunluğunu kontrolü altında tutma hususunda bir tehdit olarak ve kendisine muhalif bir parlamento çoğunluğunu dağıtıp kendisine yakın bir çoğunluk tesis etme imkânı olarak cumhurbaşkanının önemli bir aracıdır. Dolayısıyla bu yetkinin kullanılması kadar kullanılma ihtimalinin varlığı da cumhurbaşkanının sistem içindeki konumu açısından belirleyicidir. Ancak Fransız devlet başkanının aksine, Türkiye'de fesih yetkisi klasik parlamenter sistem cumhurbaşkanının fesih yetkisidir. Dolayısıyla cumhurbaşkanı ile hükümet

arasında çıkacak liderlik mücadelelerinin uzun süre çözümsüz kalmasına yol açabilir. Oysa Fransa’da bu durumlar cumhurbaşkanı halkın hakemliğine başvurmakta ve son sözü halk söylemektedir. Fransa’da bu güne kadar beş defa başvurulmuş fesih yetkisinde halk dört kez cumhurbaşkanının yanında olmuştur.

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, Anayasa tarafından bakanlar kurulunun başkanı olarak konumlandırılması ve Meclisi fesih yetkisine sahip olması Cumhurbaşkanını siyasal sistemin en önemli aktörü kılmaktadır. Türkiye’de Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilecek olmasına rağmen, hem başbakanın bakanlar kurulundaki konumu ve cumhurbaşkanının istisnai hallerde müdahale imkanı hem de Meclis karşısında böyle üstün bir yetkisinin olmayışı, Başbakan ve Cumhurbaşkanı arasında krizlerin doğmasına neden olabilir. Oysa Fransa’da Cumhurbaşkanı böyle gerilim anlarında fesih yoluna başvurarak kendi yanında bir meclis kompozisyonu oluşmasını sağlayabilir veya seçimde olumsuz bir sonuçla karşılaşarak, sahneyi Başbakana bırakabilir.



KAYNAKÇA

Philippe Ardant / Bertrand Mathieu; *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 21. bs., L.G.D.J, 2009.

Maurice Duverger; *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel 2 / Le Système Politique Français*, Presses Universitaire De France, 1978.

Maurice Duverger; “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *European Journal of Political Research*, 1980, Sayı 8, s. 165-187.

Kemal Gözler; *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011.

Francis Hamon / Michel Troper; *Droit Constitutionnel*, 31. bs., L.G.D.J, 2009.

Tunçer Karamustafaoğlu; *Yasama Meclislerini Fesih Hakkı*, AÜHF Adalet Yüksekokulu Yayınları, Ankara, 1982.

Jean Paul Jacqué; *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 7. bs., Dalloz-Sirey, 2008.

Jean Massot; “Quelle place de la constitution 1958 accorde-t-elle au president de la republique?”, (Çevirimiçi) www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-17355.pdf, 16 Mart 2014.

Ergun Özbudun; *Türk Anayasa Hukuku*, 8. bs., Yetkin Yayınları, Ankara, 2005

Pierre Pactet / Ferdinand Melin-Soucramanien; *Droit Constitutionnel*, 28. bs., Dalloz-Sirey, 2009.

Musa Sağlam / Ramazan Şengül; “Fransa’da Hükümet Orkestrasının Şefi Cumhurbaşkanı Mı Başbakan Mı?”, *Amme İdaresi Dergisi*, Aralık 2001, Cilt 34, Sayı 4, s. 33-47.

Giovanni Sartori; *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, Çev. Ergun Özbudun, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Matthew Soberg Shugart; “Semi-Presidential Systems: Dual Executive And Mixed Authority Patterns”, *French Politics*, 2005, Sayı 3, s. 323-351.

www.legifrance.fr

KABAHATLER KANUNU'NUN GENEL HÜKÜMLERİNİN VERGİ KABAHATLERİ BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ

*The Applicability of the General Principles of the Law
of Misdemeanor to Taxation Misdemeanors*

Ayhan KILIÇ*

ÖZET

Kabahatler Kanunu'nun (KK) genel hükümlerinin, KK ve diğer kanunlarda düzenlenen ve Kanun'da yapılan kabahat tanımına uyan tüm idari suç ve yaptırımlar hakkında uygulanması öngörüldüğü halde, uygulamada, vergi suç ve yaptırımları yönünden KK'nin genel hükümlerinin uygulanması hususunda çekingen davranılmaktadır. Bu durum, Vergi Usul Kanunu (VUK) gibi çok teferruatlı düzenlemeler içeren bir idari usul kanunun varlığı karşısında, KK'nin vergi suç ve cezaları yönünden uygulanma olanağı bulup bulmayacağı hususunda oluşan tereddütlerden kaynaklanmaktadır. Bu çalışmayla, kısmen de olsa bu tereddütlerin giderilmesi hedeflenmektedir. Çalışmada, KK'nin genel hükümlerinin vergi kabahatleri bakımından uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ele alınmıştır.

Çalışmanın sonucunda, KK'nin genel hükümlerinin, idari para cezasının özel bir türü olan mali nitelikteki vergi cezasını gerektiren vergi kabahatleri yönünden de uygulanabileceği neticesine ulaşılmıştır. Ancak, bunun için VUK'ta veya vergi ve vergilendirmeye diğer kanunlarda özel bir hükmün bulunmaması gerekir. VUK veya diğer vergi kanunlarında özel bir hüküm bulunmakta ise kanun koyucu bu özel hükmün uygulanmayacağı yolunda açık bir irade ortaya koymadıkça, KK'nin, bu özel hükümle çatışan genel hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kabahat, vergi kabahatleri, kanunilik ilkesi, iştirak, içtima, sorumluluğu kaldıran haller

ABSTRACT

Although it is provided that general provisions of the Law of Misdemeanor shall be implemented regarding all the administrative crimes and sanctions which answer to the definition of misdemeanor made in the Law and which are regulated in the other laws;

* Anayasa Mahkemesi Raportörü, ayhan.kilic@anayasa.gov.tr

in practical terms, there is hesitation in implementing general provisions of the Law of Misdemeanor, with respect to tax crimes and sanctions. This situation springs from the hesitations which occur as to whether or not the Law of Misdemeanor shall have the chance to be enforced with respect to tax crimes and penalties, in view of the existence of an administrative procedure law such as Tax Procedure Law involving well-detailed regulations. Through this study, it is aimed to dispel these hesitations, even partially. In the study, the matter on whether or not general provisions of the Law of Misdemeanor shall be implemented with respect to tax misdemeanors has been discussed.

In consequence of the study, it has been concluded that general provisions of the Law of Misdemeanor can also be implemented with respect to tax misdemeanors which require tax penalties of a fiscal nature, being a special type of administrative fines. Yet, for this, there should be no special provision in Tax Procedure Law or the other laws relating to tax and taxation. If there is a special provision in Tax Procedure Law or the other tax laws; as long as the legislator does not put forth an explicit will in the way that this special provision shall not be implemented, it will be out of question that general provisions of the Law of Misdemeanor conflicting with this special provision shall be implemented.

Key Words: Misdemeanor, tax misdemeanors, the principle of legality, participation, meeting, situations which remove liabilities



GİRİŞ

Son yıllarda toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni ilgilendiren kanunların sayısında büyük artışlar olmuştur. Bu kanunlarda bireylere yönelik emir ve yasak öngören çokça hükümlere yer verilmiş ve bunlara uyulmasını temin etmek için idari suç ve yaptırımlar ihdas edilmiştir. Belli bir sistemden uzak ve dağınık bir görüntü sergileyen bu idari suç ve cezaların kodlaştırılarak genel ilkelere bağlanması ihtiyacı kendini iyiden iyiye hissettirmiştir. Öte yandan, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenen, ancak cürümlere nazaran daha hafif haksızlık (hukuka aykırılık) içeren kabahatlerin, çeşitli gerekçelerle ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkarılması eğilimi ortaya çıkmış ve bu eğilim gittikçe güçlenmiştir.

Gerek çeşitli kanunlarda dağınık olarak düzenlenen idari suç ve yaptırımların sistemleştirilmesi ihtiyacı gerekse kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi kanun koyucuyu arayışlara sevk etmiştir. Bu çerçevede, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabahatlere yer verilmeyerek kabahatler ceza hukukunun konusu olmaktan çıkarılmışlardır. Aynı tarihte yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda, hem ceza hukuku alanından çıkarılan kabahatler idare hukukunun konusu yapılarak yeniden düzenlenmiş hem de muhtelif kanunlarda dağınık halde serpiştirilmiş bulunan kabahatlere uygulanmak üzere genel hükümlere yer verilmiştir. Bu suretle, idari suçların büyük bir bölümü kabahat şeklinde adlandırılarak bir kod altında birleştirilmiş ve sistemleştirilmiştir.

KK'nin genel hükümlerinin, diğer kanunlarda düzenlenen ve Kanun'da yapılan kabahat tanımına uyan (idari para cezası ile mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının uygulanmasını gerektiren) tüm idari suçlar hakkında uygulanması öngörüldüğü halde, uygulamada, vergi suç ve yaptırımları yönünden KK'nin genel hükümlerinin uygulanması hususunda çekingen davranılmaktadır. Bu durumun, uygulayıcıların isteksizliğinden ziyade, VUK gibi çok teferruatlı düzenlemeler içeren bir idari usul kanunun varlığı karşısında, KK'nin vergi suç ve cezaları yönünden uygulanma olanağı bulup bulmayacağı hususunda oluşan tereddütlerden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bu çalışmayla, kısmen de olsa bu tereddütlerin giderilmesi hedeflenmektedir.

Çalışmada, öncelikle kabahat kavramı açıklanarak KK'nin amacı, kapsamı ve genelliği üzerinde durulacaktır. Ardından KK'nin genel hükümlerinin vergi kabahatleri bakımından uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ele alınacaktır. Son olarak KK'nin genel hükümlerinin vergi kabahatlerine ne ölçüde uygulanacağı saptanmaya çalışılacaktır. Ancak, konunun dağılmaması ve çalışmanın hacminin gereksiz yere artırılması bakımından KK'nin "İdari Yaptırımlar"ı düzenleyen üçüncü bölümünde yer alan ve yaptırım türleri ile soruşturma ve yerine getirme zamanaşımını düzenleyen hükümleri ile "Karar Verme Yetkisi ve Kanun Yolları"nı düzenleyen dördüncü bölümündeki hükümler çalışmanın kapsamı dışında tutulacaktır.

I. KABAHAHAT KAVRAMI

Kabahat, günlük dilde sıkça kullanılan ve aynı zamanda hukuki bir içeriğe de sahip olan bir kavramdır. Günlük dilde kabahat, genellikle kusurlu davranışı ifade etmekle birlikte bazı durumlarda “hata” sözcüğünün yerine de kullanılabilir. Türk Dil Kurumunca yayınlanan Büyük Türkçe Sözlükte, kabahat, *uygunsuz hareket, çirkin, yakışıksız davranış, suç, kusur, töhmet* biçiminde tanımlanmaktadır¹.

Günlük dildeki anlamıyla kabahat, hukuk normundan ziyade ahlak, din ve adabı muâşeret gibi diğer toplumsal düzen kurallarının ihlaline işaret eden bir kavram olarak anlamlandırılmaktadır. Hukuki anlamda kabahat ise hukuk düzeninin ihlaline delalet etmektedir. Hukuk normu, din, ahlak ve görgü normlarında olduğu gibi insan davranışını düzenlemekte ve bir emir, yasak ya da izin içermektedir². Buna karşılık hukuk normu, diğer normlardan farklı olarak, devletin zor kullanma gücünü içeren yaptırımlarla desteklenmektedir³. Maddi yaptırım, hukuk normu ile insan davranışını konu edinen diğer norm türlerini birbirinden ayıran temel özelliştir. Bu itibarla, din, ahlak ve adabı muâşeret kurallarına aykırılık anlamında kabahatin yaptırımı dışlanma, yadırganma, hor görülme, ilişki kesme gibi manevi nitelikte iken, hukuki anlamda kabahatin yaptırımı ise maddi cebir içermektedir.

Ceza hukuku yazınında kabahat, karşılığında yaptırım öngörülen ancak suç sayılmayan haksızlık şeklinde ifade edilmektedir⁴. Nitekim KK, kabahati, “kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık” biçiminde tanımlamıştır (m.2). Tanımda geçen *haksızlık* tabiri eleştiri konusu yapılmış ve bunun yerine *fil* tabirinin kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür⁵. Buna göre, kabahatin, “toplum düzenini, genel ahlakı, çevreyi ve ekonomik

¹ <http://www.tdk.gov.tr>, E.T. 11.10.2013.

² Kemal GÖZLER, **Hukuka Giriş**, Ekin Kitabevi, 3. Baskı, Bursa-2006, s.21.

³ *ibid*, s.30.

⁴ Mahmut KOCA-İlhan ÜZÜLMEZ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitabevi, 5. Baskı, Ankara-2012, s.43.

⁵ Ramazan ÇAĞLAYAN, **İdari Yaptırımlar Hukuku Kabahatler Kanunu Yorumu**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara-2006, s.130. Aynı yönde Bkz. Erdener YURTCAN, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, Beta Kitabevi, İstanbul-2005, s.3.

düzeni korumak amacıyla idari yaptırıma bağlanan fiil” biçiminde tanımlanması önerilmiştir⁶.

Kanaatimizce, *haksızlık* tabirine yönelik eleştiriler yerinde olmakla birlikte bunun yerine önerilen *fiil* tabiri de ihtiyaca cevap vermemektedir. Çünkü kabahat, herhangi bir fiil değil, hukuk düzeninin hukuka aykırı gördüğü bir fiildir. Bu nedenle yapılacak tanımda, bu fiilin hukuka aykırılığının ayrıca vurgulanması gerekir. Nitekim *haksızlık* tabirinin kullanılmasının sebebi de fiilin hukuka aykırılık yönüne işaret etmektir. Ancak haksızlık kavramının, diğer toplumsal düzen kurallarının (din, ahlak ve görgü kuralları) ihlali durumunda da kullanılabilmesi nedeniyle hukuka aykırılık kavramından daha geniş bir muhtevaya sahip olduğu açıktır. Örneğin birkaç kişinin bir kimse hakkında dedikodu yapması durumunda, hakkında dedikodu yapılan kişiye ahlaken ve dinen haksızlık yapılmış olmakla birlikte bu hal kural olarak hukuken haksızlık addedilmez. Ancak yapılan dedikodu iftira içeriyorsa şartların oluşması kaydıyla, ahlaki ve dini haksızlık aynı zamanda hukuki haksızlığa da dönüşür. Dolayısıyla kanunda haksızlık kavramının tercih edilmesi isabetli olmamıştır. Netice itibarıyla kabahatin, “kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü hukuka aykırı fiil” biçiminde tanımlanmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Kabahatler, önceleri ceza hukuk anlamında suç sayılmış ve bu suçlar için öngörülen cezalara hâkim kararıyla hükmedilmesi öngörülmüştür. Nitekim mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda suçlar, cürüm ve kabahat şeklinde ikiye ayrılmış ve suçlar için ağır hapis, hapis, sürgün, ağır para cezası ve kamu hizmetlerinden yoksunluk cezaları öngörülmüş iken, kabahatler için hafif hapis, hafif para ve belli bir meslek veya sanatın icrasının durdurulması biçiminde cezalar öngörülmüştü.

Ancak zamanla, yargı mercilerinin olağanüstü artan iş yükünün hafifletilmesi arayışları çerçevesinde, kabahatlerin suç olmaktan çıkarılması eğilimi ortaya çıkmıştır⁷. Bu eğilim, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda kabahatlere

⁶ ÇAĞLAYAN, s.130.

⁷ Ali KARAGÜLMEZ, **Suç Olmaktan Çıkarma-İdari Para Cezaları-Açıklamalı Kaba-**

yer verilmeyerek sonuç bulunmuştur⁸. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kabahat olarak sayılan eylemler 5237 sayılı Kanun'da düzenlenmemek suretiyle kabahat teşkil eden eylemler ceza hukuku anlamında suç olmaktan çıkarılmış ise de hukuka aykırılık vasıfları ortadan kaldırılmamış ve bir kısmı, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'yla idari yaptırım gerektiren eylemlere dönüştürülmüşlerdir.

II. KABAHAHLER KANUNU'NUN AMACI KAPSAMI VE GENELLİĞİ

A. Amaç ve Kapsam

Genel olarak ceza hukukunun amacının sosyal düzeni korumak, kabahatler hukukunun amacının ise idari düzeni korumak olduğu ifade edilmektedir⁹. KK'nin 1. maddesinde, Kanun'un amacının, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak olduğu belirtilmiştir. KK'yle korunan hukuksal değerlerin, idari düzenin birer unsuru niteliğinde oldukları söylenebilir¹⁰.

Öte yandan, KK'nin aşağıda incelenecek olan “genellik” özelliği dikkate alındığında, Kanun'un bir amacının da idari yaptırımlar için uygulanabilecek genel bir kod oluşturmak olduğu sonucuna ulaşılabilir¹¹. Nitekim Kanun'un genel gerekçesinde, özellikle ekonomik hayata ilişkin düzenlemeler kapsamında sıkı kazuistik yöntemlerle idari nitelikte cezai yaptırımlara yer verildiği ve bu kazuistik düzenlemeler arasında sistem birliğinin ve ahengin bulunmadığı, bu nedenle idari nitelikteki yaptırımlara ilişkin genel bir kanuna ihtiyaç bulunduğu hususunun vurgulanmış olması, bu amaca işaret etmektedir¹².

Kanunda, bu amaçla kabahatlere ilişkin genel ilkeler, kabahatler karşılığında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçları, kabahatler

hatler Kanunu, Seçkin Kitabevi, Ankara-2005, s.1.

⁸ Elif BEKAR: “Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. İl Han Ozay'a Armağan, İÜHFİM**, C: LXIX, S: 1-2, 2011, s.1034-1035.

⁹ ÇAĞLAYAN, s.128.

¹⁰ *ibid.*, s.128.

¹¹ *ibid.*, s.128-129.

¹² BEKAR, s.1035.

dolayısıyla karar alma süreci, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolu, idari yaptırım kararlarının yerine getirilmesine ilişkin esaslar düzenlenmiş ve ayrıca bazı kabahatlere yer verilerek bunlar tanımlanmıştır.

B. Genellik

KK'nin 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, bu Kanun'un, kanun yolları dışında kalan genel hükümlerinin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, KK'de düzenlenmese bile, Kanun'un 2. maddesinde yapılan kabahat tanımı kapsamına giren ve idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren fiiller hakkında da KK'nin 4 ilâ 31. maddeleri arasında düzenlenen genel hükümler uygulanabilecektir.

KK'nin 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler biçiminde sayılmış; (2) numaralı fıkrasında ise idari tedbirlerin, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler oldukları açıklığa kavuşturulmuştur. KK'nin genel hükümlerinin uygulanması, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren fiillerle sınırlandırıldığından ilgili kanunlarda bu nitelikte olmayan başkaca tedbirlerin öngörüldüğü durumlarda KK'nin genel hükümleri uygulanmayacaktır. Nitekim KK'nin 19. maddesinde, diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için;

- a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi,
- b) İşyerinin kapatılması,
- c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması,
- d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması,

gibi yaptırımlara ilişkin hükümlerin, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı olduğu hükmüne yer verilerek aynı doğrultuda düzenleme yapılmıştır.

Bu bağlamda, örneğin, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen, *ruhsat alınmadan yapıya başlanması veya ruhsat*

ve *eklerine aykırı yapı yapılması* kabahatleri için öngörülen *inşaatın durdurulması* tedbiri, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırım niteliğinde olmadığından, KK'nin genel hükümlerinin bu kabahat için uygulanması mümkün değildir.

KK'nin 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, Kanun'un idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri yönünden ayrıksı bir hükme yer verilmiş ve kanun yollarına ilişkin hükümlerin diğer kanunlar uyarınca verilen idari yaptırım kararları hakkında da uygulanabilmesi, ilgili kanunda aksine hüküm bulunmaması şartına bağlanmıştır. Buna göre, ilgili kanunda, kanun yollarına ilişkin özel hüküm mevcut ise KK'de yer alan hükümler uygulanmayacaktır.

Kanun yollarına ilişkin bu ayrıksı hüküm, Kanun'un ilk halinde mevcut değildir. Gerçekten, 3. maddenin ilk hali, "Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır." biçimindedir. Ancak bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin 1.3.2006 günlü, E.2005/108, K.2006/35 sayılı kararıyla, idari yargının görev alanının gözetilmediği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmiş ve iptal kararıyla meydana gelen hukuksal boşluğun giderilmesi için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir¹³. Kanun koyucu, Anayasa Mahkemesinin anılan iptal

¹³ <http://www.kararlar.anayasa.gov.tr/>, E.T. 16.12.2013. Anılan kararın gerekçesinde özetle şunlar ifade edilmiştir:

"Anayasa'nın 125 maddesinin birinci fıkrasında, "*idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*"; 140. maddesinin birinci fıkrasında, "*Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar*"; 142. maddesinde "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir*"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "*Danıştay, idari mahkemelerce verilen kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar*" denilmektedir. Bu kurallara göre, Anayasa'da idari ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluştu-

kararı üzerine harekete geçmiş ve 5560 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle, 3. maddenin yürürlükte bulunan halini kanunlaştırmıştır.

Anılan fıkranın (a) bendinde “diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması” koşuluna açıkça yer verildiği halde (b) bendinde bu şekilde açık bir koşula yer verilmemiş olması, KK'nin, kanun yolları dışında kalan genel hükümlerinin, idari paraca cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını öngören diğer kanunlarda özel hüküm bulursa bile uygulanabileceği sonucunu çıkarmaya imkân hazırlamaktadır. Bu durumda, örneğin VUK'un 374. maddesinde yer alan ceza kesme zamanaşımına ilişkin hükümler, KK'nin yürürlüğe girmesinden sonra uygulanmayacak, KK'nin zamanaşımına ilişkin hükümleri esas alınarak işlem yapılması gerekecektir.

Kanaatimizce, KK'nin genel hükümleriyle çatışan özel kanun hükümlerinin zımnen ilga edildiğinin, her türlü özel kanun yönünden kesin bir biçimde ifade edilmesi mümkün değildir. Kabahat içeren her özel kanunun KK'nin genel hükümleri karşısındaki durumu, çatışma kurallarına ilişkin hukuk ilkeleri gözetilerek ayrı ayrı değerlendirilmeli ve çözüme kavuşturulmalıdır.

Kanunlar arasında çatışma bulunması durumunda hangi kanunun öncelikli olarak uygulanacağı, *lex posterior* ve *lex specialist* esaslarından biri uygulanarak belirlenir¹⁴. *Lex posterior* esası, sonra çıkan kanuna öncelik tanımakta iken, *lex specialist* esası ise özel kanunu öncelemektedir. İki kanunun aynı konuyu düzenleyen hükümlerinin çatışması dört farklı şekilde olabilir¹⁵. Bunlar, (1) eski ve yeni kanunun her ikisinin de genel nitelikte olması, (2) her iki kanunun da özel nitelikte olması, (3) önceki kanunun genel, sonraki kanunun özel

ran eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımını içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural'ın iptali gerekir.”

¹⁴ GÖZLER, s.227 v.d.

¹⁵ Adnan GÜRİZ, **Hukuk Başlangıcı**, 6. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara-1997, s.130.

nitelikte olması ve (4) önceki kanunun özel, sonraki kanunun genel nitelikte olması durumlarıdır. İlk üç ihtimalde, *lex posterior* esasının geçerli olacağı ve sonraki kanunun uygulanacağı hususunda doktrinde tartışma bulunmamaktadır¹⁶. Buna karşılık, dördüncü ihtimalde, yani sonradan yürürlüğe giren genel kanun ile önceki özel kanunun çatışması durumunda hangi kanunun uygulanacağı meselesi tartışmalıdır. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, kanun koyucunun iradesi aksi yönde olmadıkça, sonraki genel kanunla önceki özel kanun ortadan kaldırılamaz¹⁷. Bu durumda kanun koyucunun iradesine bakılmalıdır. Şayet kanun koyucunun, önceki özel kanunun ortadan kaldırılması yolunda bir irade sergilediği ortaya konabiliyorsa sonraki genel kanun uygulanacak; aksi takdirde önceki özel kanun uygulanmaya devam edilecektir¹⁸.

KK'nin 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin ne metninde ne de gerekçesinde, özel kanunlarda yer alan hükümlerin zımnen ilga edildiği sonucuna ulaşmayı haklı kılacak herhangi bir ifade yer almaktadır. Fıkranın (a) bendi ile (b) bendi arasında bu şekilde bir ifade farklılığına gidilmesinin sebebinin, Anayasa Mahkemesinin 1.3.2006 günlü, E.2005/108, K.2006/35 sayılı iptal kararının gereğini yerine getirmek olduğu gözetildiğinde, kanun koyucunun iradesinin, KK'nin genel hükümleriyle çatışan özel kanun hükümlerinin uygulanmaması yolunda olduğunu söylemek güçtür. Bu nedenle, KK'nin, kanun yolları dışında kalan genel hükümleri yönünden de diğer kanunlarda özel hüküm bulunması durumunda, öncelikle özel kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

III. KK'NİN GENEL HÜKÜMLERİNİN VERGİ KABAHAHLERİNE UYGULANIP UYGULANMAYACAĞI SORUNU

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklandığı üzere, KK'nin genelliği ilkesi uyarınca, kanun yolları dışında kalan genel hükümleri, diğer kanunlarda düzenlenen ve idari para

¹⁶ *ibid*, s.130; Necip BİLGE, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel İlkeleri**, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara-1983, s.174; GÖZLER, s.230; Seyfullah EDİS, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, AÜHF Yay., Altıncı Basım, Ankara-1997, s.191-192.

¹⁷ GÜRİZ, s.130, BİLGE, s.174; EDİS, s..183.

¹⁸ EDİS, s.183.

cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacaktır. KK'nin genel hükümlerinin uygulanması, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren fiillerle sınırlandırıldığından ilgili kanunlarda bu nitelikte olmayan başkaca tedbirlerin öngörüldüğü durumlarda KK'nin genel hükümleri uygulanmayacaktır. Buna göre, KK'nin genel hükümlerinin vergi kanunlarında öngörülen mali nitelikteki suçlara uygulanabilmesi için;

(1) bunların, kabahat niteliğinde olması (fiil şartı),

(2) bunlar için öngörülen yaptırımın idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi niteliğinde olması (yaptırım şartı),
gerekmektedir.

Aşağıda, vergi kanunlarında öngörülen mali nitelikteki suçlar yönünden bu iki şartın varlığı tartışılacaktır.

B. Fiil Şartı

Kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık (hukuka aykırı fiil) biçiminde tanımlanan kabahatin en önemli unsuru idari yaptırım gerektirmesidir. Genel olarak yaptırım, hukuk düzeni tarafından kuralla uyulmasını sağlamak amacıyla, kuralı ihlal edene bir cevap olarak dışarıdan uygulanan ve çoğu zaman acı verici niteliğe sahip psikolojik ya da maddi bir tepki olarak tanımlanabilir¹⁹. Diğer bir ifadeyle yaptırım, “toplumsal yaşamın bozulmuş düzeninin eski hale getirilmesi ya da telafi edilmesi için başvurulması kaçınılmaz olan sosyal bir tepkiyi ifade etmektedir.”²⁰ İdari yaptırım ise yasaların açıkça yetki verdiği durumlarda, araya bir yargı kararı girmeksizin doğrudan doğruya idare tarafından, idari usuller izlenerek uygulanan müeyyidelerdir²¹.

¹⁹ Halil KALABALIK, **İdare Hukuku Ders Notları**, Eser Ofset, Trabzon-2001, s. 491.

²⁰ Fatih Selami MAHMUTOĞLU, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzen Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, İstanbul-1995, s.117.

²¹ İl Han ÖZAY, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul-1985, s.135.

İdari yaptırımlar idari düzeni korumaya yönelik müeyyidelerdir²². İdari düzen, “kamu güvenliği ve düzeni, kamu sağlığı ve ulusal servetin korunmasına yönelik faaliyetler” şeklinde tanımlanmaktadır²³. Nitekim KK'nin amacı da idari düzenin birer unsuru niteliğinde olan toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevre ve ekonomik düzeni korumaktır (m.1). Bu anlamda, idari yaptırımların, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevre ve ekonomik düzeni ihlal eden eylemlere gösterilen bir toplumsal tepki olduğu söylenebilir.

Devletin yaptırım uyguladığı alanlardan biri de vergi ve vergilendirmeye ilişkin meselelerdir. Devlet, Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olarak koyduğu vergilerin hazineye intikalini sağlamak ve oluşturduğu vergisel düzeni korumak amacıyla mükelleflere, sorumlulara, bunlarla ilişki içinde olanlara ve bazı durumlarda da mükellefiyetle ilgili bilgi ve belgeleri elinde bulunduran kişilere belli ödevler yüklemektedir. Bunlara vergilendirme ödevleri denmektedir. Kanun koyucu, vergilendirme ödevlerinin ihlal edilmesini çeşitli yaptırımlara bağlamıştır. Yaptırım uygulanmasını gerektiren bu fiiller, kamu idaresinin gelir kaynaklarına zarar veren ya da zarar verme tehlikesi bulunan fiillerdir²⁴. Bu yaptırımlar, ihlal edilen hukuki değerın ağırlığına göre cezai²⁵ veya mali²⁶ olabilmektedir. Cezai yaptırım gerektiren ihlaller (vergi ceza hukukunun, mali yaptırım gerektiren ihlaller ise genelde idare hukukunun, özelde vergi hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Vergi hukukunun konusunu oluşturan fiiller, ağırlıklarına göre usulsüzlük, özel usulsüzlük ve vergi ziyayı şeklinde gruplandırılmaktadır.

Vergilendirme ödevlerinin amacı, vergisel kamu düzenini korumaktır. Vergisel kamu düzeninin, KK'nin 1. maddesinde ifadesini bulan toplum (kamu)

²² ÇAĞLAYAN, s.23.

²³ Yücel OĞURLU, **İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma**, Ankara-2000, Seçkin Kitabevi, s.33.

²⁴ Sahir ERMAN, **Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Ceza Hukukuna Ait Prensipler**, *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, Onbeşinci Seri, İstanbul-1968, s.74.

²⁵ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359, 362 ve 363. maddelerinde düzenlenen suçlar cezai yaptırım gerektiren suçlardır.

²⁶ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 344. maddesi ve 352 ilâ mükerrer 355. maddelerinde düzenlenen usulsüzlük, özel usulsüzlük ve vergi ziyayı fiilleri, mali yaptırım gerektiren suçlardır.

düzeninin bir parçası olduğu açıktır. Bu bağlamda, vergilendirme ödevlerinin ihlalinin, (vergisel) kamu düzenini bozucu etkisi bulunduğu söylenebilir. Dolayısıyla vergilendirme ödevlerinin ihlalinin yaptırıma bağlanmasıyla korunan hukuki yarar, vergisel kamu düzenidir. Diğer bir ifadeyle, mali nitelikteki vergi cezalarıyla korunan hukuki yarar, genelde vergisel idari düzen, özelde ise kamu hazinesidir²⁷.

Mali nitelikteki vergi suçlarında fiil, vergi idaresince tespit edildiğinden ve gereken yaptırım, arada bir yargı kararı olmaksızın doğrudan vergi idaresince, VUK ve ilgili diğer kanunlarda öngörülen usullere riayet edilerek uygulandığından bu fiil karşılığında uygulanan müeyyidenin idari bir yaptırım niteliğinde olduğu tartışmasızdır. Dolayısıyla, idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bu fiillerin KK anlamında kabahat olarak nitelendirilmeleri yanlış olmayacaktır. Doktrinde de birçok yazar tarafından, idari yaptırım gerektiren bu fiiller için *vergi kabahatleri* tabiri kullanılmaktadır²⁸.

Kabahat, “kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık (hukuka aykırı fiil)” biçiminde tanımlandığına göre, vergi kabahatinin, vergi ve vergilendirmeye ilişkin kanunların, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü hukuka aykırı fiil biçiminde tanımlanması mümkündür. Buradaki hukuka aykırı fiil, şekli veya maddi vergilendirme ödevlerinin ihlal edilmesidir. İhlali gerçekleştiren kişi de yukarıda sayılan vergilendirme ödevlileridir. Ancak *vergilendirme ödevlisi* kavramının mükellef anlamında kullanılan *vergi ödevlisi* kavramıyla karıştırılmaması gerekir. Vergi ödevlisi²⁹ tabiri, dar ve teknik anlamda kullanılmakta olup mükellefi ifade etmektedir. Buna karşılık bu çalışmada kullanılan vergilendirme ödevlisi tabiriyle, vergi kanunlarıyla kendilerine şekli veya maddi ödevler yüklenen kişiler kastedil-

²⁷ Doğan ŞENYÜZ, **Vergi Ceza Hukuku: Vergi Kabahatleri ve Suçları**, Ekin Kitabevi, 6. Baskı, Bursa-2012, s.31.

²⁸ Mualla ÖNCEL-Ahmet KUMRULU-Nami ÇAĞAN, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara-2000, s.210; Yusuf KARAKOÇ ve diğerleri, Editör: Recai DÖNMEZ, **Genel Vergi Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayını No:2499, Açıköğretim Fakültesi Yayını No:1470, Eskişehir-2012, s.14; Ateş OKTAR, **Vergi Hukuku**, Türkmen Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul-2011, s.329 vd.

²⁹ ŞENYÜZ, vergi ödevlisi tabirini, bu çalışmada vergilendirme ödevlisi tabirine yüklenen anlamda kullanılmaktadır (s.51).

mektedir ki, bunlar, mükellefler, sorumlular, bunlarla ilişki içinde olanlar ve mükellefiyetle ilgili bilgi ve belgeleri elinde bulunduranlardır. Tüm bunlardan hareketle daha kapsamlı bir tanım yapmak gerekirse; vergi kabahati, şekli veya maddi vergilendirme ödevlerinin, ödevin yükümlüsü tarafından ihlal edilmesi suretiyle işlenen, kanuni tarife uygun ve idari yaptırım gerektiren fiildir³⁰. İhlal, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir.

Vergi kabahati, korunan hukuki yarara zarar vermesi durumunda idari yaptırımı tabi tutulur³¹. Vergi kabahatlerinde zarar, verginin kayba uğratılması suretiyle kamu hazinesinde oluşan doğrudan parasal bir eksilme biçiminde olabileceği gibi, parasal zarar ortaya çıkması tehdidi şeklinde de gerçekleştirilebilir³². Bu anlamda, hazinenin doğrudan parasal bir kayba uğradığı vergi ziyayı fiillerinin bir zarar kabahati, henüz bir hazine zararının söz konusu olmadığı, ancak zarar tehlikesi altında bulunduğu usulsüzlük ve özel usulsüzlük fiillerinin ise birer tehlike kabahati olduğu söylenebilir³³.

C. Yaptırım Şartı

KK'nin genel hükümlerinin vergi kanunlarında öngörülen mali nitelikteki suçlara uygulanabilmesi için, bunların kabahat niteliğinde olması gerekli, ancak yeterli değildir. Bunun yanında, bunlar için öngörülen yaptırımın idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi niteliğinde olması gerekmektedir. İdari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi niteliğinde olmayan türden bir idari yaptırım uygulanmasını gerektiren vergi kabahatleri yönünden KK'nin genel hükümlerinin uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

Mali nitelikteki vergi suçlarının kabahat niteliğinde olduğu bir önceki başlıkta saptanmıştı. Bu başlıkta, vergi kabahatlerinde uygulanan yaptırımın, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi niteliğinde olup olmadığı tartışılacaktır.

³⁰ Hasan Hüseyin BAYRAKLI, **Vergi Ceza Hukuku**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayınları No:5, İİBF Yay. No:4, Afyon-1996, s.68.

³¹ ŞENYÜZ, s.31.

³² ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s.209; ŞENYÜZ, s.31.

³³ ŞENYÜZ, s.31'de yer alan 54 numaralı dipnot.

Vergi kabahatlerinde uygulanan yaptırım, genellikle mali nitelik taşımakta olup bir miktar paranın idareye ödenmesini konu edinmektedir. Bu tutar, zarar kabahatlerinde, vergilendirme ödevlerine riayet durumunda katlanılacak olan mali fedakârlıktan daha fazla bir külfetin ödevliye yüklenmesi suretiyle belirlenmektedir. Tipik bir zarar kabahati olan vergi ziyanının yaptırımı, ziya uğratılan verginin bir katı tutarında paranın alacaklı vergi idaresine ödenmesidir. Tehlike kabahatlerinde ise henüz bir zarar söz konusu olmadığından yaptırım olarak ödenmesi gereken tutarın ölçüsü ödevlinin katlanması gereken mali bir fedakârlık değildir. Bu durumda, ödevlinin ödemesi gereken tutar, korunan hukuki değer ve ihlalle yaratılan tehlikenin büyüklüğü göz önünde bulundurulurken kanun koyucu tarafından belirlenmektedir. Tehlike kabahati niteliğinde olan usulsüzlüklerinin yaptırımı, maktu bir tutarın idareye ödenmesi iken, yine bir tehlike kabahati olan özel usulsüzlüklerin yaptırımı ise çoğu zaman nispi olarak belirlenen bir miktar paradır.

Vergilendirme ödevinin ihlali dolayısıyla ödevlinin, maktu veya nispi olarak belirlenen bir miktar parayı idareye ödemesi biçiminde gerçekleşen bu yaptırımın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Vergi kabahatlerinde uygulanan mali yaptırımın niteliğiyle ilgili olarak dört farklı görüşün öne sürüldüğü görülmektedir. Bunların; vergi zammı, tazminat, kamusal ceza ve idari ceza biçiminde dört başlık altında toplanması mümkündür. Birinci görüş, vergi cezaları, hazinenin uğradığı veya uğradığı farz edilen zararın tamirinden ziyade tenkil³⁴ amacına yöneldiğinden bunların klasik cezalardan bir farkının bulunmadığını ifade etmektedir³⁵. Buna karşılık bu cezaların yargıç tarafından değil idare tarafından kesilmiş olmasını ve ayrıca ceza üzerinde muhatabın da tasarrufta³⁶ bulunabildiği gözetilen bir başka görüş, vergi cezasının idari yaptırım olduğunu savunmaktadır³⁷. Diğer bir görüş, vergi cezasının, verinin yükümlüsü tarafından haksız yere kullanılması karşılığında alınan bir tür zam olduğunu

³⁴ “Herkes örneğe olacak bir ceza verme”, <http://www.tdk.gov.tr>, E.T. 19.12.2013.

³⁵ ERMAN, s.75.

³⁶ VUK’un 376. maddesi uyarınca muhatabın vadesinde ödemesi veya belli koşullarla vadesinden itibaren üç ay içinde ödeme yapacağını tahahhüt etmesi durumunda cezanın 1/3 veya 1/2 oranında indirilmesi mümkündür.

³⁷ ÖNCEL-KUMRULU-ÇAĞAN, s.210; Turgut CANDAN, **Vergi Suç ve Cezaları**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara-2010, s.57-58.

ileri sürmektedir³⁸. Son olarak, verginin, vergi ziyayı yaratmak suretiyle verilen zarar karşılığı alınan bir tazminat olduğu görüşü de doktrinde savunulmaktadır³⁹.

Kanaatimizce, vergi kabahatlerinde uygulanan mali yaptırımın amacı, ceza tehdidiyle vergisel kamu düzeninin bozulmasını engellemek olduğuna göre ve bu ceza doğrudan idare tarafından uygulandığına göre, bu yaptırımın idari bir yaptırım olduğu görüşü akla daha yatkın gelmektedir. Bir miktar paranın ödenmesi sonucunu doğuran bu yaptırımın idari para cezasının özel bir türü olduğu açıktır.

Sonuç olarak, mali nitelikte vergi cezaların idari para cezasının özel bir türü olduğu ve KK'nin genel hükümlerinin, idari para cezası yaptırımını gerektiren vergi kabahatleri yönünden de uygulanabileceği anlaşılmaktadır.

IV. KK'NİN GENEL HÜKÜMLERİNİN VERGİ KABAHATLERİ YÖNÜNDEN TARTIŞILMASI

A. Genel Olarak

Yukarıdaki bölümde, mali nitelikte vergi cezaların idari para cezasının özel bir türü olduğu sonucuna ulaşılmıştı. Dolayısıyla KK'nin genel hükümlerinin, idari para cezası yaptırımını uygulanmasını gerektiren vergi kabahatleri yönünden de uygulanabilmesi mümkündür. Ancak, bu durum, KK'nin bütün genel hükümlerinin otomatik olarak vergi kabahatlerinde uygulanacağı anlamına gelmemektedir. KK'nin genel hükümlerinin, diğer kanunlarda düzenlenen kabahatler hakkında da uygulanabilmesinin, ilgili kanunda özel bir hüküm bulunmaması şartına bağlı olduğu yukarıda ifade edilmişti⁴⁰. Bu durumun vergi kabahatleri yönünden evleviyetle geçerli olduğu söylenebilir. Çünkü vergi kabahatlerinin büyük bir bölümünü düzenleyen VUK, kabahatlerin tespiti ve müeyyide uygulanması gibi konularda KK'den bile çok daha ayrıntılı hükümler içermekte olup kanun koyucunun özel hüküm niteliğinde olan VUK'u

³⁸ Bkz. ŞENYÜZ, 58 numaralı dipnot.

³⁹ Süheyl DONAY, **Para Cezaları**, Kervan Kitabevi, İstanbul-1972, s.124 vd.

⁴⁰ Bkz. ["Genellik"başlığı]

zımnen ilga ettiği sonucuna ulaşmayı haklı kılacak herhangi bir emareye rastlanmamaktadır⁴¹.

Bu itibarla, vergi kabahatleriyle ilgili herhangi bir konuda KK'ya müracaat edilebilmesi için, o konuda VUK başta olmak üzere ilgili vergi kanununda özel bir hükmün bulunmaması gerekmektedir. VUK veya diğer vergi kanunlarında ya da vergi ve vergilendirmeye ilişkin hüküm içeren kanunlarda özel bir hükmün bulunması durumunda, KK'nin ilgili hükmünün uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Bu başlıkta, KK'nin genel hükümlerinden hangilerinin vergi kabahatleri yönünden uygulanma imkânı bulabileceği ve uygulanma imkânı bulan hükümlerin ne ölçüde uygulanacağı tespit edilmeye çalışılacaktır.

B. Kanunilik İlkesi

Suç ve cezaların kanuniliği, hukuk devleti ilkesinden türemiştir. Hukuk devletinin özü, insanların davranışlarına yön verebilecek nitelikte olan bir hukukla yönetilmesi ve yönetilenlerin de bu hukuka uymalarıdır⁴². Hukuk devletinde, kanunların insan davranışlarını yönlendirici, geleceğe yönelik, açık ve anlaşılır olması gerekmektedir⁴³. Kanunların açık ve anlaşılabilir olması, hukuk düzeninin emir ve yasakları ile bunlar karşılığında öngörülen müeyyideleri belirginleştirmekte, bireyin, hangi fiili işlediğinde hukuk düzeninin ne tür bir tepkisiyle karşılaşacağını bilenebilir kılmaktadır. Hukuk devletinin bu gereği, bireysel özgürlüklere müdahalenin en fazla görüldüğü alan olan ceza hukukunda kendisini daha fazla hissettirmektedir. Bu nedenle, ceza normunun ne olduğu ve bu norm ihlal edildiğinde ne tür bir yaptırıma muhatap olunacağını önceden bilinmesi hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından kaçınılmazdır.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılama-

⁴¹ ŞENYÜZ, s.35.

⁴² Joseph RAZ, "Hukuk Devleti ve Erdemi", (Çev. Bilal CANATAN), *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke ve Siyasi Bir İdeal*, (Ed: Ali Rıza ÇOBAN, Bilal CANATAN, Adnan KÜÇÜK), Adres Yay., Ankara-2008, s.152.

⁴³ *ibid*, s.153..

yacağı belirtilmek suretiyle *suçta kanunilik ilkesi*; üçüncü fıkrasında, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı hükmüne yer verilerek *cezada kanunilik ilkesi* benimsenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da, “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.” denilmek suretiyle Anayasa'nın 38. maddesine paralel bir düzenleme yapılmıştır.

KK'nin 4. maddesinde, kabahatlerde ve idari yaptırımlarda kanunilik ilkesi düzenlenmektedir. Buna göre, hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçevede hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir (f.1). Ancak kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarının mutlaka kanunla belirlenmesi gerekir (f.2). Görüldüğü üzere, uygulanacak yaptırımın kanunla konulması zorunluluğu yönünden ceza hukuku anlamında kanunilik ilkesi ile kabahatler hukuku anlamında kanunilik ilkesi arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Buna karşılık yaptırım gerektiren fiilin kanuniliği bakımından, kabahatler hukukunda ceza hukukundaki kadar katı davranılmamış, fiilin genel hatlarıyla kanunla belirlenmiş olması yeterli görülmüştür. Gerçekten, KK'nin 4. maddesi, kabahat teşkil eden fiilin kapsam ve koşullarının kanunla belirlenmesini yeterli görmüş, bu şekilde kanunla belirlenen çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulmasına imkân tanımıştır⁴⁴. Oysa TCK'nin 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. İdareye, kabahat oluşturan fiilin içeriğini belirleme yetkisi tanınması, yasama organının hantal işleyen yapısı nedeniyle ekonomik ve teknik hayatın hızla değişen ve gelişen şartlarına uy-

⁴⁴ İdarenin düzenleyici işlemleri; tüzük (AY. m.115), yönetmelik (AY. m.124) ve diğer ad-sız düzenleyici işlemlerdir. Ancak bunların maddi anlamda kanun hükmünde olabilmesi için, kanaatimizce Resmi Gazete'de yayımlanarak aleniyet kazanması lazımdır. Bu itibarla, Resmi Gazete'de yayımlanmayan bir düzenleyici işlemlerle kabahat teşkil eden fiilin içeriği belirlenemez.

gun düzenlemelerin kanun yoluyla yapılamamasıyla açıklanmaktadır⁴⁵.

VUK'ta, vergi kabahatlerinin kanuniliği ilkesini düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmemiştir. VUK'un 331. maddesinde yer alan, "vergi kanunları hükümlerine aykırı hareket edenler, bu kitapta yazılı vergi cezaları (vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları) ve diğer cezalar ile cezalandırılırlar." hükmü, kanunilik ilkesini düzenlemekten ziyade vergi kabahatini tanımlamaktadır. Bu nedenle, KK'nin kanunilik ilkesini düzenleyen 4. maddesinin vergi kabahatleri hakkında da uygulanabilmesi gerekir. Buna göre, vergi kabahati oluşturan fiiller ve bunlar için gereken yaptırımlar kanunla belirlenmek zorundadır. Ancak çerçevesi ve kapsamı kanunla düzenlenmek koşuluyla fiilin içeriğinin ve fiili oluşturan davranış biçimlerinin idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenmesi mümkündür. Böylece, vergi aslı için sıkı bir biçimde uygulanan kanunilik ilkesi, vergi kabahatleri yönünden kısmen yumuşatılmıştır⁴⁶.

Vergi kabahatlerinin büyük bir bölümü doğrudan vergi kanunlarında (özellikle VUK'ta) açıkça düzenlenmiş, bir kısmı ise Maliye Bakanlığına tanınan yetki çerçevesinde düzenleyici işlem niteliğinde olan genel tebliğlerle belirlenmiştir. Buna karşılık vergi kabahatleri karşılığında uygulanacak yaptırımların tümü vergi kanunlarında gösterilmiştir. Örneğin, VUK'un 355. maddesinde, mükerrer 257. madde uyarınca getirilen zorunluluklara uymayanlara maddede öngörülen tutarlarda özel usulsüzlük cezası kesileceği hükme bağlanmak suretiyle, fiilin genel çerçevesi ve uygulanacak yaptırımın niteliği doğrudan kanunla (mükerrer 355. maddeyle) belirlenmiş, ancak fiil oluşturan davranış biçimlerinin tespiti, mükerrer 257. maddeyle idareye bırakılmıştır.

Çerçevesi ve kapsamı kanunla belirlenen kabahatin içeriğinin idarenin düzenleyici işlemleriyle belirlenmesinin, yasama yetkisinin devredilmezliği ve suçta kanunilik ilkelerine aykırılık taşıyıp taşımadığı hususunda doktrinde farklı görüşler öne sürülmekle birlikte bu yoldaki tartışmalara değinilmesi

⁴⁵ ŞENYÜZ, s.39.

⁴⁶ *ibid*, s.39.

çalışmanın kapsamının aşılmasına yol açacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesinin, çerçevesi ve kapsamı kanunla belirlenmek kaydıyla, idari yaptırım gerektiren fiilin içeriğinin ve değişik davranış biçimlerinin idari düzenleyici işlemlerle belirlenmesini Anayasa'ya aykırı görmediğini belirtmek gerekir⁴⁷. Anayasa Mahkemesi, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun, Maliye Bakanlığınca düzenlenme zorunluluğu getirilen belgelerin; düzenlenmemesi, kullanılmaması, bulundurulmaması, düzenlenen belgelerin aslı ile örneğinde farklı meblağlara yer verilmesi veya gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi durumunda özel usulsüzlük cezası uygulanmasını öngören 353. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ilgili bölümünü, Anayasa'nın 7. ve 38. maddelerine uygun bulmuştur. Kararın gerekçesinde, suç sayılan eylem ve uygulanacak ceza yasada açıkça gösterildikten sonra yasama organının uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konularda alınacak önlemlerin duyulan gereksinmelere uygunluğunu sağlamak amacıyla yürütme organına kimi kararlar almak üzere yetki vermesinin idari kararlarla suç ihdası anlamına gelmeyeceği vurgulanmıştır.

Mahkeme, daha önce Maliye Bakanlığına yetki veren mükerrer 257. maddenin kendisini de incelemiş ve kuralın, vergi kayıp ve kaçırımı önlemek amacıyla Maliye ve Gümrük Bakanlığına yetki verilmesinin suç oluşturma olanağı verdiği anlamına gelmeyeceğini belirterek kuralı Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulmamıştır⁴⁸. Gerekçede ayrıca, vergi idarelerince verilen para cezalarının teknik anlamda ceza niteliğinde olmadığı, idari birer yaptırım niteliğinde olduğu hususundaki düşünceler de gözetildiğinde belge düzenine ilişkin idari düzenlemelere aykırı davranış suç değil, birer disiplin suçu,

⁴⁷ AYM, 3.2.2011 günlü, E.2009/5, K.2011/31 sayılı kararı (R.G. Tarih-Sayı : 14.05.2011-27934). Kararın gerekçesi şu şekildedir:

“Vergi hukukunda, vergi suçları ve cezaları; mali ve idari suç ve cezalar, ceza hukuku alanında ve anlamındaki suç ve cezalar olarak iki kategoriye ayrılmaktadır.

Mali ve idari nitelikteki suç ve cezalarda eylem ve yaptırım, idari yöntemlerle saptanmaktadır. Vergi idaresince suç olarak saptanan fiiller için yargı kararına gerek olmadan, vergi idarelerince ceza verilmektedir. Bu tür suçların yaptırımı, mali ve idaridir.

Anayasa'nın 38. maddesinin sekizinci fıkrasındaki “idare kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz.” kuralından da idari ve malî nitelikteki vergi suç ve cezaları ile maddî ceza hukuku anlamındaki vergi suç ve cezalarının biri birinden farklı kurumlar olarak öngörüldüğü anlaşılmaktadır.”

⁴⁸ AYM, 15.10.1991 günlü, E.1990/29, K.1991/37 sayılı kararı.

hatta bir tür mali kolluk önlemi olarak değerlendirilebileceğinin altı çizilerek bu durumda kanunsuz suçtan söz edilemeyeceği tespiti yapılmıştır. Mahkeme bir başka kararında ise mali nitelikte yaptırım gerektiren vergi suçlarını Anayasa'nın 38. maddesi kapsamında dahi görmemiştir⁴⁹.

C. Zaman ve Yer Bakımından Uygulama

1. Zaman Bakımından Uygulama

Zaman bakımından uygulanma, ceza kanunlarının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceğiyle ilgili bir meseledir⁵⁰. Hukuk kuralları, kural olarak yürürlüğe girdikleri anda ilgili oldukları olay ve olgular hakkında derhal uygulanır⁵¹. Ceza hukukunda da, failin durumunu ağırlaştırıcı kurallar yönünden *derhal uygulanma* esası geçerli olup buna göre, bu nitelikteki kurallar, ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonra işlenen suçlara uygulanabilir. Buna karşılık, failin durumunu hafifleten kurallar ise suçun işlendiği tarihe kadar geriye yürütülerek uygulanır⁵². Bu ikinci durumda, *geçmişe yürürlü olarak uygulanma* esası geçerlidir⁵³.

Anayasa'nın 38. maddesinde, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." kuralına yer verilmiştir.

Ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak TCK'nin 7. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı fıkralarında Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasına benzer düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle

⁴⁹ AYM, 18.7.1994 günlü, E.1994/46, K.1994/57 sayılı kararı.

⁵⁰ ÇAĞLAYAN, s.134.

⁵¹ Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.I, Beta Kitabevi, 10. Bası, İstanbul-1994, s.204.

⁵² *ibid*, s.204.

⁵³ *ibid*, s.204.

bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur. Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır. Hükümlünün, yürürlükteki infaz sistemine nazaran daha fazla infaz kurumunda tutulmasına yol açan kuralların ceza hukuku normu olarak kabulü gerekir⁵⁴.

Ceza hukukunda, failin suç teşkil edip etmediği ve buna bağlı olarak faile uygulanacak cezanın miktarının tayininde, suçun işlendiği zaman esas alınmaktadır. Hareketle neticenin aynı zamanda gerçekleştiği ani suçlarda bir sorunla karşılaşılmayıp hareketin gerçekleştiği an suçun işlendiği an olarak kabul edilir⁵⁵. Buna karşılık, hareketle neticenin aynı zamanda gerçekleşmediği durumlarda suçun ne zaman işlenmiş sayılacağı hususunda doktrinde farklı görüşler öne sürülmektedir. Doktrinde, hâkim olan hareket teorisine göre, hareketin gerçekleştiği zaman, suçun işlendiği andır⁵⁶.

Öte yandan TCK'nin anılan hükmüyle failin lehine olan kanunun uygulanması esası benimsenmiştir. Buna göre, suç ihdas eden veya failin cezasını ağırlaştırılan kanunlar geçmişe uygulanmaz. Buna karşılık suçu ortadan kaldıran veya failin cezasını hafifleten kanunlar, mahkûmiyet kesinleşse ve ceza infaz edilse bile geçmişe yürütülür ve suçun işlendiği ana kadar geriye doğru etki doğurur⁵⁷.

KK'nin 5. maddesinde, kabahatlerin ve idari yaptırımların zaman bakımından uygulanması hususunda esas itibarıyla TCK'ya atıf yapılmıştır. Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan, "Kabahat, failin icraî veya ihmali davranışı gerçekleştirdiği zaman işlenmiş sayılır. Neticenin oluştuğu zaman, bu bakımdan dikkate alınmaz." hükmü uyarınca, kabahatin işlenmiş sayıldığı

⁵⁴ Hakan HAKERİ, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitabevi, 7. Baskı, Ankara-2008, s.53.

⁵⁵ *ibid*, s.58.

⁵⁶ *ibid*, s.58.

⁵⁷ İzzet ÖZGENÇ, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitabevi, 3. Baskı, Ankara-2008, s.143.

zaman, ceza hukukunda savunulan hakim görüşe uygun olarak hareketin gerçekleştiği andır.

Öte yandan, KK'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan, "Ancak, kabahatler karşılığında öngörülen idari yaptırımlara ilişkin kararların yerine getirilmesi bakımından derhal uygulama kuralı geçerlidir." hükmü uyarınca, kabahatler hukukunda lehe kanun ilkesinin uygulama alanı yalnızca maddi kabahat normlarıyla sınırlı tutulmuş, kararın verilmesinden sonra devreye giren ve kararın infazına ilişkin olan normlara teşmil ettirilmemiştir. Dolayısıyla, idari yaptırımların infazına ilişkin hükümlerde, infaz hukukunda olduğu gibi, derhal uygulanma esasının benimsendiği söylenebilir⁵⁸. Buna karşılık, idari yaptırım kararının dayanağını oluşturan, yani kararın verilmesinden önceki aşamada gözetilmesi gereken maddi kabahat normlarında lehe kanun ilkesi geçerli olup fail lehine olan kanunlar geçmişe etkili uygulanır. Bu bakımdan, sonradan yürürlüğe giren kanun kabahati ortadan kaldırmakta veya öngörülen yaptırımı hafifletmekte ise infaz aşamasında olsa dahi sonraki kanun uygulanacaktır⁵⁹.

İdari yaptırım kararının infazından önce olmak kaydıyla kararın kesinleşmesinden sonra yürürlüğe girse bile fail lehine yaptırımı hafifleten veya ortadan kaldıran yeni düzenlemeler geçmişe yürütülüp uygulanacak, failin aleyhine yaptırımı ağırlaştırılan düzenlemeler ise geçmişe yürütülmeyecektir. İdari yaptırım kararının infazına ilişkin hükümlerde ise derhal uygulanma esası gereğince lehe veya aleyhe olduğuna bakılmaksızın kararın infazından önce yürürlüğe giren her düzenleme hemen uygulanacaktır. Örneğin idari para cezasının ödeme koşullarını ağırlaştırılan veya taksit imkânının ortadan kaldıran bir düzenleme infaza ilişkin olduğundan yürürlüğe girdiği tarihte henüz infaz edilmemiş bütün yaptırımlara uygulanacaktır⁶⁰.

Bununla birlikte, doktrinde, KK'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesindeki hükümden yola çıkılarak kabahatlerde lehe kanun uygula-

⁵⁸ ÇAĞLAYAN, s. 137; Zeynel T. KANGAL, **Kabahatler Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul-2011, s.67.

⁵⁹ KANGAL, s.70.

⁶⁰ *ibid*, s.67.

masının geçerli olmadığı yolunda görüşler öne sürülmektedir. Buna göre, sonradan yürürlüğe giren kanun, ister lehe ister aleyhe olsun, infaz gerçekleşmişse geçmişteki olaylara da uygulanır⁶¹. Kanaatimizce, söz konusu hükmün bu şekilde yorumlanması mümkün değildir. Cezaları geçmişe yönelik ağırlaştırılan bu yorumun Anayasa'ya aykırı düşeceği açıktır. Anayasa'ya uygun yorum ilkesi gereğince, hükmün Anayasa'ya uygun olan yukarıdaki yorumunun benimsenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

VUK'ta kabahatlerin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Dolayısıyla KK'nin 5. maddesi ile TCK'nin 7. maddesinin yukarıda açıklanan ilgili hükümlerinin vergi kabahatleri bakımından da uygulanması gerekir. Bu itibarla, vergilendirme ödevlerini ihlali biçiminde tezahür eden kabahatin gerçekleştiği tarihten sonra yürürlüğe giren yeni bir kanun veya düzenleyici işlem nedeniyle fiil kabahat olmaktan çıkmakta veya nitelik, süre ve miktar bakımından yaptırım hafifletmekte ise bu durumda, fail lehine olan yeni kanun veya düzenleyici işlem uygulanır. Lehe kanun veya idari düzenlemenin uygulanması ilkesi, yaptırım infaz edildiği tarihe kadar yürürlüğe giren kanun veya idari düzenlemeler yönünden geçerlidir. İnfazdan sonra yürürlüğe giren lehe düzenlemeler, infazın neticelerinin ortadan kaldırılmasını gerektirmez. Bu bakımdan, vergi ziyai, usulsüzlük ve özel usulsüzlük cezasının miktarını azaltan hükümlerin, uygulanan cezanın infaz edildiği tarihten önce yürürlüğe girmiş olmak kaydıyla, geçmişteki olaylara da uygulanmaları gerekir.

Danıştayın çoğunluk görüşünün, lehe kanun ilkesinin vergi kabahatlerinde de uygulanacağı yolunda olduğu söylenebilir. Danıştay, VUK'un özel usulsüzlük cezalarını düzenleyen 353. maddesinin birinci fıkrasında sayılan belgelerin verilmemesi ve alınmaması eylemi için bu belgelere yazılması gereken meblağ üzerinden nispi olarak kesilmesi öngörülen özel usulsüzlük cezasının oranını % 25'ten %10'a düşüren 4108 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, bu Kanun'dan önce işlenen fiillere de % 10 oranında ceza uygulanması gerektiği sonucuna ulaşarak lehe kanun ilkesinin vergi kabahatleri yönünden de

⁶¹ YURTCAN, s.7; ÇAĞLAYAN, s.137.

geçerli olduğunu kabul etmiştir⁶². Azınlıkta kalan görüşe göre ceza hukukuna hakim olan lehe kanun ilkesinin vergi suç ve cezalarına kıyas yoluyla uygulanması mümkün değildir⁶³.

İnfaza ilişkin getirilen yeni düzenlemelerin lehe veya aleyhe olmalarına bakılmaksızın derhal uygulanması gerekir. Bu bakımdan, 6183 sayılı Kanun'un 48. maddesinde düzenlenen gecikme zammı, yaptırımın infazına ilişkin bir yükümlülük olduğundan, vergi cezalarına uygulanan gecikme zammına ilişkin yasal ve idari düzenlemelerin failin lehine olup olmadığına bakılmaksızın derhal uygulanması gerekir.

2. Yer Bakımından Uygulanma

Yer yönünden uygulanma hukuk kurallarının geçerli olduğu coğrafyayı ifade eden bir kavramdır. Egemen devletlerin ceza hukuku kurallarının uygulanacağı alanı belirlemek hususunda sınırsız bir takdir yetkileri bulursa da devletler, pratik nedenlerle ceza kanunlarının geçerli olduğu alanı mümkün olduğunca sınırlama yolunu tercih etmektedir⁶⁴. Ceza kanunlarının yer itibarıyla uygulanmasında tüm dünyada ikili bir sistem benimsenmiştir. Bunlar; ceza kanunlarının (1) mülki olması ve (2) şahsi olması şeklinde tasnif edilmektedir⁶⁵. Ceza kanunlarının şahsi olması sistemi, bir kimsenin suçunu işlediği yere bakmaksızın, vatandaş bulunduğu devletin ceza kanununun onun hakkında uygulanması; mülki olması sistemi ise suçu işleyen kişinin vatandaşlığı hiçbir şekilde dikkate alınmaksızın, ülkesinde suç işlediği devletin

⁶² Dan. 11.D., 14.1.1999 günlü, E.1998/1189, K.1999/193 sayılı kararı, (www.danistay.gov.tr, E.T. 12.12.2013).

⁶³ Dan. 3.D., 7.4.1998günlü, E.1997/3762, K.1998/2726 kararındaki karşı oy gerekçesi şöyledir: "... Vergi Usul Kanununun gerekçesinde Vergi Usul Kanunu ile yeni bir "Vergi Ceza Hukuku"nun tesisine gidilmiş olduğu, vergi cezasının bir vergi zammı olmayıp, vergi suçunu önlemeyi amaçlayan bir cezadan ibaret bulunduğu, bu cezanın, ceza kanunlarının bahsettiği anlamda bir ceza olmadığı için azami bir hadle sınırlandırılmayacağı vurgulanarak vergi cezalarının hukuki mahiyeti itibarıyla ceza hukuku alanına dahil kamu hukuku cezalarından farklı olduğu belirtilmiş bulunmaktadır.

Böyle olunca, hukuki mahiyetleri farklı olan vergi cezaları ile kamu hukuku cezalarından birisi için özel yasasında belirtilmiş olan bir kuralın kıyas yoluyla vergi cezalarında uygulanması mümkün görülmemektedir." (www.danistay.gov.tr, E.T. 12.12.2013).

⁶⁴ DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.236.

⁶⁵ *ibid*, s.237.

ceza kanunlarına tabi olması anlamına gelmektedir⁶⁶.

TCK'nin 8. maddesinde, Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunlarının uygulanacağı belirtilerek mülklik esası benimsenmiştir. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suçun, Türkiye'de işlenmiş sayılacağı belirtilmiştir (f.1, c.2).

KK'nin 6. maddesinde, TCK'nin yer bakımından uygulanmaya ilişkin 8. madde hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı belirtilmiş, ancak kanunlardaki aksine hükümler saklı tutulmuştur.

VUK'ta, kanunların yer bakımından uygulanmasına ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Bu durumda, vergi kabahatlerinin yer bakımından uygulanmasında, KK'nin 6. maddesiyle yapılan atıf uyarınca, TCK'nin ilgili hükümlerinin uygulanacağı düşünülebilir. Ancak vergi kabahatlerinin büyük bir bölümü vergi aslına bağlı olarak ortaya çıktığından vergi kabahatlerine hangi ülke kanunlarının uygulanacağı, ilgili vergi aslına bakılarak çözülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda, özel vergi kanununda, yurt dışında elde edilen gelir, yurt dışında yapılan harcama veya yurt dışında bulunan servet üzerinden vergi alınması öngörülmüş ise yurt dışındaki gelir, harcama ve servete ilişkin olarak işlenen kabahatlerde şahsilik ilkesi geçerli olacak ve Türk kanunları uygulanacaktır. Bunun dışındaki durumlarda mülklik esası geçerli olacaktır. Örneğin, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) 3. maddesine göre, tam mükellefiyete tabi olan gerçek kişiler, Türkiye içinde ve dışında elde ettikleri kazanç ve iratların tamamı üzerinden vergilendirilir. Bu durumda, tam mükellefiyete tabi olanların Türkiye dışındaki faaliyetleri kapsamında işledikleri vergi kabahatlerine de Türk kanunları uygulanacaktır.

Sonuç olarak, vergi kabahatlerinde hangi ülke kanunlarının uygulanacağı sorunu, KK'nin genel hükümlerine göre değil, özel vergi kanunlarındaki mükellefiyet durumuna göre çözümlenmesi gerekir.

D. Hareketin Niteliği

KK'nin 7. maddesinde, kabahatin, icrai veya ihmali davranışla işlenebile-

⁶⁶ *ibid*, s.237.

ceği belirtilmiş, ancak ihmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığının gerekli olduğu ifade edilmiştir. VUK'ta bu konuda hüküm bulunmadığından KK'nin 7. maddesinin vergi kabahatleri bakımından da uygulanması gerekmektedir.

İcrai davranış, kanunun yasaklarının; ihmali davranış ise kanunun emirlerinin ihlali şeklinde gerçekleşir⁶⁷. Sahte fatura kullanmak suretiyle vergi ziyana sebebiyet verme kabahati (VUK. m.344/2) icrai bir davranışla işlenirken, fatura vermeme (VUK. m.353/1) kabahati ihmali bir davranışla işlenmektedir. Fatura vermek biçiminde kanuni bir yükümlülük altında bulunmayanların ihmali bir davranışla bu kabahati işlemeleri mümkün değildir.

E. Organ veya Temsilcinin Davranışından Sorumluluk

KK'nin 8. maddesinde, organ ve temsilcinin davranışından kimin/kimlerin sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir. Temsilci sıfatıyla hareket eden kişinin bu sıfatla bağlantılı olarak işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı temsil edilen gerçek kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir. Gerçek kişiye ait bir işte çalışan kişinin bu faaliyeti çerçevesinde işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı, iş sahibi kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir.

Tüzel kişinin vergi kabahatlerinden sorumluluğuna ilişkin olarak VUK'un 333. maddesinde özel bir hüküm yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca, tüzel kişilerin idare ve tasfiyesinde vergi kanununa aykırı hareketlerden tevellüt edecek vergi cezalarının tüzel kişiler adına kesilmesi gerekmektedir. Görüldüğü üzere, tüzel kişinin sorumluluğunda, KK ile VUK arasında farklılık mevcuttur. KK'ye göre, asıl sorumlu, fiili işleyen gerçek kişi olup kural olarak yaptırım gerçek kişiye uygulanır. Bunun yanında, tüzel kişiye de yaptırım uygulanabilmesi

⁶⁷ ŞENYÜZ, s.44.

hususunda idareye takdir yetkisi tanınmıştır. Buna karşılık, VUK'a göre, yaptırımın gerçek kişiye değil tüzel kişiye uygulanması gerekmektedir⁶⁸. Dolayısıyla tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin olarak VUK'un 333. maddesinde yer alan özel hüküm nedeniyle KK'nin 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının vergi kabahatlerinde uygulanması mümkün değildir.

Bununla beraber, VUK'un 333. maddesinde, gerçek kişinin, temsilcisi veya çalışanın fiilinden sorumlu tutulup tutulmayacağına ilişkin herhangi bir hüküm bulunmadığından bu konuda KK'nin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasının vergi kabahatlerinde uygulanabilmesi gerekmektedir. Buna göre, gerçek kişinin temsilcisi veya çalışanın, bu kişiye ait faaliyet çerçevesinde işledikleri kabahatlerden kural olarak asıl vergi ödevlisi değil, onun temsilcisi veya çalışanı sorumludur. Ancak idare, hem temsilci ve çalışan adına hem de asıl vergi ödevlisi adına idari yaptırım uygulayabilir.

Öte yandan, KK'nin 8. maddesinin, birinci ve ikinci fıkra hükümlerinin, organ veya temsilcilik ya da hizmet ilişkisinin dayanağını oluşturan işlemin hukuken geçerli olmaması halinde de uygulanacağını öngören (4) numaralı fıkrasının, (2) numaralı fıkrada belirtilen durum yönünden vergi kabahatlerinde de uygulanması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Zira bu hususta VUK'ta herhangi bir hüküm yer almamaktadır. KK'nin genel kanun olma özelliği, (4) numaralı fıkrada yer alan bu hükmün vergi kabahatlerinde de uygulanmasını gerektirmektedir. Mesela 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun uyarınca yetkili makamlarca çalışma izni verilmemiş bir yabancıyla kurulan hizmet sözleşmesi kanunun emredici hükümlerine aykırı olduğu için mutlak butlanla batıldır. Böyle bir kişiyle bir hizmet ilişkisi içerisine giren bir gerçek kişi mükellefin, aradaki hizmet sözleşmesi geçersiz olsa da bu kişinin mükellefe ait bir emtiayı sevk ederken yoklama memuruna sevk irsaliyesi ibraz etmemesi kabahatini işlemesi nedeniyle çalışanın yanı sıra mükellefe de özel usulsüzlük cezası kesilebilecektir.

⁶⁸ Bununla beraber, VUK'un 10. maddesinde, tüzel kişinin ödenmeyen ceza borçlarından kusuru oranında kanuni temsilci sorumlu olmaktadır. Ancak kanuni temsilcinin VUK'un 10. maddesinde uyarınca sorumluluğu cezai değil, hukukidir. Diğer bir ifadeyle burada kanuni temsilci şirkete uygulanan cezaları kanunda aranan şartlar çerçevesinde ödemekle yükümlü kılınmıştır.

F. Manevi Unsur ve Sorumluluğu Kaldıran Haller

1. Manevi Unsur

Ceza sorumluluğunun temel şartı, davranışın iradi olmasıdır⁶⁹. Ceza sorumluluğu için hareketin iradi olması gerektiği gibi, hareketi gerçekleştiren kişinin de kusurlu olması icap eder⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, ceza sorumluluğu için iradenin tezahürü olan hareketin varlığı yetmemekte, bunun yanında failin de kusurlu olması gerekir⁷¹. Ceza hukukunda iradi olmayan bir fiil hukuka aykırı olsa da suç teşkil etmez⁷². Nitekim TCK kusur ilkesini kabul etmiş olup failin kusurunun bulunmadığı durumlarda cezalandırılmamasını, kusurunun bulunduğu durumlarda ise kusuru oranında cezalandırılmasını öngörmektedir⁷³.

Günümüz ceza hukuku anlayışına göre kusur, suçun bir unsuru değildir⁷⁴. “Kusur, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın bu fiili gerçekleştirmesi nedeniyle muaheze edilmesi gerektiği konusundaki yargıyı ifade etmektedir.”⁷⁵ Bu itibarla, kanuni tipe uygun fiil hukuka aykırı bir şekilde işlenmişse failin kusurunun bulunmaması, bu fiilin suç vasfını ortadan kaldırmaz⁷⁶. Bu durumda, kusursuz faile ceza yerine güvenlik tedbirleri uygulanır⁷⁷.

Manevi unsur, “işlenen fiil ile kişi arasındaki *manevi* bağı ifade etmekte”⁷⁸ olup, kast ve taksir olarak ikiye ayrılmaktadır. TCK’de, kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” biçiminde (m.21/1, c.2); taksir ise “dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi” (m.22/2) şeklinde tanımlanmıştır.

⁶⁹ ÖZGENÇ, s.225.

⁷⁰ HAKERİ, s.137.

⁷¹ *ibid*, s.137-138.

⁷² Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, Beta Kitabevi, 10. Bası, İstanbul-1994, s.143; ÖZGENÇ, s.225.

⁷³ HAKERİ, s.138.

⁷⁴ ÖZGENÇ, s.343.

⁷⁵ *ibid*, s.343.

⁷⁶ *ibid*, s.343.

⁷⁷ *ibid*, S.344.

⁷⁸ *İbid*, s.229.

Kastta fail, hem fiili hem de neticeyi bilmekte ve istemekte⁷⁹; buna karşılık taksirde fail, fiili bilmekte ve istemekte, ancak neticeyi istememektedir⁸⁰. Öte yandan, “kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast” (m.21/2, c.1); “kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir” (m.22/3) durumu söz konusu olur.

Ceza hukukunda kural olarak suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır (m.21/1, c.1). Taksirle işlenen suçlar ise istisna olup kanunda açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılır (m.22/1).

KK'nin 9. maddesinde, kabahatlerin, kanunda açıkça hüküm bulunmayan hallerde, hem kasten hem de taksirle işlenebileceği belirtilmiştir. Buna göre, kabahatlerde ceza hukuku anlamında suçlardan farklı olarak fiilin taksirle işlenmesi istisnai bir durum değildir. Kanunda aksi belirtilmedikçe, yaptırım uygulanabilmesi için kabahatin taksirle işlenmesi yeterli olup kastın varlığı şart değildir. Ancak kanunun, suçun ancak kasten işlenebileceğini öngördüğü durumlarda, kabahatin oluşabilmesi için fiilin taksirle işlenmesi yetmeyecek, kastın varlığı gerekecektir.

VUK'ta, vergi kabahatlerinin işlenişinde manevi unsura ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durumda, KK'nin 9. maddesinin vergi kabahatleri yönünden de uygulanması kaçınılmazdır. Buna göre, vergi kabahatleri kasten işlenebileceği gibi taksirle de işlenebilir. Vergi kabahatinin işlenmiş sayılabilmesi için taksirin varlığı yeterlidir⁸¹.

Kast mevcut olmasa bile kişi hukuka aykırı eyleminden sorumlu olup hukuka aykırı fiil, taksirin varlığına karine teşkil etmektedir⁸². Bu nedende müeyyide uygulanabilmesi için fiili işleyen taksirin varlığının idare tarafından ispatlanması zorunluluğu bulunmamakta, aksine, kabahatlinin yaptırımdan kurtulabilmesi için taksirinin bulunmadığını ispatlaması gerekmektedir⁸³.

⁷⁹ *ibid*, s.216-217.

⁸⁰ *ibid*, s.256-257.

⁸¹ ŞENYÜZ, s.46.

⁸² *ibid*, s.47.

⁸³ *ibid*, s.47.

KK'nin 9. maddesinin gerekçesinde de açıklandığı üzere kabahatlerde yaptırım uygulanabilmesi için taksirin veya kastın varlığı zorunlu olup objektif sorumluluk hali kabul edilmemiştir. Bu nedenle “kast veya taksir bulunmadan vergi kabahati olmaz” sonucuna ulaşılması mümkündür. Bu itibarla, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunun (DVDDK) vergi ziyayı kabahatinde, fiilin kanuni unsurunun yani VUK'un 359. maddesindeki fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesinin, vergi ziyayı cezası uygulanabilmesi bakımından yeterli olduğu yolundaki içtihadına katılmak mümkün değildir⁸⁴.

2. Hata

Ceza hukukunda fiili hata, işlediği suçun maddiyetine ilişkin bir hususta yanılmayı ifade etmektedir⁸⁵. Bir başka deyişle fiili hata, duyu organlarıyla algılanabilen bir konunun, bir gerçekliğin eksik veya yanlış algılanmasıdır⁸⁶. Ancak doktrinde fiili hata hususunda, esaslı hata ve esaslı olmayan hata biçiminde ikili bir ayırım yapılmakta ve sadece esaslı hataların kusurluluğu ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir⁸⁷.

⁸⁴ DVDDK, 3.7.2009 günlü, E.2009/24, K.2009/371 sayılı kararı (www.danistay.gov.tr, E.T. 12.12.2013). DVDDK kararına konu olayda, akaryakıt ticareti yapan mükellefe ait defter ve belgelerin bir üçüncü kişiye ait taşıtta meydana gelen yangında yanmasından dolayı ibraz edilmemesi ve katma değer vergisi indirimlerinin kabul edilmemesi nedeniyle adına Temmuz 2004 dönemi için VUK'un 30. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca üç kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisi tarh edilmiştir. Tarhiyata karşı açılan davada mahkeme, dosyadaki delil durumunu değerlendirerek mükellefin, defter ve belgelerini bilerek yaktığı sonuç ve kanaatine varmış ve herhangi bir mücbir sebep hali bulunmaksızın defter ve belgelerini ibraz etmeyen ve gerçekten yüklenilmiş vergilerden oluşabilecek indirim hakkının varlığını kanıtlayamayan davacı adına salıman üç kat vergi ziyayı cezalı katma değer vergisinde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davacının temyiz istemini inceleyen Danıştay Dokuzuncu Dairesi, üç kat tutarında vergi ziyayı cezası yönünden olayın özelliği ve matrah farkının davacının katma değer vergisi beyannamelerinde yer alan indirimlerin kabul edilmemesi nedeniyle tespit edildiği dikkate alındığında söz konusu cezaların bir kata indirilmesi gerektiği gerekçesiyle kararın, katma değer vergisi yönünden davanın reddi yolundaki hüküm fıkrasını bozmuştur. Vergi mahkemesi, VUK'un, 359. maddesinde yazılı fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde üç kat vergi ziyayı cezasının uygulanabilmesi için fiilin kasten işlenmesi gerektiği hususu üzerinde durmuş ve somut olayda da fiilin kasten işlendiği sonucuna ulaşarak ilk kararında ısrar etmiştir. DVDDK, mahkemenin ısrar kararını onamakla birlikte gerekçesinde kastın varlığını tartışmamış ve cezanın üç kat olarak uygulanabilmesi için VUK'un 359. maddesinde sayılı olan fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesini yeterli görmüştür.

⁸⁵ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.313.

⁸⁶ Nevzat TOROSLU, **Ceza Hukuku**, Savaş Kitabevi, Ankara-1998, s.123.

⁸⁷ Ayrıntılı açıklamalar için Bkz. DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.314 vd.

TCK'nin 30. maddesinde, fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimsenin, kasten hareket etmiş olmayacağı belirtilmiş, ancak bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklı tutulmuştur (f.1). Bu hükümlerle, suçun taksirle işlenebildiği durumlarda, hatanın taksiri ortadan kaldırıp kaldırmadığı yolundaki tartışmalara son verilmiş ve hatanın taksirin bir şeklini teşkil ettiği durumlarda şartları varsa failin, taksirinden dolayı cezalandırılabilmesi kabul edilmiştir.

TCK, ayrıca suçun nitelikli halinin ve ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişinin, bu hatasından yararlanmasını öngörmüştür (m.30/2, 3). Ancak ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususundaki hatanın, suçun nitelikli halinin gerçekleştiği hususundaki hatadan farklı olarak "kaçınılmaz" olması gerekmektedir (f.3). Öte yandan, ceza hukukunda, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişiye de ceza verilmez (m.30/4).

KK'nin 10. maddesinde, "Türk Ceza Kanununun hata hallerine ilişkin hükümleri, ancak kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanır." denilmek suretiyle, kabahatler hukukunda hataya ilişkin olarak TCK'ye atıf yapılmakla birlikte, TCK'nin hataya ilişkin hükümlerinin sadece kasten işlenen kabahatler bakımından uygulanması öngörülmüş, taksirle işlenen kabahatler bakımından ise TCK'nin hataya ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir.

VUK'un 369. maddesinin birinci fıkrasında, vergi cezalarında yanılma hali düzenlenmiştir. Buna göre, yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları veya bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halinde vergi cezası kesilmez. VUK'ta, (1) yetkili makamların mükellefine yazı ile yanlış izahat vermiş olması, (2) bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halleri, ödevlinin, fiilin haksızlık oluşturduğuna ilişkin "kaçınılmaz" hataya düşmesine yol açan nedenler olarak kabul edilmiş, bunun dışındaki hata hallerine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu durum, KK'nin 10. maddesinin vergi kabahatleri bakımından uygulanıp uygulanmayacağı hususunda tereddütlere yol

açabilecek niteliktedir. Gerçekten, VUK'ta hata haline ilişkin özel bir hüküm bulunduğuna göre, genel hüküm niteliğinde olan KK'nin 10. maddesine gidilmesine gerek olmadığı ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce, VUK'un 369. maddesinin birinci fıkrasının amacı, hatalı durumları fıkra da sayılan iki halle sınırlamak olmayıp hata oluşturup oluşturmadığı hususunda tereddüt bulunan söz konusu hallerin hata olarak değerlendirilmesi gerektiğini kesinleştirmektedir. Bu amaç gözetildiğinde, VUK'un 369. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen iki durum dışındaki hata hallerinin de vergi kabahatlerinde uygulanması gerektiğinin kabulü gerekir.

Bu anlamda, kullandığı faturanın sahte olmadığı hususunda hataya düşen mükellefin bu hatasından yararlanması gerekir. Örneğin, yürüttüğü ticari faaliyet kapsamında seyahat etmek zorunda kalan bir mükellef veya onun çalışanının, seyahati sırasında işletmeye kayıtlı aracına bir akaryakıt istasyonundan aldığı benzin için verilen faturanın paravan bir şirkete ait sahte bir fatura olduğunu düşünelim. Böyle bir durumda, söz konusu kişinin, sürekli olarak bu istasyondan akaryakıt almaması nedeniyle o akaryakıt istasyonunun gerçek işleticisinin kim olduğunu, dolayısıyla kendisine verilen faturanın paravan bir şirkete ait olup olmadığını bilmemesi doğaldır. Şu halde, mükellefin, söz konusu akaryakıt faturasının gerçek olduğunu zannederek faturayı kayıt ve beyanlarına yansıtması durumunda vergi ziyayı doğsa da hata nedeniyle vergi ziyayı cezası uygulanmayacağı kabulü gerekir. Uygulamada, vergi ziyasının söz konusu olduğu durumda, her halükarda (en azından) vergi ziyayı cezasının bir kat olarak uygulanacağı kabul edilmekte, yukarıda bahsedilen hata durumu, vergi ziyayı cezasının üç kat olarak uygulanıp uygulanmayacağı bağlamında tartışılmaktadır

3. Kusur Yeteneği

Ceza hukukunda, faile ceza verilebilmesi için suç teşkil eden davranışının yanında, kusurlu davranabilme ehliyetini, yani kusur (isnat) yeteneğini de haiz olması gerekmektedir⁸⁸. “Kusur yeteneği, doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan

⁸⁸ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.143.

ayırabilme ve buna göre davranabilme kabiliyetidir.⁸⁹ Diğer bir ifadeyle kusur yeteneğinin, “failin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya bu fiille ilgili ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirmeye ilgili bir durum” olduğu söylenebilir⁹⁰. Yaptığı hareketin hukuka aykırı olduğunu kavrayabilecek bilinç düzeyine ulaşmayan kişinin isnat yeteneği de yoktur. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik ve iradeyi etkileyen kimi nedenler, kişinin bilinç düzeyini etkilemekte ve bazı durumlarda işlediği fiilin hukuka aykırı olduğu hususunu kavramasına engel oluşturacak düzeye ulaşmaktadır. Ceza hukukunda, bu gibi bilinci ve kavrama düzeyini etkileyen nedenlerin, kişinin isnat yeteneğine de tesir ettiği ve bazı durumlarda kusurluluğu azaltırken, bazı durumlarda ise tamamen ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir.

KK'nin 11. maddesinde, kabahat kusur yeteneğini kaldıran durumlara yer verilmiştir. Buna göre, fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk ile akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişi hakkında idari para cezası uygulanmaz. Görüldüğü üzere, kabahatler hukukunda on beş yaşından küçük olmak ve akıl hastalığı kusur yeteneğini ortadan kaldıran nedenler olarak kabul edilmiştir.

VUK'a göre, yaş küçüklüğü veya akıl hastalığı gibi fiil ehliyetini etkileyen durumların vergi mükellefiyetine etkisi bulunmamakta, vergiye ehil olabilmek için hak ehliyetini haiz olmak yeterli olmaktadır (m.9/1). Buna karşılık, kanun koyucunun vergi ceza ehliyetine yaklaşımı vergi ehliyetine yaklaşımından farklı olmuştur. VUK'un 332. maddesine göre, velayet ve vesayet altında bulunanlar veya işlerinin idaresi bir kayyıma tevdi edilmiş olanlar, kendilerine izafeten veli, vasi veya kayyımın vergi kanunlarına aykırı hareketlerinden dolayı cezaya muhatap tutulamazlar (c.1). Bu hallerde cezanın muhatabı, veli, vasi veya kayyımdır. Zira fiil bunlar tarafından işlenmiş ve velayet veya vesayet altında bulunanlar ya da işlerinin idaresi bir kayyıma tevdi edilmiş olanların veli, vasi veya kayyımlarını seçmede özenli davranmak gibi bir yükümlülükle-

⁸⁹ HAKERİ, s.139.

⁹⁰ Selami TURABİ, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, *TBBT*, Temmuz-Ağustos 2012, Y.25, S.1001, (s.266-292), s.268.

ri de bulunmamaktadır. Bu hüküm uyarınca, hukuki işlem ehliyeti bulunmayan küçük ve akıl hastaları dâhil diğer tüm kısıtlıların, vergi kabahatleri yönünden ceza sorumlulukları da bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanuni temsilcileri tarafından bunlar adına yapılan işlemler nedeniyle bunlara yaptırım uygulanması mümkün değildir.

VUK'un 332. maddesinde, velayet veya vesayet altında bulunan ya da kendisine kayyım atanan kişiye izafeten, velisi, vasisi veya kayyımı tarafından işlem yapılmış olması durumu düzenlenmekte, buna karşılık doğrudan velayet veya vesayet altında bulunan ya da kendisine kayyım atanan kişi tarafından işlenen fiillere ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemektedir. Fiilin, küçük veya kısıtlı adına işlem yapan kanuni temsilci tarafından işlendiği durumlarda, VUK'un 332. maddesi uyarınca, yaptırımın muhatabının kanuni temsilci olması gerektiği açıktır. Buna karşılık, fiilin doğrudan küçük veya kısıtlı tarafından işlendiği durumlarda kanuni temsilciye yaptırım uygulanıp uygulanmayacağına cevabı VUK'ta yer almamaktadır. Örneğin, bakkaldan çikolata satın alan on yaşındaki bir çocuğun fiş almaması durumunda kanuni temsilcisine ceza uygulanabilecek midir? Bu durumda, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince, vergi kanunlarını doğrudan kendi fiilleriyle ihlal eden küçük ve kısıtlının kanuni temsilcisine de ceza verilmemelidir⁹¹.

4. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Kabahatin unsurlarından biri de hukuka aykırılıktır. Hukuka aykırılık, bir fiilin cezalandırılabilmesi için bütünüyle pozitif hukuka aykırı olması anlamına gelmektedir⁹². Fiilin hukuka aykırı olup olmadığı, sadece ceza hukukuna değil, hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince, bütün hukuk düzenine bakılarak tespit edilir⁹³. Ancak ceza normunda belirtilen kanuni tipe uygun bir fiilin işlenmiş olması, hukuka aykırılığa karine oluşturur⁹⁴. Bu karine adi bir karine olup, fiilde bir hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu ortaya konmak suretiyle karinenin aksinin ispatlanması mümkündür. Hukuka aykırı bir fiilin suç

⁹¹ ŞENYÜZ, s.53.

⁹² Nihal SABAN, **Vergi Hukuku**, Beta Kitabevi, İstanbul-2009, s.226.

⁹³ ÖZGENÇ, S.281; HAKERİ, s.233.

⁹⁴ HAKERİ, s.102.

sayılabilmesi için başka bir kanunla hukuka uygun hale getirilmemiş olması gerekir⁹⁵. Kanunda düzenlenen kabahat tanımına uyan fiil gerçekleşse bile fiil hakkında hukuka uygunluk nedenlerinden birinin bulunması, hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırır⁹⁶.

KK'nin 12. maddesinde, hukuka uygunluk nedenlerinde TCK'ye atıfta bulunulmuştur. TCK'de hukuka uygunluk nedenleri ayrı bir başlık altında düzenlenmemiş, Kanun'un İkinci Kısımının "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı İkinci Bölümünde, kusurluluğu etkileyen hallerle birlikte düzenlenmiştir. Ancak ceza sorumluluğunu kaldırان nedenler yönünden, bunların hangisinin hukuka uygunluk nedeni hangisinin de kusurluluğu ortadan kaldırان neden olduğu hususunda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır⁹⁷. Bu tartışma, özellikle, zorunluluk hali ile amirin emri nedenlerinde yoğunlaşmaktadır⁹⁸. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, doğrudukları sonuçlar itibarıyla, bunların hukuka uygunluk nedeni veya kusurluluğu kaldırان neden sayılmasının, KK açısından pratik bir önemi bulunmamaktadır. Zira her iki durumda da, kabahatlinin ceza sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.

TCK'nin İkinci Kısımının İkinci Bölümünde düzenlenen sorumluluğu kaldırان nedenlerden; kanun hükmü (m.24), hakkın icrası (m.26/1), mağdurun rızası (m.26/2) ve meşru müdafanın (m.25/1) hukuka uygunluk nedenlerini teşkil ettiği genellikle kabul edilmektedir⁹⁹. TCK'de düzenlenen bu hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı kabahati de hukuka aykırı olmaktan çıkaracaktır.

VUK'ta hukuka uygunluk nedenlerine yer verilmediğinden KK'nin genel

⁹⁵ ŞENYÜZ, s.48.

⁹⁶ KANGAL, s.120.

⁹⁷ Hükümet tarafından TBMM'ye sevk edilen TCK Tasarısı'nda hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen nedenlerin her ikisi de "Hukuka Uygunluk Nedenleri" başlığı altında düzenlenmişti. TBMM Adalet Alt Komisyonunda yürütölen çalışmalar sırasında, bunların "Hukuka Uygunluk Nedenleri" ve "Kusurluluğu Etkileyen Nedenler" başlıkları altında iki bölümde düzenlenmesi önerilmiş, ancak komisyon üyeleri arasında hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen hallerin tasnifinde uzlaşmaya varılmaması üzerine bu bölümün başlığının "Ceza Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler" biçiminde değiştirilmesiyle yetinilmiştir (ÖZGENÇ, s.73).

⁹⁸ ÖZGENÇ, s.73.

⁹⁹ *ibid*, s.283 vd; TURABİ, s.272.

kanun olma niteliği gereğince, TCK'de sayılan hukuka uygunluk nedenleri vergi kabahatleri yönünden de geçerli olur. Ancak, vergi kabahatlerinin niteliği gereği, TCK'de sayılan hukuka uygunluk nedenlerinin vergi kabahatlerinde uygulanma imkânı bulması mümkün gözükmemektedir¹⁰⁰.

5. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler

Ceza hukukunda failin başka türlü hareket etmesine imkân bulunmayan hallerde kusurluluğunun bulunmadığı kabul edilir¹⁰¹. KK'nin 12. maddesine göre, TCK'de yer alan kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde kabahatler hakkında da uygulanır. Kusurluluğu kaldırmayan ancak etkileyen hallere ilişkin ise herhangi bir atf yapılmadığından bunların kabahatler hakkında uygulanması söz konusu olmayacaktır¹⁰². TCK'ye göre kusurluluğu ortadan kaldıran haller, fiilin işlendiği sırada on iki yaşından küçük olmak (m.31/1), akıl hastalığı (m.32/1), fiilin işlendiği sırada on beş yaşından küçük sağır ve dilsiz olmak (m.33), geçici nedenler, irade dışı alınan alkol ve uyuşturucu madde (34/1), cebir ve şiddet, korku ve tehdit (m.28), zorunluluk hali (m.25/2), hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (m.24/2-4) ve hata (m.30) halleri olarak kabul edilmektedir¹⁰³. Bunlardan yaş küçüklüğü ve akıl hastalığına ilişkin olarak KK'nin 11. maddesinde özel hüküm bulunduğundan TCK'deki hükümler uygulanmaz. Hataya ilişkin olarak ise KK'nin 10. maddesinde yer alan özel hüküm dikkate alınarak TCK'deki hükümler uygulanır.

VUK'ta kusurluluğu etkileyen nedenler, mücbir sebep (m.373) ve yanılma (m.369) halleriyle sınırlı tutulmuştur¹⁰⁴. VUK'ta yazılı mücbir sebeplerden herhangi birinin vukua geldiği malum ise veya tevsik ve ispat olunursa vergi cezası kesilmez (m.373). Mücbir sebeplerin neler olduğu VUK'un 13. maddesinde düzenlenmiştir. Öte yandan, VUK'un 369. maddesinin birinci fıkrasına göre, yetkili makamların mükellefin kendisine yazı ile yanlış izahat vermiş olmaları

¹⁰⁰ ŞENYÜZ, s.49.

¹⁰¹ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.304.

¹⁰² KANGAL, s.137.

¹⁰³ ÖZGENÇ, s.353; TURABİ, s.273.

¹⁰⁴ ŞENYÜZ, s.47.

veya bir hükmün uygulanma tarzına ilişkin bir içtihadın değişmiş olması halinde vergi cezası kesilmeyeceği yukarıda incelenmişti¹⁰⁵.

KK'yle atıfta bulunulan TCK'deki kusurluluğu kaldıran nedenler ile VUK'ta yer alan kusurluluğu kaldıran nedenler farklı olduğundan TCK'de yer alan hükümlerin vergi kabahatleri hakkında da uygulanması gerekir¹⁰⁶. Örneğin, beyanname verme süresi boyunca iradesi dışında uyuşturulmuş halde bulunan bir gerçek kişi mükellefin, bu süre içinde beyannamesinde herhangi bir kusuru bulunmadığından bu kişiye, TCK'nin 34. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca “beyannamesini vermemek suretiyle vergi ziyasına sebebiyet vermek” kabahati sebebiyle vergi ziyası cezası, “yasal süresi içinde beyanname vermemek” kabahati sebebiyle de usulsüzlük cezası uygulanmaması gerekir.

G. Teşebbüs

Ceza hukukunda, icra hareketlerine başlanılan ancak elde olmayan sebeplerle icra hareketleri tamamlanamayan veya icra hareketleri tamamlansa bile neticesi gerçekleşmeyen suçlara teşebbüs halinde kalmış suçlar denmektedir. İcra hareketlerinin tamamlanması durumunda eksik teşebbüs, icra hareketleri tamamlandığı halde neticenin gerçekleşmemesi durumunda ise tam teşebbüs söz konusu olmaktadır. Ancak yeni TCK'de tam teşebbüs-eksik teşebbüs ayrımına yer verilmediğinden teşebbüsün, suç işleme kararı alınmasından sonra icra hareketlerine başlayıp elinde olmayan nedenlerle neticeye ulaşamama hali olarak tanımlanması mümkündür¹⁰⁷.

KK'nin 13. maddesinde, “Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan haller saklıdır.” hükmüne yer verilerek, herhangi bir kabahate teşebbüsün cezalandırılabilmesi, kanunda açık bir hükmün bulunması koşuluna bağlanmıştır. Herhangi bir kabahate teşebbüse ceza öngörülmüş olması durumunda, TCK'nin suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, söz konusu kabahatler bakımından da uygulanacaktır (c.3).

¹⁰⁵ Bkz. s.30-31.

¹⁰⁶ ŞENYÜZ, s.47

¹⁰⁷ HAKERİ, s.279.

VUK'ta vergi kabahatine teşebbüse ilişkin herhangi bir hüküm yer almadığından KK'nin 13. maddesinin vergi kabahatleri hakkında da uygulanabilmesi gerekir. Gerek VUK'ta gerekse yürürlükte bulunan diğer vergi kanunlarında teşebbüse yaptırım öngörülen herhangi bir kabahat türü bulunmadığından KK'nin 13. maddesinde yer alan genel kural uyarınca, günümüz itibarıyla yürürlükte bulunan hiçbir vergi kabahatine teşebbüse yaptırım uygulanması söz konusu olmayacaktır.

H. İştirak

Bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kimsenin önceden işbirliği yapmak suretiyle işlenmesine iştirak denmektedir¹⁰⁸. İştirak halinde işlenen suçlarda şeriklerin cezalandırılmaları hususunda farklı sistemler bulunmaktadır. Eşitlik sisteminde, bütün şeriklere aynı ceza verilmektedir¹⁰⁹. İkilik sisteminde ise asli ve ferî fail ayrımı yapılarak ikisine ayrı cezaların uygulanması öngörülmektedir¹¹⁰. Son olarak cezanın faile göre tayini sisteminde, asli fail-ferî fail ayrımı saklı tutulmakla birlikte her şerikin durumuna göre ayrı cezalarla cezalandırılması gerekmektedir¹¹¹.

KK'nin 14. maddesinde, kabahatlere iştirak düzenlenmiştir. Kabahatlere iştirakte tek tip faillik sistemi kabul edilerek, fail, şerik, azmettiren ve yardım eden ayrımı gözetilmeksizin tüm iştirakçilerin asli fail olarak yaptırıma maruz kalmaları öngörülmüştür¹¹². Özel faillik niteliğinin arandığı durumlarda, kabahate iştirak eden ve bu niteliği taşımayan kişi hakkında da fail olarak idari para cezası verilir (f.2). İştirak ancak kasten işlenen kabahatlerde söz konusu olabilecektir (f.3, c.1). Herhangi bir şerik yönünden sorumsuzluk nedeninin bulunması, diğerlerinin cezalandırılmasına engel teşkil etmez (f.3, c.2).

VUK'ta, vergi kabahatlerinde iştirake ilişkin sadece 344. maddenin ikinci fıkrasında bir hükme yer verilmiştir. VUK'un 344. maddesi, vergi ziyat kabahatini düzenlemektedir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, VUK'un 341.

¹⁰⁸ DÖNMEZER-ERMAN, C.II, s.447.

¹⁰⁹ *ibid*, s.453.

¹¹⁰ *ibid*, s.455 vd.

¹¹¹ *ibid*, s.460 vd.

¹¹² ÇAĞLAYAN, s.153; KANGAL, s.156.

maddesinde yazılı hallerde vergi ziyasına sebebiyet verildiği takdirde, mükellef veya sorumlu hakkında ziyaa uğratılan verginin bir katı tutarında vergi ziyai cezası kesileceği hükme bağlandıktan sonra, ikinci fıkrasında, vergi ziyasına 359. maddede yazılı fiillerle sebebiyet verilmesi halinde bu cezanın üç kat, bu fiillere iştirak edenlere ise bir kat olarak uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, VUK'un 359. maddesinde düzenlenen ve üç kat vergi ziyai cezası kesilmesini gerektiren kaçakçılık fiillerine iştirak edilmesi durumunda iştirakçiye bir kat vergi ziyai cezası uygulanacaktır.

Görüldüğü üzere, VUK, sadece üç kat vergi ziyai cezasını gerektiren vergi ziyai kabahatlerine iştiraki müeyyideye bağlamış, bunun dışındaki vergi kabahatlerine iştirake yönelik bir yaptırım öngörmemiştir. Kanaatimizce, VUK'ta üç kat vergi ziyai cezasını gerektiren vergi ziyai kabahatleri dışındaki kabahatlere iştirak için yaptırım öngörülmemiş olması, kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin ürünü olup sonradan yürürlüğe giren genel bir kanun olan KK'de bu tercihini değiştirdiği yönünde açık bir hükme yer verilmediğinden diğer vergi kabahatlerine iştirakin KK'nin 14. maddesi çerçevesinde cezalandırılacağı sonucuna ulaşamaz. Diğer bir ifadeyle, iştirakin mümkün kılındığı kabahat türleri yönünden KK'nin 14. maddesinin vergi kabahatleri hakkında uygulanması mümkün değildir.

Buna karşılık, KK'nin 14. maddesinin, kabahatin koşullarına ilişkin diğer hükümlerinin vergi kabahatlerine iştirakte uygulanması mümkündür. Örneğin, kabahate iştirakin ancak kasten işlenen kabahatlerde mümkün olduğu yolundaki kural, vergi kabahatleri hakkında da uygulanabilecektir. Bu bağlamda, Danıştayın sahte fatura kullanma fiili nedeniyle üç kat vergi ziyai cezasının uygulanabilmesi için kastın aranmadığı yolundaki içtihadı dikkate alındığında, bu fiile iştirak eden kişiye iştiraktan dolayı ceza kesilememesi gerekir.

I. İçtima

Ceza hukukunda, kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar da cezanın bulunduğu kuralı esastır¹¹³. Ancak bazen tek bir hareketle birden

¹¹³ KOCA-ÜZÜLMEZ, s.428.

fazla netice ve dolayısıyla birden fazla suç meydana getirilebileceği gibi birden fazla fiille de tek bir netice meydana getirilebilir¹¹⁴. Bir fiille birden fazla kanun hükmünün ihlal edildiği durumlarda fikri içtimadan; birden fazla fiille tek bir neticenin meydana getirilmesi durumunda ise müteselsil, geçitli ve birleşik suçlardan söz edilir¹¹⁵. Bazen de birden fazla fiilin birden fazla ihlale sebep olması mümkün olup bu durumda da cezaların içtimaı söz konusu olur¹¹⁶.

TCK'nin 44. maddesinde fikri içtima düzenlenmekte olup buna göre, “işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” Bu hüküm uyarınca fikri içtimadan söz edilebilmesi için, (1) tek bir fiilin bulunması ve (2) birden fazla farklı suçun oluşması gerekmektedir. Fikri içtima halinde faile, ihlaller için öngörülen cezalardan en ağırı verilir.

KK'nin 15. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, “Bir fiil ile birden fazla kabahatin işlenmesi halinde bu kabahatlere ilişkin tanımlarda sadece idari para cezası öngörülmüşse, en ağır idari para cezası verilir.” hükmüne yer verilerek, TCK'nin 44. maddesindeki fikri içtima hükmüne paralel bir düzenleme yapılmıştır. Ancak Kanun, yalnızca idari para cezası yaptırımını gerektiren kabahatler yönünden içtima hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiş, idari para cezası dışındaki yaptırımların uygulanmasını gerektiren suçların birleştirilmesine imkân tanımamıştır¹¹⁷. Bu durumda, tek bir fiille işlenen kabahatlerden biri idari para cezası, diğeri başka bir idari yaptırım veya her ikisi de idari para cezası dışında bir idari yaptırım uygulanmasını gerektiriyorsa, bu yaptırımların her biri ayrı ayrı uygulanır (m15/f.1, c.2). Farklı idari yaptırım öngören kabahatler arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanmaması, idari yaptırımlar arasında ağırdan hafife doğru bir sıralamanın olmamasına dayandırılmaktadır¹¹⁸.

KK'nin 15. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, “bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabi-

¹¹⁴ DÖNMEZER- ERMAN, C.II, s.373.

¹¹⁵ *ibid*, s.373-374.

¹¹⁶ *ibid*, s.374.

¹¹⁷ ÇAĞLAYAN, s.155.

¹¹⁸ Hamide ZAFER, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, Beta Kitabevi, İstanbul–2010, s.106.

lir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.” Bu durumda, suçun oluştuğunun saptanmasına rağmen, failin kusurlu olmaması, özel af, muhakeme koşullarının oluşmaması, kişisel cezasızlık nedeni veya cezayı kaldıran kişisel nedenlerin varlığı ya da cezalandırılabilirliğin objektif koşullarının oluşmaması gibi nedenlerle faile ceza verilmesine olanak bulunmadığı durumlarda fail hakkında idari yaptırım uygulanır¹¹⁹.

Öte yandan KK'nin 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan, “Aynı kabahatin birden fazla işlenmesi halinde her bir kabahatle ilgili olarak ayrı ayrı idari para cezası verilir. Kesintisiz fiille işlenebilen kabahatlerde, bu nedenle idari yaptırım kararı verilmeye kadar fiil tek sayılır.” hükmü, ceza hukukundaki zincirleme suç düzenlemesinin kabahatler hukukunda geçerli olmadığını göstermektedir.

Zincirleme suç, aynı suç işleme kararı altında, kanunun aynı hükmünün birden fazla ihlal edilmesi olarak tanımlanabilir¹²⁰. TCK'nin “zincirleme suç” başlıklı 43. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda bir cezaya hükmedilir. KK'nin 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan açık hüküm nedeniyle kabahatler hukukunda ceza hukukundan farklı olarak zincirleme suçlarda tek bir yaptırım değil, her ihlal için ayrı ayrı yaptırım uygulanır.

VUK'un 335, 336 ve 337. maddelerinde vergi kabahatlerinde birleşme, 340. maddesinde ise vergi kabahatleri ile vergi cezaları arasında birleşmeye ilişkin hükümlere yer verilmiştir. VUK'un özel kanun olması nedeniyle vergi kabahatlerinde VUK hükümleri öncelikle uygulanacaktır.

VUK'un 340. maddesinde, VUK'ta yazılı vergi ziyai cezası ve usulsüzlük cezaları ile 359. maddede ve diğer kanunlarda yazılı cezaların içtima hükümleri bakımından birleştirilemeyeceği açıkça kurala bağlanmıştır. Maddede, ayrıca bu Kanunla vergi cezasıyla cezalandırılan fiillerin, aynı zamanda 359. mad-

¹¹⁹ KANGAL, s.176.

¹²⁰ DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.395.

deye göre suç teşkil ettiği takdirde vergi cezası kesilmesinin söz konusu madde hükmüne göre takibat yapılmasına engel olmayacağı belirtilerek vergi suçları ile vergi cezaları arasında içtima hükümlerinin uygulanmayacağı pekiştirilmiştir. VUK'un 359. maddesinin son fıkrasında, "Kaçakçılık suçlarını işleyenler hakkında bu maddede yazılı cezaların uygulanması 344 üncü maddede yazılı vergi ziyai cezasının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez." hükmüne yer verilerek, vergi ziyai kabahati ile kaçakçılık suçu arasında içtima hükümlerinin uygulanmayacağı ayrıca vurgulanmıştır. Bu bağlamda, defter ve kayıtlarında hesap hileleri yapmak suretiyle vergi ziyasına sebebiyet verenler, hem VUK'un 344. maddesi uyarınca üç kat vergi ziyai yaptırımına uğratılır hem de VUK'un 359. maddesi uyarınca hapis cezasıyla cezalandırılırlar. Bu yönüyle VUK'taki düzenlemenin, KK'nin 15. maddesinde yer alan düzenlemeden farklılık taşıdığı açıktır.

Vergi ziyai cezasının uygulanmasını gerektiren tek bir fiille farklı vergi türlerinin ziya uğratılmış olması durumunda içtima hükümleri uygulanmaz ve her vergi türü yönünden ayrı vergi ziyai cezaları uygulanır (m.335). Örneğin, aynı vergilendirme döneminde bir kısım hâsılatını kayıt ve beyan dışı bırakmak suretiyle hem kurumlar vergisi hem de katma değer vergisinin ziyaa uğramasına sebebiyet veren bir mükellefe, her iki vergi türü yönünden ayrı ayrı vergi ziyai cezası uygulanır. VUK'un, bu yönüyle de KK'nin genel hükümlerinden farklı bir düzenleme getirdiği anlaşılmaktadır. Zira KK'nin 15. maddesindeki düzenlemeye göre, idari para cezasının uygulandığı kabahatler arasında bir ayırım yapılmaksızın içtima hükümlerinin uygulanması öngörülmüştür. Oysa VUK'un 335. maddesinde, içtima öngörülmeyen kabahatler için uygulanan yaptırımın her ikisi de idari para cezasının bir türü olan vergi ziyai cezası olduğu halde, kabahatin maddi unsuru oluşturan fiilin içeriğindeki vergi türü ayrıdır.

Tek bir fiille vergi ziyai kabahati ile usulsüzlük kabahatlerinin birlikte işlenmesi durumunda bunlara ait cezalardan sadece miktar itibarıyla en ağırı kesilir (m.336/1). Çoğunlukla vergi ziyai miktar itibarıyla usulsüzlük cezasından daha ağır olduğundan birleşme durumunda kesilecek ceza da genellikle vergi ziyai cezası olmaktadır. Ancak çok sık olmasa da usulsüzlük cezası miktarının vergi ziyai cezasının miktarından daha fazla olduğu durumlara rastlanmaktadır.

Usulsüzlük cezası kesilen bir fiil ile vergi ziyana da sebebiyet verildiği sonradan anlaşıldığı takdirde, kesilmesi gereken vergi ziyai cezası, önceden kesilen usulsüzlük cezası mahsup edildikten sonra uygulanır (m.336/2). VUK'ta fikri içtima hükümlerinin uygulandığı tek durumun, vergi ziyai ve usulsüzlük kabahatlerinin birleşmesi olduğu söylenebilir.

VUK'ta özel usulsüzlük kabahatinin vergi ziyai veya usulsüzlük kabahatleriyle içtima edilebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır¹²¹. Bu durumdan, VUK'ta bir boşluk olduğu ve KK'nin genel hükümleriyle bu boşluğun doldurulması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Çünkü vergi kabahatlerinde içtima hükümlerine detaylı olarak düzenleyen kanun koyucunun, özel usulsüzlük kabahati yönünden düzenleme yapmaması bilinçli bir tercihin ürünü olup özel usulsüzlük kabahatinde içtimaı kabul etmediğinin göstergesidir. Bu nedenle tek bir fiille hem özel usulsüzlük kabahati hem de usulsüzlük veya vergi ziyai kabahatlerinin birlikte işlenmiş olması durumda daha ağır olan ceza değil, her iki fiil için ayrı ayrı ceza kesilir¹²². Bununla birlikte, uygulamanın farklı geliştiği ve tek eylemle usulsüzlük ve özel usulsüzlük fiillerinin birlikte işlendiği hallerde *non bis in idem* kuralı gözetilerek tek bir ceza verilmesi görüşünün hâkim olduğu söylenebilir¹²³.

¹²¹ VUK'un 353. maddesinin (10) işaretli fıkrasından sonra gelen (işaretsiz) birinci fıkrasında, "Bu maddede yazılı usulsüzlükler sonucunda vergi ziyai da meydana geldiği takdirde bu ziyai gerektirdiği vergi cezaları ayrıca kesilir ve bu cezalar hakkında 336 ncı madde hükmü uygulanmaz." hükmüne bağlanmak suretiyle, VUK'un 353. maddesi uyarınca kesilen özel usulsüzlük cezaları ile usulsüzlük cezalarının içtima edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

¹²² CANDAN, s.91.

¹²³ Örneğin Konya Vergi Mahkemesinin 14.6.2010 günlü, E.2010/151, K.2010/947 sayılı kararına konu olan olayda, 2007, 2208 ve 2009 takvim yıllarına ilişkin katma değer vergisi, gelir vergisi ve geçici vergi beyannamelerini elektronik ortamda vermeyen mükellef adına, VUK'un 352. maddesi uyarınca 1. dereceden usulsüzlük cezası, 355. maddesi uyarınca da özel usulsüzlük cezası birlikte kesilmiştir. Mahkeme, bunlardan ağır olanının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşarak usulsüzlük cezalarını iptal etmiştir. Söz konusu karara karşı temyiz yoluna başvurulmuş ise de temyiz istemi karara bağlanmadan 6111 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş ve mükellefin, anılan Kanun uyarınca başvuruda bulunması nedeniyle Danıştay Üçüncü Dairesinin 18.10.2011 günlü, E.2010/2544, K.2011/5998 sayılı kararıyla uyuşmazlık hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. Bu nedenle Danıştayın *non bis in idem* kuralının vergi kabahatlerine uygulanabilirliği hakkındaki görüşünü öğrenme imkânı olamamıştır.

Bununla birlikte, kanun koyucu harekete geçerek *elektronik ortamda beyanname ve form verilme ve bildirimde bulunma mecburiyetine uymama* fiillerine özgü olarak *non bis in idem*

Gerek vergi ziyayı kabahatinin gerekse usulsüzlük kabahatinin ayrı ayrı eylemlerle işlenmesi durumunda, her bir kabahate ayrı ceza uygulanır (m.337/1). Dolayısıyla vergi kabahatlerinde KK'nin genel hükümlerine uygun olarak zincirleme suçun (kabahatin) kabul edilmediğini söylemek mümkündür. Ancak Danıştay'ın uygulamasının aksi yönde olduğu ifade edilebilir. Danıştay, tek tespitte birden fazla usulsüzlük ve özel usulsüzlük fiilinin tespit edilmesi durumunda tek ceza uygulanacağını kabul etmekte ve bu suretle kanunda yer verilmeyen zincirleme suçu fiili olarak uygulamaya koymuş olmaktadır. Gerçekten, Danıştay, özellikle maktu ceza öngören usulsüzlük ve özel usulsüzlük fiilinin tek bir inceleme veya yoklama sonucu tespit edilmesi durumunda, bunun tek bir suç olduğunu açıkça ifade etmemekle birlikte, kanunda geçen “her bir belge”, “her bir işlem” gibi tabirleri yorumlayarak belge ve işlem sayısından kastedileninin “tespit sayısı” olduğunu belirterek aynı inceleme veya yoklama kapsamında tespit edilen birden fazla fiile tek bir ceza uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. Vergi idaresinin, farklı yoklama tutanakları düzenlemek suretiyle Danıştayın bu içtihadını aşma çabaları da, bir günde birden fazla yoklama tutanağının düzenlenmesi, tespitin birden fazla olduğu anlamına gelmeyeceği yolundaki kararlarla sonuçsuz bırakılmaktaydı. Ancak Danıştayın, bu içtihadından döndüğü yolunda sinyaller alınmaktadır. Danıştay Üçüncü Dairesi, yakın tarihte verdiği kararlarda, “her bir belge”, “her bir işlem” gibi ifadelerle kastedilenin belge türü olmayıp belge adedi olduğu, dolayısıyla her bir belge için ayrı ayrı ceza kesilmesi gerektiğini ifade etmektedir¹²⁴.

VUK'un 352. maddesinde yazılı usulsüzlüklerden, aynı takvim yılı içinde aynı neviden birden fazla yapıldığı takdirde birden fazlasının her biri için, birincisine ait cezanın dörtte biri kesilir (m.337/2, c.2). Aynı nevi usulsüzlükten kastedilen, fiillerin 352. maddede gösterilen derece ve fıkralar itibarıyla yekdiğerine mutabakatıdır. Buna göre, birinci ve ikinci derece usulsüzlüklerden aynı

kuralı paralelinde yasal düzenleme yapmıştır. Gerçekten, 5904 sayılı Kanun'la, VUK'un mükerrer 355. maddesine eklenen (son) fıkrayla, elektronik ortamda beyanname ile bildirim ve form verme mecburiyetine uymayanlara özel usulsüzlük cezası kesilmesi halinde, ayrıca usulsüzlük cezası kesilmeyeceği kurala bağlanmıştır.

¹²⁴ Dan. 3.D., 20.3.2013 günlü, E.2010/6928, K.2013/813 sayılı kararı (Yayınlanmamış karar).

derece içinde yer almak kaydıyla, aynı derecenin farklı bentlerindeki usulsüzlükler aynı neviden sayılır¹²⁵.

SONUÇ

KK'nin 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, Kanun'un, kanun yolları dışında kalan genel hükümlerinin, diğer kanunlarda düzenlenip idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanması öngörülmüştür. Ancak bu hüküm, KK'den önce yürürlüğe girmiş özel kanunların KK'yle çatışan hükümlerinin hiçbir şekilde uygulanmayacağı anlamına gelmemektedir. İlgili özel kanunda yer alan hükümlerin mi uygulanacağı yoksa KK'nin genel hükümlerinin mi uygulanacağı sorunu, kanunların çatışmasına ilişkin hukuk ilkeleri gözetilerek ayrı ayrı değerlendirilmeli ve çözüme kavuşturulmalıdır.

KK'nin genel hükümlerinin vergi kanunlarında öngörülen mali nitelikteki suçlara uygulanabilmesi için; (1) bunların kabahat niteliğinde olması (fiil şartı), (2) bunlar için öngörülen yaptırımın idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi niteliğinde olması (yaptırım şartı) gerekmektedir.

Mali nitelikteki vergi suçlarında fiil, vergi idaresince tespit edilmekte ve gereken yaptırım, arada bir yargı kararı olmaksızın doğrudan vergi idaresince, VUK ve ilgili diğer kanunlarda öngörülen usullere riayet edilerek uygulanmaktadır. Dolayısıyla bu fiil karşılığında uygulanan müeyyidenin idari bir yaptırım niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. İdari yaptırım uygulanmasını gerektiren bu fiiller, KK anlamında birer kabahat niteliğindedir.

Vergi kabahatlerinde uygulanan yaptırım, genellikle mali nitelik taşımakta olup bir miktar paranın idareye ödenmesini konu edinmektedir. Vergi kabahatlerinde uygulanan mali yaptırımın amacı, ceza tehdidiyle vergisel kamu düzeninin bozulmasını engellemek olduğuna göre ve bu ceza doğrudan idare tarafından uygulandığına göre, bunun bir idari yaptırım olduğu söylenebilir. Bir miktar paranın ödenmesi sonucunu doğuran bu yaptırımın idari para cezasının özel bir türü olduğu açıktır. Bu itibarla, KK'nin genel hükümlerinin, idari para

¹²⁵ CANDAN, s.93.

cezasının özel bir türü olduğu sonucuna ulaşılan mali nitelikteki vergi cezasını gerektiren vergi kabahatleri yönünden de uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Ancak, bunun için VUK'ta veya vergi ve vergilendirmeye diğer kanunlarda özel bir hükmün bulunmaması gerekir. VUK veya diğer vergi kanunlarında özel bir hüküm bulunmakta ise kanun koyucu bu özel hükmün uygulanmayacağı yolunda açık bir irade ortaya koymadıkça, KK'nin, bu özel hükümle çatışan genel hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.

VUK'ta, vergi kabahatlerinin kanuniliği ilkesi, kanunların zaman bakımından uygulanması, kabahat teşkil eden davranışın niteliği, vergi kabahatlerinin işlenişinde kusurluluk durumu, hukuka uygunluk nedenleri ve teşebbüse ilişkin herhangi bir hükme yer verilmediğinden bu konularda KK'nin genel hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Organ ve temsilcinin davranışından sorumluluk, hata, yaş küçüklüğü ve akıl hastalığı, kusurluluğu ortadan kaldıran nedenler ve iştirake ilişkin VUK'ta çeşitli hükümlere yer verilse de bu hükümler bütünüyle KK'nin uygulanma olanağını ortadan kaldırmamakta, VUK hükümleriyle düzenlenmeyen bazı hususların KK'nin ilgili hükümleriyle doldurulması mümkün olmaktadır.

Yer yönünden uygulama konusunda VUK'ta hüküm bulunmamakla birlikte, hangi ülke kanunlarının uygulanacağı sorunu, maddi vergi kanunlarına bakılarak tespit edileceğinden KK'nin bu konudaki genel hükümlerinin uygulanma olanağı bulması mümkün değildir. Zira vergi kabahatlerinin büyük bir bölümü vergi aslına bağlı olarak ortaya çıktığından vergi kabahatlerine hangi ülke kanunlarının uygulanacağını, ilgili vergi aslına bakılarak çözülmesi gerekir.

İçtimaya ilişkin olarak ise VUK'ta çok ayrıntılı hükümlere yer verilmiş olup bu hükümler, KK'nin ilgili genel hükümlerinin uygulanmasına imkân vermemektedir.



KAYNAKÇA

- BAYRAKLI, Hasan Hüseyin, **Vergi Ceza Hukuku**, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yay. No:5, İİBF Yayınları No:4, Afyon-1996.
- BEKAR, Elif: “Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Prof. Dr. İl Han Ozay'a Armağan*, İUHFM, C: LXIX, S: 1-2, 2011.
- BİLGE, Necip, **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel İlkeleri**, Turhan Kitabevi, 4. Baskı, Ankara-1983.
- CANDAN, Turgut, **Vergi Suç ve Cezaları**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Geliştirilmiş 3. Baskı, Ankara-2010.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yaptırımlar Hukuku (Kabahatler Kanunu Yorumu)**, Asil Yayın Dağıtım, Ankara-2006.
- DONAY, Süheyl, **Para Cezaları**, Kervan Kitabevi, İstanbul-1972.
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMEN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.I, Beta Kitabevi, 10. Bası, İstanbul-1994.
- DÖNMEZER, Sulhi – ERMEN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, Beta Kitabevi, 10. Bası, İstanbul-1994.
- EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, AÜHF Yay., Altıncı Basım, Ankara-1997.
- ERMAN, Sahir, **Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Ceza Hukukuna Ait Prensipler**, *Maliye Araştırma Merkezi Konferansları*, Onbeşinci Seri, İstanbul-1968, s.74.
- GÖZLER, Kemal, **Hukuka Giriş**, 3. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa-2006.
- GÜRİZ, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, 6. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara-1997.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitabevi, 7. Baskı, Ankara-2008.
- KALABALIK, Halil, **İdare Hukuku Ders Notları**, Eser Ofset, Trabzon-2001.

KANGAL, Zeynel T., **Kabahatler Hukuku**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul-2011.

KARAGÜLMEZ, Ali, **Suç Olmaktan Çıkarma-İdari Para Cezaları-Açıklamalı Kabahatler Kanunu**, Seçkin Kitabevi, Ankara-2005.

KARAKOÇ, Yusuf ve diğerleri, (Editör: Recai DÖNMEZ), **Genel Vergi Hukuku**, Anadolu Üniversitesi Yayını No:2499, Açıköğretim fakültesi Yay. No:1470, Eskişehir-2012.

KOCA Mahmut - ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitabevi, 5. Baskı, Ankara-2012, s.43.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, **Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi**, İstanbul-1995.

OKTAR, Ateş, **Vergi Hukuku**, Türkmen Kitabevi, 6. Baskı, İstanbul

ÖNCEL, Mualla – KUMRULU, Ahmet – ÇAĞAN, Nami, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, 8. Bası, Ankara-2000.

ÖZAY, İl Han, **İdari Yaptırımlar**, İstanbul-1985.

ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Kitabevi, 3. Baskı, Ankara-2008.

RAZ, Joseph, “Hukuk Devleti ve Erdemi”, (Çev. Bilal CANATAN), *Hukuk Devleti Hukuki Bir İlke ve Siyasi Bir İdeal*, (Ed: Ali Rıza ÇOBAN, Bilal CANATAN, Adnan KÜÇÜK), Adres Y., Ankara-2008.

SABAN, Nihal, **Vergi Hukuku**, Beta Kitabevi, İstanbul-2009.

ŞENYÜZ, Doğan, **Vergi Ceza Hukuku: Vergi Kabahatleri ve Suçları**, Ekin Kitabevi, 6. Baskı, Bursa-2012.

TOROSLU, Nevzat, **Ceza Hukuku**, Savaş Kitabevi, Ankara-1998.

TURABİ, Selami, “Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller”, *TBBĐ*, Temmuz-Ağustos 2012, Y.25, S.1001, (s.266-292)

YURTCAN, Erdener, **Kabahatler Kanunu ve Yorumu**, Beta Yayınevi, İstanbul-2005.

ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku, Genel Hükümler**, Beta Kitabevi, İstanbul-2010.

AYM, 15.10.1991 günlü, E.1990/29, K.1991/37 sayılı kararı, (www.kararlar.anayasa.gov.tr).

AYM, 18.7.1994 günlü, E.1994/46, K.1994/57 sayılı kararı, (www.kararlar.anayasa.gov.tr).

AYM, 3.2.2011 günlü, E.2009/5, K.2011/31 sayılı kararı, (www.kararlar.anayasa.gov.tr).

Dan. 3. D., 18.10.2011 günlü, E.2010/2544, K.2011/5998 sayılı kararı, (www.danistay.gov.tr).

Dan. 3.D., 7.4.1998 günlü, E.1997/3762, K.1998/2726 sayılı kararı, (www.danistay.gov.tr).

Dan. 11.D., 14.1.1999 günlü, E.1998/1189, K.1999/193 sayılı kararı, (www.danistay.gov.tr).

Dan. 3.D., 20.3.2013 günlü, E.2010/6928, K.2013/813 sayılı kararı, (Yayınlanmamış karar).

Konya Vergi Mahkemesi, 14.6.2010 günlü, E.2010/151, K.2010/947 sayılı kararı, (Yayınlanmamış karar).

<http://www.tdk.gov.tr>

<http://www.anayasa.gov.tr>

<http://www.danistay.gov.tr>

CEZA YARGILAMASININ TARİHÇESİ

History of Criminal Procedure

Ergün ŞAHİN*

ÖZET

Ceza yargılaması, ceza hukukunun ihlal edildiği iddiasının doğruluğunun araştırılması faaliyetidir. Ceza yargılaması; suç işlenip işlenmediği, işlenmişse failinin veya faillerinin kim olduğu, ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığı, sorumlu iseler bunun türü ve miktarının belirlenmesi ve infaz edilebilir bir yaptırımın ortaya konulması amacıyla yapılan bir dizi faaliyetten oluşmaktadır. Ceza yargılaması hukuku, ceza yargılamasını düzenleyen hukuk dalıdır. Ceza yargılamasının ilke ve esaslarını ortaya koyan ceza yargılaması hukukunun amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeği araştırıp bulmaktır.

Toplumdaki gelişmeye paralel olarak insanların değer yargıları da değişir. Ceza yargılaması insanlar tarafından yapılan bir faaliyet olduğu için, insanların düşünce tarzlarında meydana gelen değişiklikler, doğal olarak ceza yargılamasına da yansımaktadır. Bu çalışmada da ceza muhakemesinin tarihsel süreç içerisinde değişik yerlerde geçirdiği evreler anlatılmıştır. Çalışmada ceza yargılamasının tanımı ve amacı, ceza yargılamasının geçirdiği safhalar ile eski uygarlıklardaki ceza yargılamaları ile Türkiye’de ceza yargılamasının tarihsel gelişimi altında, İslamiyet öncesi ve İslamda Ceza yargılaması, Osmanlıda ceza yargılaması ile Türkiyede ceza yargılaması anlatılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ceza yargılaması, tarihçe, suç muhakemesi, bağımsızlık, muhakeme

ABSTRACT

Criminal procedure is the activity of confirming the accuracy of the claim that the criminal law has been violated. Criminal procedure is composed of a range of activities performed to determine whether an offense has been committed, if so, the identities of the perpetrator/s, whether they have the criminal responsibility, if they have, type and amount of such responsibility and to set an executable sanction with regard to this. The criminal procedure law is a branch of law that regulates the criminal proceedings.

* Ankara Batı Cumhuriyet Başsavcı Vekili, ergunkeskek@mynet.com

The purpose of criminal procedure law which set forth the methods and principles of criminal procedure is to investigate and find out the concrete truth without violating human rights. In parallel with development within the society, people's standards of judgment also change. Because the criminal procedure is an activity made by people, the changes in people's way of thinking naturally reflect to the criminal procedure. In this work, the phases criminal procedure went through within the historical process in different places are narrated. The definition and purpose of criminal proceedings, the phases criminal proceedings went through, criminal proceedings of ancient civilizations and criminal proceedings before Islam and Islam criminal Procedure, criminal procedure of Ottomans and Turkey under the historical development of criminal procedure in Turkey are narrated in this work.

Key Words: Criminal proceedings, history, criminal procedure, independence, procedure.



GİRİŞ

Ceza yargılaması, ceza hukukunun ihlal edildiği iddiasının doğruluğunun araştırılması faaliyetidir. Ceza yargılaması; suç işlenip işlenmediği, işlenmişse failinin veya faillerinin kim olduğu, ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığı, sorumlu iseler bunun türü ve miktarının belirlenmesi ve infaz edilebilir bir yaptırımın ortaya konulması amacıyla yapılan bir dizi faaliyetten oluşmaktadır. Ceza yargılaması hukuku, ceza yargılamasını düzenleyen hukuk dalıdır. Ceza yargılamasının ilke ve esaslarını ortaya koyan ceza yargılaması hukukunun amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeği araştırıp bulmaktır.

Toplumdaki gelişmeye paralel olarak insanların değer yargıları da değişir. Ceza yargılaması, insanlar tarafından yapılan bir faaliyet olduğu için, insanların düşünce tarzlarında meydana gelen değişiklikler, doğal olarak ceza yargılamasına da yansımaktadır. Bir ülkede hakim bulunan siyasi rejim ile, o ülkede uygulanmakta bulunan ceza yargılaması arasında da çok sıkı bir bağlantı vardır. Ceza yargılaması, kişi özgürlüğüne verilen önem ile ilişkili olarak değişmektedir.

I. CEZA YARGILAMASININ TANIMI VE AMACI

Ceza yargılaması hukuku, kamu hukukunun bir dalı olan muhakeme hukukunun kapsamındadır. İddia, yargı ve savunma faaliyetleri kamusal faaliyetlerdir. Ceza yargılamasından başka, medeni muhakeme, idari muhakeme gibi alanlar da muhakeme hukukunun birer bölümüdür. Muhakeme hukuku, devletin yargı gücünü temsil eden organlarının, uyuşmazlıkları çözerken izleyecekleri yöntemleri düzenleyen hukuk dalıdır. Başka bir anlatımla muhakeme hukuku, hukuka aykırılıkların belirlenmesinde uyulacak kuralları gösteren hukuk dalıdır. Söz konusu belirleme, tüm muhakeme dallarında idda, savunma ve yargılama biçimindeki ortak çalışmalar sonucunda gerçekleşir.¹

Ceza yargılaması, ceza hukukunun ihlal edildiği iddiasının doğruluğunun araştırılması faaliyetidir. Ceza yargılaması; suç işlenip işlenmediği, işlenmişse failinin veya faillerinin kim olduğu, ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığı, sorumlu iseler, bunun türü ve miktarının belirlenmesi ve infaz edilebilir bir yaptırımın ortaya konulması amacıyla yapılan bir dizi faaliyetten oluşmaktadır.²

Ceza yargılaması hukuku, ceza yargılamasını düzenleyen hukuk dalıdır. Ceza yargılamasının ilke ve esaslarını ortaya koyan ceza yargılaması hukukunun amacı, insan hakları ihlallerine yol açmadan maddi gerçeği araştırıp bulmaktır. Gerçekten bir suç işlendiğinde, maddi gerçek bulunmak suretiyle suçlu cezalandırılmakta, böylece, suç işlemek suretiyle bozulmuş olan sosyal barış yeniden sağlanmaktadır. Suç işlenmediği ya da suç işlediği iddia edilen kişinin aslında suçsuz olduğunun ceza yargılaması sonucunda ortaya konulması ile de adalet gerçekleştirilmiş olmaktadır.³

Bu haliyle ceza yargılaması hukuku, suç dolayısıyla yapılan muhakemeyi düzenleyen hukuk dalıdır. Bu hukuk dalında, bir kişinin suç işleyip işlemediğinin nasıl belirleneceği ve yargılamanın nasıl yapılabileceği konuları

¹ CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 3.

² ŞAHİN, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.19.

³ ŞAHİN, s. 19.

ele alınır. Bu hukuk dalı, iddia, savunma ve yargılama görevlerinden oluşan ve muhakeme adı verilen faaliyetin kollektif şekilde yapılmasını düzenler.⁴ Ceza yargılamasında, ceza hükmü içeren kurallara aykırı davranılıp davranılmadığı araştırılır. Kurala aykırı davranıldığı gösteren yeterli delile ulaşıldığında, kişinin suçu işlediği görüşü ileri sürülür. Bu görüşe iddia denir. Ceza yargılamasında iddia faaliyeti, kural olarak savcılık tarafından devlet adına yürütülür. Sonra iddianın yöneltildiği kişi ve onun yardımcısı olan müdafii, bu iddiaya karşı savunma yaparak iddia makamının görüşüne karşı görüş belirtir. Yargılama faaliyetini üstlenen hakim ise iddia ve savunma makamlarının görüşlerinin bir sentezini yaparak maddi gerçeğe ulaşır ve hüküm kurar. Bu anlamda hüküm ortak bir çalışmanın ürünüdür. Hüküm, kuralın ihlal edildiğinin ve bunun karşılığında uygulanacak yaptırımın belirlenmesi biçiminde olabileceği gibi, kuralın ihlal edilmediği ve dolayısıyla yaptırımın uygulanmasına gerek bulunmadığı biçiminde de olabilir.

Ceza yargılaması hukukunu suç muhakemesi hukuku olarak tanımlayan görüşler de doktrinde ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, hukuk düzeni tarafından suç adı verilen davranışların önlenmesi, soruşturulması, yargılanması ve cezalandırılması sürecinde uyulması gereken normların nelerden ibaret olduğu ve olması gerektiğine ilişkin insan aklı yoluyla erişilebilen hukuki kaideler bütününe suç muhakemesi hukuku adı verilir.⁵

Ceza yargılamasında amaç, şüpheli veya sanığın haklarına saygılı bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmaktır. Geçmişte yaşanmış ve bitmiş bir olayın veya olayla bütünü deliller aracılığıyla ortaya konmuş haline maddi gerçek denir. Ayrıca temel hak ve özgürlükleri korumak ceza yargılamasının amaçlarından. İnsanın temel haklarının diğer kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemek, devletin görevleri arasındadır. Kişilerin yaşama, mülkiyet, özel hayat gibi haklarının diğer kişiler tarafından ihlal edilmesi durumu, çoğu kez bir

⁴ Bu kollektif faaliyeti düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun kapsamı belirlenirken esas itibarıyla kanun koyucu tarafından ceza muhakemesi hukukunun kapsamı da belirlenmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 1. maddesine göre, bu Kanun, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenler.

⁵ BIÇAK, Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2013, s. 78.

suç oluşturur. Devlet bu durumu ortadan kaldırmak üzere örgütlenmiş suç ve ceza normlarını yürürlüğe koymuştur. Günümüzde ceza yargılaması hukukuna egemen olan temel strateji, sosyal düzenin korunması ile bireyin temel hak ve özgürlüklerine saygı arasında bir denge kurulması suretiyle gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamaktır.⁶

Türkiye’de ceza yargılamasının ve ceza yargılaması hukukunun temel pozitif düzenlemesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu olup, bu kanunun birinci maddesinde ifadesini bulmaktadır. Bu madde kanunun kapsamını belirlemektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun birinci maddesi “Bu kanun, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerini düzenler” şeklindedir.

II. CEZA YARGILAMASININ GEÇİRDİĞİ SAFHALAR

Ceza yargılaması hukuku, insanların toplum halinde yaşamalarına kadar geriye götürebilecek uzun tarihsel geçmişe sahiptir. Ceza yargılaması, her devirde toplumsal hayatın yaşayan bir parçası olmasından dolayı toplumların yapısı ve değer yargılarını yansıtmaya özelliğine sahiptir. Toplumsal yapıdaki ve değer yargılarındaki değişime paralel olarak ceza yargılamasının temel amacı da tarihsel süreç içerisinde bazı aşamalardan geçmiştir. Bu aşamalar;

A. Haddini Bildirme Anlayışı, Suçlunun Cezalandırılması Safhası

Başlangıçta toplumda otoriteyi ve düzeni sağlamak kaygısıyla, ceza yargılaması hukuku, sanık ile suçlu arasında bir ayırım yapmamakta ve sanığın suçlu olduğunu peşinen kabul etmekteydi. Bu aşamada suç yargılaması hukuku faile acı vermeye odaklanmıştır. Bu safhada failin suçlu olduğu peşinen kabul ediliyor ve ceza yargılaması suçlunun cezalandırılması için bir araç olarak kullanılıyordu.

Ceza yargılaması hukuku insanların toplum haline geçmeye başlamasına kadar uzanmaktadır. İkel toplumlarda suç muhakemesi kuralları çok yetersizdi. Suç, suçlunun işlediği günah olarak görülüyor ve suçtan zarar görene ve

⁶ BIÇAK, s. 78.

ailesine suçludan intikam alma hakkı tanınıyordu.⁷ Toplumun gelişmesine ve ortak çıkarlarının daha iyi anlaşılmaya başlamasına paralel olarak, ceza yargılaması kuralları da gelişti ve ceza yargılaması bir devlet işi olarak görülmeye başlandı.⁸

Eski Yunan’da ve Roma’da, fakat özellikle Roma’da ceza yargılamasının çok geliştiği görülmektedir. Ne var ki, bu gelişme Orta Çağda da sürmedi. İnsanlık Ortaçağ’da derin bir karanlığın içine düştü. Ceza yargılamasında, özellikle Ortaçağın ikinci yarısında, insanların vahşiliğini tüm çıplaklığı ile gözler önüne seren, akıllara durgunluk veren korkunç düzenlemeler yapıldı. Eski Yunan’da, Roma’da ve Ortaçağın birinci yarısında, ceza yargılamasında itham sistemi hakimdi. Medeni muhakeme ile suç muhakemesi arasında büyük farklar yoktu.⁹

Devlet, toplumu korumak için bireyin özgürlükleri alanında önemli müdahalelerde bulunur. Bu bireyin ikinci planda kalmasını sonuçlar. Bunun ceza yargılaması alanındaki yansımalarına gelince, otoriter devlette yargıçlar, sonuçta devlet çıkarlarının bekçisidirler. Sanık yargılamanın konusunu oluştur ve yargılamada hak ve yetkilere sahip bir süje değildir. Gerçeği doğruyu söylemek zorundadır, bu aleyhine sonuç verse bile, buna mecburdur. Savunma olanakları sınırlıdır.¹⁰

Tarihsel süreçte, ilk olarak ceza yargılamasının amacı olarak karşımıza suç işleyen kişiye haddini bildirmek, acı vermek olgusu çıkmaktadır. “Haddini bildirici” veya “ders verici” ceza yargılaması anlayışı adının verildiği bu yaklaşım, suç sayılan davranış üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu anlayışta ceza yargılaması normları, suçun failine acı vermeye odaklanmıştır. Mağdur, önemli ölçüde ihmal edilmiştir. Ceza yargılaması, suçlunun cezalandırılması için bir araçtan ibaret olarak algılanmıştır. Şüpheli veya sanık, genellikle daha

⁷ ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991, s. 7.

⁸ ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA, Özge, SAYGILAR, Yasemin F., ALAN Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncı, Ankara 2010, s. 31.

⁹ ÖZTÜRK, s.8.

¹⁰ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1986, s.6.

işin başında suçlu kabul edilmiş, “ateş olmayan yerden duman çıkmayacağı” varsayılmıştır. Bir bakıma şüpheli veya sanık ile suçlu terimi ve bu terimlerin içerikleri birbirine karıştırılmıştır. Ceza yargılaması, suç işleyenlerin toplumsal statülerinin kaybettirildiği ve toplumun gözünde itibarsızlaştırıldıkları bir süreç olarak dizayn edilmiştir.¹¹

“Göze göz, dişe diş” ilkesi, haddini bildirme anlayışının önemli bir unsuru oluşturmaktadır. Verilen cezalar hem işlenen suçun karşılığı, hem de suç işleme ihtimali olan kişilere yönelik caydırma, gözlerini korkutma enstrümanıdır. Suç işleyeninin affedilmesi, suçlunun duyduğu pişmanlık duygusuna kulak verilmesine bu anlayışta yer yoktur. Suç işleyen kişi, devletin otoritesine başkaldırmaktadır. Suçun herhangi bir şekilde cezasız kalması, toplumsal düzeni derinden sarsacağı, toplumdaki suç işleme potansiyelini ve suç işleme güdüsünü harekete geçireceği varsayılır. Suç işleyen kişi cezalandırılarak toplumun veya mağdurların “intikam” “öç alma” duygusu tatmin edilmelidir. Bu uygulama insanların toplum haline geçmesiyle başlamış ve 18. Yüzyılın ikinci yarısına kadar etkinliğini önemli ölçüde sürdürmüştür.¹² Bu uygulamada, muhakeme cezalandırma için vasıta idi, deliller çok önemli idi, sanık önceden suçlu kabul edilirdi, beraat ihtimali gayeye aykırı idi ve ceza delilinin kuvvetine göre tayin edilirdi, ikrar delili önemliydi, ikrar etmeyene ayrıca ceza veriliyordu.¹³ Bu gaye toplumun karışıklıklardan bıkip düzen ihtiyacı duymasından kaynaklanmıştır.¹⁴

B. Sanığın Korunması Safhası

Bu aşama 18. Yüzyılın ikinci yarısından itibaren dönemin felsefi ve liberal akımının etkisi ile ortaya çıkmıştır. Bu aşamada, devlet gücünün kötüye kullanılmasını önleyen, bireyi koruyan bir muhakeme sistemi oluştu ve amaç sanığın korunması oldu. Hakimlerin keyfilğine ve sanıkların mutlaka suçlu sayılarak cezalandırılması eğilimlerine tepki olarak bu dönemde “sanık suçu

¹¹ BIÇAK, s. 81.

¹² BIÇAK, s. 82.

¹³ KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Basın Yayın Dağıtım, İstanbul 2005, s. 4.

¹⁴ KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, Sermet Matbaası, İstanbul 1974, s. 16.

sabit oluncaya kadar masum sayılır” ilkesi ortaya çıktı. 1789 İnsan Hakları Bildirgesi’nde bu ilkeye yer verildi ve daha sonra hazırlanan tüm uluslararası belgelerde bu ilke tekrarlandı. Bu dönemde sanık, hak ve yetkilere sahip bir süje olarak görülmeye başlandı.¹⁵ Kişinin suçu işlediği ispatlanana kadar suçsuz sayılacağı ilkesi, Mecelle’de “berâatı zimmet asıldır” (m. 8) şeklinde ifade edilmiştir.¹⁶

Aydınlanma dönemine hakim olan bu felsefi ve liberal akımın etkisiyle ceza yargılaması hukukunun amacı da değişmiş oldu. Bu hukuk dalı, devlet iktidarının kötüye kullanılmasına ve yargıçların keyfilğine karşı bireyi ve dolayısıyla sanığı korumayı amaçlar hale gelmişti.¹⁷

C. Islah Etme Anlayışının Hakim Olduğu Safha

Islah edici suç muhakemesi anlayışı, suçun faili üzerinde yoğunlaşmakta, suçlunun uyarılmasını, uslandırılmasını ve tedavi edilerek toplumla uyumlu yaşamasını sağlayacak davranış modelini kazanmasını amaçlamaktadır. Ancak, bu yaklaşımda da mağdur önemli ölçüde ihmal edilmiştir. Bu anlayışta idam cezasına yer yoktur. Anlayışın özünü, hapis cezası ve temel fonksiyonu ıslah olan hapishaneler oluşturmaktadır. Hapis cezasına alternatif seçenek yapımların da suçluların ıslahında kullanılabileceği ifade edilmiştir. Islah edici adalet anlayışı, suçlunun fiiline uygun bir ceza ile cezalandırılmasını sağlamak amacıyla yargılanması ve mümkün olduğunca topluma yeniden kazandırılması için uygun yöntemlerin kullanılması esasına dayanır.¹⁸

Islah edici suç muhakemesi yaklaşımı, 19. Yüzyılda “haddini bildirici” suç muhakemesi anlayışının etkisinin zayıflmasına, ya da bütünüyle ortadan kalkmasına yol açtı. 20. Yüzyılın en geçerli yaklaşımı haline geldi.¹⁹

¹⁵ CENTEL, s. 6.

¹⁶ BIÇAK, s. 82.

¹⁷ TOROSLU, Nevzat, FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2013, s. 6.

¹⁸ BIÇAK, s. 83.

¹⁹ BIÇAK, s. 83.

D. Şüpheli ve Sanığın Haklarına Saygılı Bir Şekilde Gerçeğin Araştırılması Safhası

Muhakemenin amacı, hukuki barışı sağlayacak bir hükme ulaşmaktır. Suçluların bulunup cezalandırılmasında toplumun yararı vardır. Ancak bu yarar gerçek suçluların cezalandırılması durumunda elde edilebilir. Şüpheli ve sanığın suçu işleyip işlemediği araştırılırken hak ve çıkarlarının da korunması gerekir. Günümüzde ceza yargılaması yasalarının, hem şüpheli ve sanığın hem de muhakemede rol oynayan tüm diğer süjelerin hak ve çıkarlarını birbirlerininle dengeli biçimde koruyacak kuralları içermesi amaçlanmaktadır. Gerçek her ne pahasına olursa olsun değil, hukuk kuralları içinde şüpheli ve sanığın onuru korunarak araştırılır. Muhakemenin insan hak ve özgürlüklerini vurgulayan adil yargılanma hakkına uygun biçimde gerçekleştirilmesi gerekir.²⁰

Gerçeğin araştırılması yönünden medeni muhakeme hukuku ile ceza yargılaması hukuku arasında önemli bir fark vardır. Birincisi şekli gerçeği araştırırken, ikincisi maddi gerçeği araştırır. Sanığı peşinen suçlu saymak gibi masum saymak da doğru değildir. Sanığın peşinen masum sayılması halinde, tutuklanmasını açıklamak mümkün olamaz. Sanık suçlu olduğu sanılan kişidir.²¹ Maddi gerçeğin araştırılması sonucunda sanık suçlu bulunursa cezalandırılacak, masum bulunursa beraat edecektir. Bu itibarla modern ceza yargılaması hukukunun amacının, sanığın suçlu olup olmadığını araştırmak, suçlu ise cezalandırmak, masum ise beraat ettirmek olduğu söylenebilir.

E. Onarıcı Adalet Anlayışı Safhası

Onarıcı, tazmin edici, uzlaştırıcı, tamir edici ceza yargılaması adalet anlayışı gibi kavramlarla ifade edilen “onarıcı adalet” anlayışı, son yıllarda etkinlik kazanmaya başladı. Onarıcı suç adaleti anlayışı, suç fiilinin yol açtığı kayıpların giderilmesi üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu safhada temel amaç, mağdurun uğradığı zararın giderilmesi ve bu yolla toplumsal barışa ve güvenliğe katkı sağlanmasıdır. Hedeflenen amaca ulaşmak için suç sayılan davranışı gerçekleştiren ve suç davranışından etkilenen tüm aktörlerin suç muhakemesi süresi-

²⁰ CENTEL, s. 6.

²¹ TOROSLU, s. 7.

ne aktif katılımını öngören mekanizmalar önerilmektedir. Günümüzde, onarıcı suç adaleti yaklaşımı büyük bir ivme kazanmıştır. 1990'lı yıllarda bu yüzyılın en güçlü onarıcı suç adaleti akımı ile karşı karşıya gelinmiştir.²²

III. TARİHTE CEZA YARGILAMASI SİSTEMLERİ

A. Sümerlerde Ceza Yargılaması

Yeryüzünde ilk devletin M.Ö. 3700'lü yıllarda Sümerler tarafından kurulduğu tahmin edilmektedir. Milattan 3000 yıl önce Basra Körfezi'ne gelip yerleşen, ilk yazıyı bulan Sümerler, burada uzun süre bağımsız bir durumda kendi varlığını sürdüren site dediğimiz sosyal ve siyasi yapıyı meydana getirmişlerdir.²³

Kuruluşu bilhassa dini esaslara dayanan Sümer sitelerinden herbirinin idari bakımından yeknesak bir teşkilatı, çeşitli siyasi ve idari organlara sahip buldukları görülmektedir. Kanun ve adalet Sümerlerde temel kavramlardı. Sümerler güneşi adaletin sembolü olarak kabul ediyorlardı. Onlara göre adalet bir lütuf ve ihsan değil, insanların hakkı ve devletin de görevidir. Bu oldukça ileri bir adalet anlayışını ifade etmektedir. Sümerlerde cezalandırma yetkisi devletin elindeydi. Adaleti sağlayacak, hukuki ihtilafları halledecek yargı kurumları bulunmaktaydı. Yargılama ya tek bir hakim ya da 3-4 hakim tarafından yapılırdı. Hakkı ihlal edilen fert ya da onun adına hareket eden diğer bir kişi mahkemeye başvurur, mahkemeler bu müracaat üzerine tarafların iddia ve savunmalarını dinler, taraflara sunulan delilleri inceledikten sonra kararını verirlerdi. Mahkeme delilleri yeterli görmezse taraflara yemin ettirebilirdi. Verilen karar kesin olup, bu karar üzerinde hakim veya mahkeme tarafından hiçbir değişiklik yapılmazdı. Mahkeme kararları kil tabletlere kazınarak arşivlenirdi.²⁴

B. Eski Yunan'da Ceza Yargılaması

Yunan siyasi düşüncesi Polis ortamında oluşmuş ve gelişmiştir. Site ya da Şehir Devleti diye de adlandırılan Polis, başlangıcından sonuna denk Yunan

²² BIÇAK, s. 84.

²³ YILMAZ, A. Reha, DEMİR, Abdullah, Umumi Hukuk Tarihi, Zirve Üniversitesi Yayını, Gaziantep 2012, s. 9.

²⁴ YILMAZ, s. 25.

uygarlık tarihinin siyasal kurumu olmuştur.²⁵ Politika sözcüğüne kaynaklık eden polis, klasik Yunan uygarlığının beşiği sayılan kent devletini simgeler. Bu çerçevede Yunan yarımadasını, Anadolu'nun Batı kıyılarını, Ege adalarını, Güney İtalya ile Sicilya'yı kapsayan toplumsal ve siyasal bir örgütleniş biçimi olarak tanımlanır. Polisin belirli bir toprak üzerinde kurulmuş siyasal, sosyal, askeri ve ekonomik bir bütün olduğunu, sınırları içinde birden fazla şehri ve bunların etrafında uzanan kırsal bir bölgeyi kapsadığını görürüz. Bu haliyle Polis, aynı zamanda dini bir birim niteliğini taşır. Onun koruyucuları, yol göstericileri olan tanrıları vardır. Siyasal, dini ve ekonomik bir kuruluş olan Polis, kişiyi maddi ve manevi tüm değerleri ile kendisine bağlar, hükmü altına alır.²⁶

Yunan felsefesi ve inancına göre yalnızca Polis, adil bir düzenin sağlandığı yerdir. Çünkü orada yasaların mutlak egemenliği ve üstünlüğü geçerlidir.²⁷ Yasanın üstünlüğü ve egemenliği bütün Site'de geçerlidir. Çünkü kaynağının doğa ve onun düzeni olduğuna inanılır ama nitelik itibarıyla daha sistemli ve herkes için aynı ölçüde geçerli ve bağlayıcıdır. Önceleri bütün yasaların tek, kutsal, yüce bir YASA'nın ürünü, sonucu olduğuna inanılırken, sonraları yasayı koyanın gene insan olduğu görüşüne varılarak Tanrı'nın bu yetkiyi kullanabilme gücünü insanlara tanıdığı inancı egemen olmuştur. Bu görüş, toplumu ve devleti oluşturan kurumların göreliliğini düşündürmüş, bu açıdan yasalara yaklaştıklarında, üzerinde kesin anlaşmaya, mutabakata vardıkları ölçüde geçerli ve sürekli olacaklarını anlamışlardır. Halkın bu konuda tam bir fikir ve inanç birliği içinde olmaları, normun geçerliliğini sağlamıştı.²⁸

Eski Yunan'ın devlet anlayışı, ataerkil krallığın ve zengin bir azınlığın üstünlüğüne dayanır. Çoğunluğun katılacağı bir yönetim biçimi söz konusu değildir. Eski Yunan'da siteye karşı işlenen suçlara tanrılara karşı işlenmiş suç gözüyle bakılır. Siteler bütün bağımsızlıklarına, bölünmelerine rağmen, kendilerini bir tek uygarlığa, Yunan dünyasına bağlı saymaktadırlar. Siteler arası hukuk, Yunan hukuku, bu birlik duygusundan doğmuştur. Eflatun'a göre

²⁵ GÖZE, Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 1993, s. 1.

²⁶ AKAD, Mehmet, DİNÇKOL, Bihterin Vural, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2013, s. 15.

²⁷ AKAD, DİNÇKOL, s.16.

²⁸ AKAD, DİNÇKOL, s. 20.

sitede yargı yetkisi üç dereceli mahkemelerdedir.²⁹ Aristoteles'e göre mahkemeler 8 çeşittir, her mahkeme de, kendi yetki ve görevlerinin sınırına giren anlaşmazlıkları çözmekle yükümlüdür. Hak yerini bulmadıkça Devletin karışıklıktan kurtulamayacağını bilen Aristoteles anlaşmazlıkların çözümüne bütün vatandaşların katılmasını ister.³⁰

Atina sitesinin çeşitli yargı organlarının yer aldığı görülmektedir. Sitede Bule (Beş Yüzler Meclisi) Eklezia (Halk Meclisi) adındaki yargı kurumları da bulunmaktaydı. Bunlardan Bule bazı ceza konularında münhasır bir yargı yetkisine sahipti. Eklezia ise Sitenin güvenliğine karşı işlenecek suçların engellenmesi hususunda yetkilerle donatılmıştı. Bunlardan en önemlisi diğer yargı kurumları tarafından verilen ölüm cezalarını tasdik yetkisi idi. Atina sitesinde bazı faillerin suçun işlenmesi anında cezalandırılması konusunda bazı yüksek dereceli memurlara da yargı yetkisi tanınmıştı. Keza askeri suçlar yargılanmak üzere bazı askeri heyetlere de yargı yetkisi verilmişti.³¹

Atina sitesinin yargı müesseselerinden biri de ceza yargılaması yapan Areopaj Meclisiydi. Yargı müesseselerinin en eskisi ve en önemlisi olan ve eski Arhont'lardan oluşan ve otuzbir üyesi olan bu kurum Ares Tepesi üzerinde toplanır ve orada yargılama yapardı. Areopaj Meclisi kanunların uygulanmasını kontrol, fertleri ahlaki ve diğer konularda denetleme ve ahlaka aykırı hareketler yapanlara para cezası verme, Bule ve Eklezia gibi teşekküllerin Sitenin menfaatlarına ve kanunlarına aykırı kararlarının uygulanmasına engel olma gibi yetkilere sahipti. Bu Meclis, adam öldürme gibi belirli bazı suçlara bakar, demokrasiyi yıkmaya çalışanların işledikleri siyasi suçları araştırır ve bu hususta gereken kararları alırdı. Yine bu Areopaj Mahkemesi (Meclisi) kasten adam öldürme, öldürmek kastıyla yaralama, zehirleme suretiyle adam öldürme, meskun bir evi yakma gibi şahıslara ve mala karşı işlenen bazı önemli suçlara suçlunun mensup bulunduğu sınıf dikkate alınmaksızın bakar ve bu hususta gereken cezalara hükmederdi. Bu kurum tarafından verilen kararlara karşı da hiçbir mercie müracaat edilemezdi. Delfinion Mahkemesi, meşru gö-

²⁹ AKIN, İlhan F., Kamu Hukuku, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 1993, s. 1,2, 9.

³⁰ AKIN, s. 20.

³¹ YILMAZ, s. 177.

rülen adam öldürme suçlarına bakardı. Örneğin; bir kişi rakibi ile mücadele ederken bu mücadele neticesi öldürülmüşse bu davalara Delfinon Mahkemesi bakardı. Freatti Mahkemesi ise, kasıt dışı adam öldürme yüzünden geçici sürgün cezasına çarptırılanlar tarafından tekrar işlenen kasten adam öldürme suçlarına bakarlardı. Bu mahkemenin hakimleri deniz kenarında sahil üzerinde toplanırlar, sanığı deniz üzerindeki bir sandala oturttarak yargılandılar. Sanık beraat ederse sürgün bulunduğu yere dönebilir ve suçlu olduğu neticesine varılırsa ölüme mahkum edilirdi. Pritan Mahkemesi faili meçhul olan suçlara bakar, meçhul olan suçluları gıyaben mahkum ederdi.³²

Atina sitesinde, ceza davalarında taraflar ancak bir defa söz almak hakkına sahipti. Taraflardan hiçbiri diğer tarafın sözünü kesemezdi. Hakimler de tarafların iddia ve savunmaları karşısında tamamen tarafsız kalırlar, sadece onları dinlemekle yetinirlerdi. Mahkeme, nihai kararı vermeden önce, gerek ceza davalarında, gerekse hukuk davalarında davacının davasından vazgeçmesi mümkündü. Eğer bu vazgeçme bir ceza davasına ilişkin ise davacı bin drahmilik bir para cezasına mahkum edilir ve aynı konuyla ilgili olmak üzere aynı şahıs hakkında yeniden dava açmak hakkından mahrum edilirdi. Ceza davalarında eğer sanığın beraati gerekiyorsa, bu takdirde davacıya ceza verilirdi. Siyasi haklardan mahrumiyet, rüşvet almak ve rüşvet vermek hakkında medeni ve siyasi haklardan mahrumiyet ve malların müsaderesi, Siteye ait malların çalınması suçu hakkında çalınan malın iadesi ile birlikte onun değerinin iki misli para cezası ödeme gibi müeyyideler kabul olunmuştu. Sitede bulunan bir yabancının vatandaşlara tanınan hak ve imtiyazlardan faydalanmaya kalkışması suç kabul olunarak bu hususta suçlunun esir olması gibi bir müeyyide kabul edilmişti. Atina hukuku ahlak ve adaba ve aile nizamına karşı işlenen suçlar hakkında da önemli cezalar kabul etmişti. Şahıslara karşı işlenen suçlarda da ağır cezalar tayin edilmişti. Örneğin adam öldürme suçu hakkında ölüm cezası kabul edilmişti. Yalnız suçlu hakkında ölüm cezasına hükmedilebilmesi için öldürülen kişinin vatandaş olması ve işlenen fiilin kasıtlı olarak yapılması şartı getirilmişti. Eğer kasıt yoksa bir sene süreyle Siteden sürgün edilir ve öldürülen kişinin akrabalarına fidye verilirdi.³³

³² YILMAZ, s. 178-179.

³³ YILMAZ, s. 180-181.

C. Babil’de Ceza Yargılaması

Mezopotomya havalisinde çeşitli kavimlerden biri olan Amurlular, M.Ö. 2225 tarihinde Babil şehri ve civarında bir site devleti kurmuşlardır. Babil Devleti’nin hukuk alanındaki gelişmesi, M.Ö. 2123-2081 seneleri arasında 42 yıl hükümdarlık yapan Hammurabi döneminde olmuştur. Hammurabi eski örf ve adetlerden, Babil Devleti’ni oluşturan küçük siyasi teşekküllerin kanunlarından, Sümerlerin yazılı kanunlarından, Ur Hanedanı’na mensup Sümer hükümdarlarından Şulgi tarafından yazdırılan kanun faydalanılarak bir hukuki külliyyat vücuda getirmiştir. Bu kanunlar taş sütun üzerine çivi yazısıyla yazılmıştır. Bu Hammurabi Kanunları ilahi bir kaynağa dayandırılmaktaydı ve bu kanunlara Mecelle deniliyordu. Babil devletinde adli teşkilatın başında kral yer almakta, hakimler yargılama yetkisini kral adına yerine getirmekteydi. Ceza ihtilaflar meslekten hakimler tarafından karara bağlanırdı. Mahkemece verilen kararların taraflara tebliğ olunduğu, bu kararların bir varakaya yazılarak hakim tarafından mühürlendikten sonra mahkemede saklandığı anlaşılmaktadır. Yargılama organları tarafından verilen kararlarda, sonradan bu kararları kabul eden hakimler bile hiçbir değişiklik yapamazlardı. Kararını kasten iptal ya da bertaraf eden hakim tazminat ödemeye mecbur tutulduğu gibi memuriyetini de kaybederdi.³⁴

Hammurabi Mecellesi, ölüm cezasını gerektiren konularda ve özellikle zina suçlarında, sanıkların suçlu olup olmadıklarını belirlerken bazı garip usullerden bahsedilmektedir. Örneğin, bu gibi hallerde zina suçuyla itham edilen kadın, kocasının takibi üzerine suya atılır ve batarsa bu keyfiyet onun suçlu olduğuna, batmazsa suçlu olmadığına dalalet ederdi. Keza, bir suçla itham edilen kişi suya atılır ve su tarafından sürüklenirse suçlu kabul olunurdu.³⁵

D. Eski Çin’de Ceza Yargılaması

Eski Çin’de genel olarak ceza ve ceza yargılaması hukuku intikam esasına dayanmaktaydı. Suçlunun, suçtan zarar gören kişinin akrabaları veya kendisi

³⁴ YILMAZ, s. 47-48

³⁵ YILMAZ, s. 47-48

tarafından cezalandırılırdı. Daha sonraları, bu şahsi cezalandırılma sistemin-
den vazgeçilmiş, bu yetki doğrudan doğruya devlete tanınmıştır.³⁶

E. Eski Hint Medeniyetinde Ceza Yargılaması

Eski Hint Medeniyeti'nde yargı usulü bakımından cezai işlemlerle hukuki işlemler arasında hiçbir fark gözetilmemişti. Bunların her ikisinde de aynı yargılama usulü uygulanmıştır. Yalnız hakim olan kast teşkilatı, adli müesseselerde takip olunan yargı usulünde de kendi tesirini göstermiştir. Örneğin, çeşitli kastlardan herhangi birine mensup olmayan birinin şahit olarak dinlenilmesi imkansızdı. Dinlenen şahitler ancak davacının ya da müştekinin mensup bulunduğu kasttan olabiliyordu. Aşağı sınıfa mensup birisi bir üst sınıfa mensup bir kişinin davasında hiçbir şekilde şahitlik edemezdi. Kast sisteminin üzerinde bulunan Brahmalara, hakimler büyük bir nezaket ve saygı göstermek zorundaydılar, hatta aynı imtiyazlar sınırlı bir ölçüde Kışatriyalar sınıfı mensuplarına da tanınmıştı. Visnu Mecellesi, delillerin diğer bir tür olarak suçlu hakkında tatbik olunan çeşitli usullerden de bahsetmektedir. Örneğin; suçlu zannedilen kişi tartılır, sonra suçun yazılı olduğu kağıt, suçlunun başına konmak suretiyle suçlu tekrar tartılır ve eğer ikinci tartı ile birinci tartı arasında fark olmazsa sanık beraat ederdi. İşte buna benzer özellikle ateş, su gibi çeşitli ve garip uygulamalara müracaat edilir ve elde edilen neticelere göre sanığın suçlu olup olmadığı hakkında karar verilirdi.³⁷

Manu Mecellesi'de, yargı kararlarının kesin olduğunu, bunların değiştirilmelerine imkan bulunmadığını, ancak meşru sebepler dolayısıyla düzeltilebileceğini kabul etmiştir. Vajnavalkiya Mecellesi de davalarda zabıt tutulmasını, tarafların iddia ve savunmalarının bu zabta yazılması lazım geldiğini, delillerin sunulması lüzumunu, açılacak davanın ancak ilk davanın sona ermesinden sonra kabul edilebileceğini düzenlemiştir. Aynı Mecelle, kaza organlarına, dava edilen tarafa müdafaasını yapabilmek için müsait bir süre verilmesi mükellefiyeti de vermektedir.³⁸

³⁶ YILMAZ, S.80.

³⁷ YILMAZ, s. 113.

³⁸ YILMAZ, s. 114.

F. Eski Mısır'da Ceza Yargılaması

Eski Mısır'da Tinit Krallığının sonlarından itibaren belirli esaslara bağlı bir yargı teşkilatı meydana getirilmişti. Teşkilatın başında kral bulunmaktaydı. Mahkemeler kral adına karar almaktaydı. Kral bir davayı bir mahkemeden alıp başka bir mahkemeye verebilmekteydi. Ayrıca hükümet merkezinde hukuki ve cezai işlere bakan hükümdarlara tabi yüksek mahkeme vardı. Burada yargılama yazılı olarak gerçekleştirilmekteydi. Ceza konularında istenen cezanın belirtilmesi gerekmekteydi. Hakimler dosyalar üzerinde gizli olarak inceleme yaparlardı ya red ya da kabul ederlerdi. Cezai sorumluluk öldükten sonra da devam ederdi. Bu açıdan ölen kimselerin yargılandığı kırk hakimden oluşan özel bir mahkeme bulunmaktaydı. Ölen her Mısırlı bu mahkeme huzurunda tezkiye olunur, hakkında bir suçlama söz konusu olursa ceza olarak cenaze işlemleri yapılmazdı. Hatta bu ceza diğer aile fertleri hakkında da etkili olurdu. Hiç kimse tarafından suçlanmayan ölünün cenazesi büyük bir saygı ile teşhiz ve tedfin edilirdi. Sözlü savunma yasaktı, yargılama yazılı olarak gerçekleşirdi. Taraflar iddia ve savunmalarını dilekçelerle ileri sürerlerdi. Hakimler dava hakkında müzakerelerini gizli olarak yaparlardı. Mahkeme, hem ceza hem hukuk davalarına bakardı. Davacı, davalının alması gereken cezayı ve ödemesi gereken tazminatı birlikte talep ederdi. Mahkeme, dava dilekçesinin altına olur veya olmaz şeklinde bir kelime ile kararını yazar, gerekçeli karar vermezdi.³⁹

G. Eski Yahudilikte Ceza Yargılaması

Yahudilerde dini kurallar uygulandığı için hahamlar yargıçlık yapmakta, mabetler de mahkeme olarak kullanılmaktaydı. Din adamlarının yanında ihtilafları çözmek üzere her şehrin kapısında yer tutan ihtiyarlar heyeti de bulunmaktaydı. Basit suçlar ihtiyarlar heyeti tarafından, önemli suçlar ise hahamlar tarafından karara bağlanırdı. Suçun ispatlanmasında şahitlik delili öncelikli olarak kullanılmaktaydı. On Emir'in dokuzuncusu şahitliğin tam bir dürüstlük içinde yapılması ile ilgiliydi. Suçun ispatlanması için iki veya üç şahit gerekirdi. Tek bir kişinin şahitliği ile karar verilemezdi. Yalan yere şahitlik halinde itham edilen suçun cezası ne ise yalancı şahide de aynı ceza verilirdi. Şahitlik

³⁹ YILMAZ, s. 128-129.

delilinin yanında yemin delili de kullanılmaktaydı. Şahit ya da başka bir delilin bulunmadığı durumlarda kişi yemin ederek beraat edebilirdi. Yahudi hukuku hakimlere saygı gösterilmesini, davalara adil bir şekilde bakılmasını, yabancı ve yetimlerin haklarının korunmasını, şahıslara sosyal durumlarına göre farklı muamele edilmemesini, rüşvet alınmamasını emretmektedir.⁴⁰

H. Eski İran'da Ceza Yargılaması

İran'da işlenen suçların özelliğine göre iki tür yargı teşkilatı bulunmaktaydı. Bunlardan birincisi Allah'a karşı işlenen suçları yargılayacak teşkilat, diğeri ise devlete, şahıslara ve mülkiyete karşı işlenen suçları yargılayacak teşkilattı. Allah'a karşı suç işleyenlerin yargılaması ruhban sınıfına mensup hakimler tarafından yapılırdı. Devlete, şahıslara ve mülkiyete karşı işlenen suçların yargılanması ise Akamenid ve Sasani devletlerinde kısmen farklılık göstermekteydi. Devlet reisinin şahsına karşı işlenen fiillerle devletin emniyet ve asayişini ihlal eden önemli suçlar büyük kral mahkemesinde yargılanırdı. Yargılama usulünde sanığın sosyal ve ahlaki durumu dikkate alınmaktaydı. Mesela, sanığın sosyal ve ahlaki durumuna göre ceza azaltılabilmekteydi. Yine İran hukukunda sanıkların suçlu olup olmadıklarını tespit etmek için yemin deliline başvurulmaktaydı. Eğer davalarda şahit yoksa sanığa işkence edilir ve bu yolla suçu itiraf etmesi sağlanırdı. Mahkemeler tarafından verilen kararlar da hiçbir sebep zikredilmezdi. Hakimler gereken incelemeleri yaptıktan sonra vardıkları kanaate göre sanığın suçlu olup olmadığına karar vermekteydi.⁴¹

I. Roma'da Ceza Yargılaması

M.Ö. 754'ten M.S. 565'e kadar uzanan zaman süresindeki hukukun tamamına, "Roma Hukuku" denmektedir. Bu kadar uzun asırlar içinde, siyasi devirlerde olduğu gibi, hukukta da karakter farkı gösteren devirler vardır.⁴²

İus Civile veya *Quirites* devri de denilen Eski Hukuk Devri'nde esas itibarıyla teamül hukuku hakimdir. Romalılara ait gelişmiş hukuk müesseselerinin bir çoğunun kökleri *mores maiorum*'a (ataların adetleri) kadar uzanır. En eski

⁴⁰ YILMAZ, s. 128-139.

⁴¹ YILMAZ, s. 150-151.

⁴² UMUR, Ziya, Roma Hukuku Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s. 73

hukuk olarak nitelendirilen bu kurallar yazılı değildi. İlk devirlerde Romalılar bu hukuk kurallarının nereden geldiğini bilmeden araştırmadan itaat ederlerdi.⁴³

Orta Çağda, Roma Hukuku'nun ve Kanonik Hukukun etkileriyle ceza hukuku sosyal müesseseler olmaktan çıkarak hukuki müesseseler şeklini almıştır. Müşterek ceza hukuku esas olarak Roma Ceza Hukukunda şekillenmiş ve etkilerini 18. yüzyıla kadar sürdürmüştür.

Roma Hukuku'nda, suç, kurulu meşru düzenin ihlali, ceza da Devletin suç karşı tepkisi sayılmaktaydı. Suçlar, topluma ve kişilere karşı işlenenler olmak üzere iki kategoriye ayrılıyordu. M.Ö. 672 – 674 yıllarında Sylla'nın ceza mevzuatında yaptığı reformdan sonra, usul kanunları çıkmış ve özel suçlar yanında kamusal suçlar kavramı da ilk kez benimsenmiştir. Ayrıca suç teşebbüs ve iştirak halleri de cezalandırılmıştır. Ceza hukukunun kaynağı İmparatorluk emirnameleri, senato kararları ve hukukçuların yorumları ve eserleriydi.

Roma'da da evvela teamül hukuku vardı. Bunu müteakip, rahip hukukçular yetişmiş, daha sonra XII Levha Kanunu kaleme alınmıştır. Teamül hukuku, bütün Roma tarihi boyunca, belli başlı hukuk kaynağı olarak kaldı. Roma'nın ilk ve büyük kodifikasyonu olan XII Levha Kanunu, o zamanki teamül hukukunun en mühim kısmını, yazılı olarak tesbit etmekte idi. XII Levha Kanununda üzerinde en fazla durulan mevzular, Usul Hukuku, Hukuki Muamelelerde Şekil, Miras, Vesayet, Haksız Fiiller ve Cezalardır.⁴⁴ Bu kanunda ve Roma hukukunda ceza yargılamasına ilişkin hükümler hemen hemen hiç yoktur. Kanundaki usul hükümleri özel hukuka ilişkindir.

El veya sopa ile kemik kırılmışsa zarar gören hür bir kimse ise 300, köle ise 150 *As* (Roma parası) ödenirdi. Diğer bütün hallerde, yani hukuka aykırı diğer hafif maddi tecavüzlerde, müessir fiillerde ceza 25 *As* idi. Yalan yere tannıklık ve hakim rüşvet alması durumu için ağır cezalar öngörülmüştü. Vatana ihanet ölümle cezalandırılıyordu. 12 Levha Kanunu'nda yangın çıkarmaya ilişkin hükümler vardı, ancak M.Ö. V. yüzyılda bile kasten veya taksir (ihmal) ile

⁴³ ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 1995, s. 36, 37

⁴⁴ UMUR, s. 74, 77.

yakma arasında fark gözetilmişti. Böyle bir ayırım kasıtlı ve taksir (ihmal) ile adam öldürme arasında da yapılmıştı. Kanun hırsızlık hakkında teferruatlı hükümler getirmişti. Suçüstü hırsızlık ile suçüstü olmayan hırsızlık arasında fark vardı. Kamu adına takip edilen suçlar arasında sihir veya büyücülük de sayılmıştır. Başkalarının sağlığını ve hayatını kötü etkileyecek sihir ve büyü, başkasına ait ürünün kötü olması için edilen dualar ölümle cezalandırılıyordu.⁴⁵

Roma İmparatorluğu'nda usul hukuku birden bire ortaya çıkmamıştır. Bir takım aşamalarla gelişim göstermiştir. İlk önceleri fertler adaleti bizzat kendileri sağlarken, son dönemde adli yetkiler, devletin tekeline geçmiştir.⁴⁶ Roma Hukukunda önceleri ihtiyari ve zorunlu tahkim sistemi uygulanıyordu. Burada tarafların anlaşması esastı. İhtiyari ve zorunlu tahkim sistemin mahsurları ile tahkime bırakılmayacak ihtilafların varlığı (kamu hukuku, ceza hukuku, idare hukuku) devleti, adaleti bizzat dağıtmaya yöneltmiştir. Bu sistemde hükmü verecek organ, devletin adalet dağıtılması için görevlendirdiği memurlarıdır. Bu memurlar, önceleri magistralar iken daha sonraları hakimler olmuştur. Roma İmparatorluğu'nda adaletin devlet eliyle dağıtılması, ancak milattan sonra ikinci yüzyılda fevkalade yargılama sistemi döneminde ortaya çıkmıştır. Bu devirde devletin tayin ettiği hakimler hüküm vermekte ve yine devlet memurları, hükmü icra etmekteydiler. Böylece hem yargılama hem icrada devlet tekeli ortaya çıkmıştır.⁴⁷

Roma ceza usul hukukuna *lex repetundarum* denilmektedir. Hırsızlık gibi adi suçların incelenmesi özel hukuk yargılamasına bırakılmıştı. Roma toplumuna karşı işlenen siyasi suçlar (*peruellios*) ile ilgili *magistra duumviri perduellionis* idi. Bu *magistra*, bir nevi kamusal iddia makamı gibi hareket ederek, olayı halk kurullarına (*comititiatus maximus/comitio centuriata/questiones perpetuae*) götürürdü.⁴⁸

⁴⁵ TAHİROĞLU, Bülent, ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları İstanbul 2009 s.49, 50

⁴⁶ KOCAOĞLU, N. Kağan, Roma Hukukunda Adli Teşkilatlanma (Makale) , Ankara Barosu Dergisi 2013/1, s. 189

⁴⁷ KOCAOĞLU, s. 191.

⁴⁸ KOCAOĞLU, s. 195.

Bazı Yunan düşünürlerince savunulan ve zaman zaman Atina sitelerinde küçük çapta uygulanmasına rastlanılan siyasi rejim olarak üçlü karma yönetim, Roma İmparatorluğunda M.Ö. III. Yüzyılda uygulanagelmiştir.⁴⁹ Bu karma yönetim şekli, kral ya da konsüllerden oluşan yürütme organı, Senato'dan oluşan ve gerektiğinde idari, mali kararları da alabilen bir yasama organı ile halkın oluşturduğu ve denetleme yetkisine sahip meclislerden oluşmaktaydı.⁵⁰ Bu sistemde yargı ayrı bir kurum olarak düzenlenmemiştir.

IV. TÜRKİYE'DE CEZA YARGILAMASININ TARİHSEL GELİŞİMİ

A. İslamiyet Öncesi Ceza Yargılaması

Çoğu göçebe ve bazı yerleşik olarak Orta Asya'da yaşamış olan Türklerin İslamiyetten önce, uzakdoğu kültürü etkisinde kalmış olmakla birlikte kendilerine özgü bir hukuka sahip oldukları dönemdir.⁵¹ Ceza yargılaması, ilk kez kendilerine Türk adını veren ve Türkçe konuşan Göktürk Devleti'nde Hunlarda olduğu gibi özel intikam alanından çıkmış ve kamu intikamı, kamu hukuku alanına girmiştir. Yani cezayı belirtip uygulayacak olan suçtan zarar gören kimse değil devlettir. Ancak bazen cezanın suçluya değil suçlunun yakınlarına uygulandığı görülmektedir. Buda her alanda cezanın kişiselleşmemiş olduğunu göstermektedir. Ancak o zaman oğullar, kızlar, eşler aile başkanının doğrudan doğruya velayeti altında olduklarından onlara ceza uygulaması, aile başkanına uygulanmış gibi sayılmıştır.⁵²

İslamiyet öncesi Türk hukuku hakkında çeşitli kaynaklardan bilgi sahibi olunmaktadır. Bunlar, kitabeler, vesikalar, örf-adetler, edebi, tarihi, ilmi eserler, kanunnameler ve komşu ülkelere ait kaynaklardır. Milattan Sonra 730-734 yılları arasında dikilen Orhun Kitabeleri ve Yenisey Kitabeleri arkeolojik kaynakların en önemlileridir.

Çin kaynakları, Hunların Ceza Kanunlarının, birisine kılıç çeken öldürülür, eşkiyalık yapanın ailesi kamu görevlilerince rehine olarak tutulur, ve hapis

⁴⁹ AKAD, Mehmet, Kamu Hukuku Bilgisi, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 23.

⁵⁰ AKAD, s. 23.

⁵¹ ÜÇÖK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınları, Ankara 1991, s. 4.

⁵² ÜÇÖK, Coşkun, MUMCU, s. 21.

cezası yalnız on güne kadar verilir gibi hükümler içerdiğini belirtmektedir. Göktürklerde isyan ve cana kastın cezasının ölüm olduğu, evli kadına tecavüz etmenin de ölümle cezalandırıldığı, genç kızları baştan çıkaranların hem cezalandırıldıkları hem o kızla evlenmek mecburiyetinde oldukları, dövme ve yaralama suçlarının cezasının hayvanla ödenen tazminat olduğu, hırsızlık suçunda malın değerinin on mislinin geri ödenmesi gerektiğine ilişkin suç ve ceza normları geçerli olmuştur.⁵³

Önceki Türk devletlerinde halkın ihkak-ı hak yani bizzat kendilerinin ceza verme hakları kaldırılmış, cezalandırma yetkisi devlete verilmişti. Hafif suçlar için mali cezaların yanında dövmek gibi bedeni cezalar da verilmekteydi. Göçebelik sebebiyle hapis cezası uygulanmazdı. Cezaları yargucu denilen hakimler verir ve yargan denilen görevliler uygulardı. Suçun delilleri otuz yıl süre ile saklanırdı. Deliller gerekirse suçlunun yakınlarına gösterilirdi. Suçlar ve cezalar hakan tarafından emirnameler ile ilan edilirdi.⁵⁴

B. İslamda Ceza Yargılaması

İslamda yargılama hukukunda şer'i esaslara göre hareket edilmiş, fıkıh ahkamı tatbik olunmuştur. Hukuk ve ceza davaları farksızdır. Suçtan zarar gören şahıs iddiacı ve davacı, sanık ise hukuktaki davalıya benzer durumda bulunmaktadır. Ceza yargılaması şahısların faaliyete geçmesi ile başlayan ve yürüyen yargılama şeklidir. Suç mutazarrır ile sanık arasında bir mesele olarak anlaşılmıştır.⁵⁵ Toplumda suçluların kovuşturma ve yargılanmasını sağlamak üzere kurulmuş şimdiki savcılığa benzer organlar yoktur. Ulüemrin bazı sanıkları tekdiren cezalandırması ve siyaseten katle kadar varan cezalar vermesi kabul edilmiş olmasına rağmen, suç olayı suçtan zarar gören ile suç faili arasında bir sorun olarak anlaşılmıştır.⁵⁶

Davanın açılması üzerine kadılar şer'i hükümlere göre yargılama yapmışlardır. Yasal delillerle gerçek bulunmaya çalışılmıştır. Delilleri davacı davada

⁵³ BIÇAK, s. 86.

⁵⁴ YILMAZ, A. Reha, DEMİR, Abdullah, s. 187-188

⁵⁵ YENER, Orhan, Ceza Yargılaması ve Polis Jandarma Mevzuatı, Adil Yayınevi, Ankara 1998, s. 18.

⁵⁶ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Kare Yayınları, İstanbul 2002, s. 11.

ileri sürmek ve ispatlamak zorundadır. Başlıca delil tanık beyanıdır. Yargılamada yalnızca yasal delillerin ispat aracı olarak kabul edilmesinin sonucu olarak, hakim aksine kanaat getirirse dahi, delillerle bağlıdır. Tanık beyanının ispat aracı olabilmesi, belirli sayılara ulaşmasına bağlıdır. Sözgelimi iki erkek ya da bir erkekle iki kadının tanıklığı gibi. Hatta bazı suçların ispatında bu sayının üstüne de çıkmıştır. Örneğin; zinanın ispatı için dört erkek tanığın aynı yönde tanıklığı aranmıştır. İslamda muntazam bir ceza yargılaması yasası yoktur.⁵⁷

İslam ceza hukukunun fıkıhdaki adı ukubattır. İslam hukukunda işlenen suç ya Allah'a karşı işlenmiş olur ki, buna Hakk Allah denir, ya da kişiye veya kişilere karşı işlenmiş olur ki buna da Hakk Ademi denir. Suçlulara kısas, diyet, hadd ve tazir cezaları verilirdi. Kısas; suçların faillerinin olanak içinde işledikleri suçun aynı ile cezalandırılmalarıdır. Diyet; ölümle veya yaralama ile sonuçlanan bir suç işlendiği zaman kısas istenmediği veya kısasın olanaksız olduğu durumlarda mal olarak verilmesi gereken bedele diyet denir. Hadd; İslam hukukunda bazı suçlar için Kur'anda belirtilmiş değişmez cezalara hadd denir. Hadd Allah'a karşı işlenmiş suçlara karşı konmuştur. Örneğin, zina suçunu recim veya sopa dayacağı şeklindedir. Tazir; Önceden belirtilmemiş olan suçlara ve belirtilmiş olup da cezaları gösterilmemiş olan suçlara verilecek cezayı yargıç tayin eder ve buna tazir denir.⁵⁸

Hazreti Muhammed sağken çıkan anlaşmazlıkları çözer ve suç işleyenlere cezalarını verirdi. Sonradan İslam devleti genişleyince Halifeler memlekette çıkan bütün anlaşmazlıkları çözümleyemeyeceklerinden, illerde valiler de bu işlere bakmışlardı ve daha Hazreti Ömer ve Hazreti Osman zamanında bile hukuksal anlaşmazlıkları çözmek için kadılar atanmıştır. Kadılar hem ceza hem de özel hukuk işlerine bakmakla görevli idiler. Bu işler için ayrı ayrı yargıçlar ve mahkemeler yoktu. Ceza hukuku ile ilgili sorunlarda, sorun hakkı ademiye giriyorsa zarar görenin veya varislerinin, hakkı Allah'a giriyorsa herhangi bir müslimin yakınması gerekir. Hadd cezalarından biri ile cezalanması gereken bir suç işlendiği zaman, kadı kendisi suçtan haberdar olursa yakınmayı bekle-

⁵⁷ YURTCAN, s.11.

⁵⁸ ÜÇÖK, s. 59-64.

meden soruna kendiliğinden bakmak ve cezayı vermekle görevlidir. Yalnız insanların hakları ihlal edilmişse o zaman yakınmacı yakınmasını kadıya bildirir, kadıda kendisinden yakınılan kimseyi mahkemeye çağırır. Yargılama herkese açık ve sözlüdür. Müşteki iddiasını bildirir, fail iddianın haklı olduğunu kabul ederse dava biter, başka deliller gerekmez. Ancak fail ergin ve mümeyyiz bir kimse olması ve zorla ikrar etmiş olmaması gerekir. Fail itiraz ederse, müştekinin iddiasını ispat etmesi gerekir. Ancak bazı mezheplere göre kadı meseleyi kendisi biliyorsa, o zaman başka bir delile lüzum olmadan kararını verir, giderek bu durumda iki yanın delillerine bile uymak zorunda değildir. Davada başlıca deliller tanıklar ve senetlerdir.⁵⁹ İslam hukukunun kaynakları Kur'an-ı Kerim, Sünnet, İcma, Kıyas, Örf ve Adettir.⁶⁰

C. Osmanlı'da Ceza Yargılaması

Osmanlı mahkeme kayıtları incelendiğinde dikkati çeken ilk husus mahkumiyet hükümlerinin neredeyse tamamında cezanın belirtilmediği görülecektir. Osmanlı hukuk sistemi temelde İslam Hukukuna dayanır. Osmanlı mahkemesinin adı Meclis-i Şer'dir. Osmanlı hakimlerine zaman zaman hâkimü'ş-şer denilmiştir. Şer' ise İslamın kutsal hukukuna verilen isimdir. Osmanlıların şer'den kasteddikleri Hanefi hukuk ekolüdür. Osmanlı Devletinin kurulması ile birlikte orijinal bir hukuk sistemi başlamış değildir. Diğer Türk ve İslam devletlerinde olduğu gibi Osmanlı Devleti'nde de Hukuk esas itibarıyla İslam Hukukundan oluşmaktaydı. Bununla birlikte Osmanlılar Şer'i hukuku uygularken bu hukukun devlet başkanına tanıdığı sınırlı yasama yetkisini kullanmaktan da geri durmamışlardır. İşte bu yetkinin ferman ve kanunnamelerle kullanılması sonucu oluşan hukuka örfi hukuk denmektedir.⁶¹

1. Osmanlı Ceza Yargılamasının Temel İlkeleri

Osmanlı'da ceza yargılaması hukuku olarak İslam ceza yargılamasına ilişkin ilkeler ile Osmanlı'nın kendisine has örf ve adetlerinden oluşan kurallar

⁵⁹ ÜÇÖK, s. 65,66.

⁶⁰ UMUR, Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1987, s. 149.

⁶¹ AKMAN, Mehmet, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, Eren Yayınları, İstanbul 2004, s. 15,16.

geçerlidir. Osmanlı ve İslamda ceza yargılamasının amacı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İslam Osmanlı ceza yargılaması hukunun temel ilkeleri günümüz ceza yargılamasının temel ilkelerine çok yakındır. İslam ve Osmanlı ceza yargılamasının ilkeleri şu şekilde sıralanabilir.⁶²

a) Masumiyet Karinesi: İslam ve Osmanlı hukukunda kişinin suçsuzluğu esastır. Mecellenin ifadesiyle berât-i zimmet asıldır. İslam Hukukunda sanığın suçsuzluğunu ispat etmesi beklenmez ve karşı delil getirmesi beklenmez. İddia makamı iddiasını ispatla mükelleftir.⁶³

b) Şüpheden Sanığın Yararlanması: Sanığın fiilinin ispatı bakımından bir eksiklik kaldığında, şüphe bulunduğu sonuç daima sanık lehine olmalıdır. Bu ilke Hz. Muhammed'in bir hadisine dayanır. Hadis şüphenin varlığı halinde cezaların uygulanmamasını emretmektedir.⁶⁴

c) Yargılamanın abuk Olması: Ceza yargılamasının en kısa sürede bitirilmesi amaçlanır. Şer' iye mahkemelerinde ceza davaları çoğ u defa bir veya iki celsede tamamlanmıştır. Amaç adaletin gerçekleştirilmesidir. Gecikmiş adaletin zulüm demek olduğ u fıkıh kitaplarında ifade edilmiştir. Batılı gezginler 16. 17. ve 18. Yüzyıllarda, Osmanlı mahkemelerinde davaların genellikle bir celsede karara bağlandığ uına, gereksiz yere davaları uzatan avukatların bulunmadığ uına ve davalara çok nadir olarak itiraz edildiğ uına dikkat çekmektedirler.⁶⁵

d) Eşitlik ve Adalete Verilen Önem: İslam Peygamberinin ve dört halifenin uygulamalarında hukuk karşısında kimsenin bir ayrıcalığ uının olmadığı görölür. İslam hukuk tarihinde bizzat halifenin taraf olduğ u ve diğ er şahıslarla aynı muameleyi gördüğ u davaların çok sayıda örnekleri mevcuttur.⁶⁶

⁶² AKMAN, s.20-33.

⁶³ AKMAN, s. 21.

⁶⁴ Söz konusu hadis şu şekildedir. "Hadleri şüphelerle düşürünüz. Suçlunun bir çıkış yolu varsa saliveriniz. Devlet başkanının başışlamada yapacağı hata, ceza vermede yapacağı hatadan daha iyidir."

⁶⁵ AKMAN, s. 21.

⁶⁶ AKMAN, s. 23

e) Dini Müeyyidelerle de Desteklenmiş Olması: İslam hukukunun uygulandığı Osmanlı'da, İslam hukuku vicdanın uyandırılması yoluyla bir iç disiplin oluşturularak kişinin kendi kendisini kontrol altına almasını ve bu suretle suç işlenmesinin mümkün olduğu kadar önlenmesini hedeflemiştir. Suçun müeyyidesi olarak hem bu dünyada bir cezası olduğu hemde günah işlemenin karşılığı olarak öbür dünyada uhrevi cezasının olduğu görülmektedir.⁶⁷

f) Kovuşturmanın Kamusalılığı ve Hususiliği (Şikayete Tabi Olması): Kovuşturmanın kamusalılığı demek, kovuşturmanın devlet tarafından, devletin bu iş için kurduğu organlarla yürütülmesi, suçu kovuşturmada mağdurun kovuşturmaya ya da kovuşturmama yönündeki iradesine önem verilmemesi demektir. Had suçlarında kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi uygulama alanı bulur. Kamu düzenini doğrudan ihlal eden bu suçlarda suçtan zarar görenin şikayet etmesi gerekmez. Osmanlı mahkeme kayıtlarında had suçlarının kamu davası yoluyla takip edildiğine ilişkin sayısız örnekler vardır.⁶⁸ Allah hakkını ihlal eden tazir suçları re'sen takip edilir. Bu durumda kadı veya kadının yardımcıları suç işlendiğini haber alır almaz harekete geçmek zorundadır.⁶⁹

Kovuşturmanın hususiliğinde ise, kısas veya diyet cezasına çarptırılabilmesi için mağdurun veya belirli derecedeki yakınlarının şikayette bulunmaları gerekli olmasıdır. Adam öldürme veya yaralama suçlarında mağdur veya yakınları olayı mahkemeye taşımazlarsa faile kısas veya diyet cezası verilemez. Ancak devlet burada kovuşturma yetkisini kullanarak suçluyu tazir yoluyla cezalandırabilir.⁷⁰

g) Herkesin Kamu Davasını Tahrik Edebilmesi: Zina iftirası ve hırsızlık dışındaki had suçlarında ve kamu haklarını ihlal eden tazir suçlarında herkes kamu davasını tahrik edebilir. Bu ilke İslam dinindeki iyiliği emretme

⁶⁷ AKMAN, s. 23.

⁶⁸ Örneğin bunlardan birisinde şarap içme sarhoşluk suçu işlediği iddiasıyla subaşı tarafından sanık mahkemeye ihzar edilmiş, yapılan tahkikat sonucunda suç sabit görülmüştür. Bir diğer olayda Üsküdar'daki Mahalle-i Cedide subaşısı bir kıza bir erkeği zina yaparken yakalamış ve mahkemeye ihzar etmiştir.

⁶⁹ Osmanlı mahkeme kayıtlarında, tütün satma yasağına muhalefet eden bir kişi, subaşı tarafından yakalanıp mahkemeye çıkartıldığına ilişkin dava bulunmaktadır.

⁷⁰ AKMAN, s. 29.

kötülükten sakındırma görevinin herkese verilmiş olmasının doğal sonucudur. Bu tür davalara bu işin sırf Allah rızası için yapıldığını belirtmek amacıyla “hisbe davası” da denilmiştir.⁷¹

h) Alenilik İlkesi: Osmanlı şer’i mahkemelerinde davalar alenidir. Duruşmaların aleniliği İslam hukuk tarihinde yerleşik bir uygulamadır. Hz. Muhammed’in ve dört halifenin mescitte yargılama yaptıkları bilinmektedir. Gizli olarak görülen dava sonucu verilen hüküm geçerli değildir. Ancak kadı genel ahlak ve kamu güvenliği gibi nedenlerle duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir. Osmanlı ceza yargılamasında şühûdül-hal kurumu burada önem arz etmektedir. Şühûdül-hal olarak duruşmalara katılan kişiler yargılamanın gözlemcisidirler. Bu gözlemciler yargılamaya ve kadının kararlarına müdehale edemezler, varlıkları dolayısıyla kadının adil karar vermesinde etkili olurlar. Yarılamaya müdahale edemediklerinden dolayı Batı hukuklarındaki yargılamanın önemli süjesi olan jüri kurumundan ayrılmaktadır.⁷²

i) Sözlülük İlkesi: Ceza yargılaması hukukunda sözlü yargılama esastır. Davanın bütün aşamaları sözlü olarak gerçekleşir. Davacı veya subaşı ya da diğer emniyet görevlilerinin sanığı ithamı, sanığın cevabı, şahitlerin beyanları hep sözlü olarak alınır ve kayda geçirilir.⁷³

i) Gıyapta Yargılama Yapılmaması İlkesi: Mecelle’de “Hîn-i davada hasmın huzuru şarttır” (MAA. md. 1618) ve “Hîn-i hükümde tarafeynin huzuru şarttır. (MAA. md. 1830) Osmanlı mahkeme sicil kayıtlarında sanığın yokluğunda yargılama yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte gıyapta yargılama yasağı suç delillerinin mahkemeye sunulmasını engellemez.⁷⁴

2. Osmanlı Ceza Yargılamasında Mahkemeler Teşkilatı

a) Şer’iye Mahkemeleri: Osmanlı Devleti’nde şer’iye mahkemeleri Emevi, Abbasi, Selçuklu ve Memlûk Devletlerinde görülen adli yapının en gelişmiş son halkasını oluşturmaktadır. Şer’iye mahkemeleri Osmanlı adliye teş-

⁷¹ AKMAN, s. 30.

⁷² AKMAN, s. 31.

⁷³ AKMAN, s. 32.

⁷⁴ AKMAN, s. 32.

kilatının omurgasıdır. Hukuki, cezai ve idari davaların başlıca çözüm mercii şer'îye mahkemesidir. Bu mahkemeler tek hakimli mahkemelerdir. Şer'îye mahkemelerinin özellikle bu işe ayrılmış bir binası yoktur. Kadının evi, cami veya medrese odaları kullanılmıştır. Ancak burada vurgulanması gereken husus gerektiğinde kadının nerede olduğunun bilinebilir olmasıdır. Kadılar geceleri dahi işlerinin başında olmuşlardır.⁷⁵

b) Dîvân-ı Hümâyûn: Dîvân-ı Hümâyûn çok foksiyonlu bir kurumdur. İdari görevleri bir kenara bırakılırsa Dîvân-ı Hümâyûn'un birçok yargısal görevi vardır. Dîvân-ı Hümâyûn'un bir üst mahkeme gibi çalıştığı görülmektedir. Dîvân-ı Hümâyûn'da yargılamayı Rumeli Kazaskeri yapmış, işlerin yoğun olduğu zamanlarda veziriazamın talebi ile Anadolu Kazaskeride dava dinlemiştir. Şer'îye mahkemelerince görülmekten kaçınılan müteğallibeye ilişkin davaların Dîvân-ı Hümâyûn'a havale edildiği görülmektedir. Dîvân-ı Hümâyûn dışında başka divanların varlığında bilinmektedir. Bunların içinde özellikle veziriazamın başkanlığında toplanan Cuma ve Çarşamba divanları önemlidir.⁷⁶

c) Yetki ve Görev: Mahkemelerin yargı yetkisi buldukları coğrafi bölge ile sınırlıdır. Kadılar tayin edildikleri bölge sınırları içinde görev yapmaktaydılar. Kadının yargı bölgesi sınırları dışında verdiği kararlar geçerli değildi. Ceza davaları suçun işlendiği yer mahkemesinde görülmekteydi. Sanık başka bir yere kaçmışsa suçun işlendiği yere getirilecek ve orada yargılanacaktır. Ancak İstanbul kadısı, Osmanlı Devletinin herhangi bir yerinde yaşayan halkın davasını dinleyebilmekteydi. Askeri kişilerin davalarını askeri kassâmlar da görebilmekteydi. Gayrimüslim din adamlarıyla ilgili ceza davalarının da şer'îye mahkemelerinde değil Dîvân-ı Hümâyûn'da görüleceği kararlaştırılmıştı. Padişah emriyle suç mahalli dışındaki herhangi bir mahkemede de sanığın yargılanabildiği olmuştur. İstinabe yoluyla kadılıklar arasında yardımlaşma mümkündü.⁷⁷

⁷⁵ AKMAN, s. 35.

⁷⁶ AKMAN, s. 36.

⁷⁷ AKMAN, s. 38.

3. Osmanlı Ceza Yargılamasında Yargılama Süjeleri

a) Bir Yargılama Süjesi Olarak Padişah: Padişah devlet başkanı olarak yargılama erkinin de başıdır. Bu kabul, devlet başkanının müçtehit olması gerektiği düşüncesinin bir sonucudur. Padişah bu yetkisini kadılarına vermiştir. Padişah ile kadı arasındaki bu ilişki vekalet sözleşmesine dayandırılır. Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde padişahların bizzat dava dinledikleri anlaşılmaktadır.⁷⁸

b) Kazasker: Kazasker klasik dönemde Osmanlı yargı teşkilatının en üst mevkiinde bulunan kişidir. İlk defa Orhan Gazi zamanında ihdas edilen kazaskerlik, 1481 yılında Anadolu ve Rumeli kazaskerliği olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Rumeli kazaskeri yargı örgütünün başıdır.⁷⁹

c) Kadı: Osmanlı adalet düzeninin omurgasını kadılar oluşturmaktadır. Kadı sadece yargıç değil, noter ve aynı zamanda bir mülki amirdir. İlmi faaliyetlerinden uzak kalmamaları ve eşrafla yakın alaka kurmamaları amacıyla kadıların görev süresi kısa tutulmuştur. Çok sonraları 1331 (1913) tarihleri arasında görevini dürütçe yaptığı sürece kadıların azledilemeyecekleri hükmü benimsenmiştir. Kadılar hem şer'i hem de örfi davalara bakmışlardır. Kadı olabilmek için bulûğ, akıl, müslüman olma, şer'i hükümleri bilme, duyu organları tam olmak, adil, erkek ve müçtehit olmak gerekmektedir. Kadıların çok sıkı bir şekilde merkezin denetimi altında oldukları anlaşılmaktadır. Bununla birlikte merkezin temsilcisi olan beylerbeyi ve valiler kadıların görevden alamazlar, onlara müdehale edemezler, gerekirse kadı aleyhine Divan-ı Hümayuna başvurabilirlerdi.

Yolsuzluk yapan kadılar hakkında doğrudan Divân'ı Hüm'ayûn'a bağlı olarak çalışan müfettişler görevlendirilerek derhal tahkikat başlatılmakta idi. Kadı, kaza bölgesi dahilinde küçük yerleşim birimlerinin başına naip tayin ederdi. Naip kadının görevlerini ifa ederdi. Kadı, naip ve muhızır gibi kadı yardımcılarının amiri konumunda idi. Kadının naip, muhızır, subaşı, asesbaşı,

⁷⁸ AKMAN, s. 39.

⁷⁹ AKMAN, s. 40.

çavuş ve mahkeme tarcümanlarından oluşan yardımcıları vardı.⁸⁰

Naip; kadı tarafından yargılama konusunda yetkilendirilmiş kimsedir. Naibler ya belirli bir süre için ya da belirli bir iş için tayin edilen yardımcılardır. Bir iş için görevlendirilenler genellikle keşif, muayene veya diğer işler için görevlendirilirlerdi. Belirli bir süre için naib tayin edilenler ise kadıya vekaleten görev yaparlardı.⁸¹

Muhzır; davalıyı mahkemeye celp eden görevlidir. Genellikle hukuk davalarında davalıyı ihzar etmekle görevli olmakla birlikte özellikle kişi haklarını ihlal eden suçlardan kaynaklanan davalarda da görev yapmışlardır.⁸²

Subaşı; ceza yargılaması hukukunun en temel sülhelerinden biridir. Subaşı, kurumsal olarak savcılığın bulunmadığı Osmanlı Ceza Yargılaması Hukukunda ham bir savcı portresi çizmektedir. Subaşılar, kamu düzenini doğrudan ihlal eden suçlarda kimsenin şikayetçi olmasına gerek kalmaksızın zanlıyı kadı önüne çıkarabilme yetkisine sahiptiler.⁸³

Asebsaşı; subaşına bağlı olarak çalışan gece bekçilerine verilen isimdir. Bu görevliler geceleri şehrin genel güvenliğinden sorumludurlar.⁸⁴

Çavuşlar; ilamların icrası, borçlunun mallarını satarak borcun ödenmesi, borçlunun inat ve temerrüdü üzerine gerekirse mahkeme kararıyla hapisle taziyik edilmesi, hukuken kesinleşen nakdi ve bedeni cezaların infazı gibi görevleri yapmaktaydılar.⁸⁵

Mahkeme tarcümanları; tercüme işlerini yapan ve kadının teklifi üzerine padişah tarafından verilen berat ile mahkemelerde görev yapan kadı yardımcılarıdır.⁸⁶

⁸⁰ AKMAN, s. 43.

⁸¹ AKMAN, s. 43.

⁸² AKMAN, s. 46.

⁸³ AKMAN, s. 48.

⁸⁴ AMKAN, s. 49.

⁸⁵ AKMAN, s. 50.

⁸⁶ AKMAN, s. 51

d) Sanık: Sanık terimi yerine, Osmanlı Hukukunda daha çok müddeialeyleh (davalı) kelimesi kullanılmıştır. Osmanlı Hukukunda sanıkların üç kategoriden birine girdikleri sayılır.

Bunlardan birincisi, daha önce suç işlemediği sabit olan, insanlar arasında dürüstlüğüyle tanınan kimseler. Osmanlı hukuk tatbikatında böyle kimselere kendi halinde kimseler denirdi. Bu tip sanıklar mücerret bir suç isnadıyla karşılaştıklarında kural olarak yakalanıp tutuklanmaz. Mücerret isnada ihtiyatla yaklaşılırdı.⁸⁷

İkinci kategoridekiler, daha önce suç işledikleri bilinen ve insanlar arasında da her an suça eğilimli oldukları düşünülen kimseler. Bu kimseler hakkında tutuklama kararı verilebilirdi. Bu sanığın ithamı reddetmesi veya yemin teklif etmesi yeterli değildir. İthamın asılsızlığının ispat edilmesi zaruridir. Bu kategorideki sanıkların masumiyet karinesinden yararlanamadıkları görülmektedir.⁸⁸

Üçüncü kategoridekiler ise; durumları meçhul olan, insanların haklarında müspet ya da menfi bir kanaate sahip olmadıkları kimselerdir.

Osmanlıda şeri hukuk sisteminde masumiyet karinesinden hareket edilirdi. Bu ilke ancak reddedilemez kanıtların varlığı halinde ihmal edilebilirdi. Sanığın belli olması meçhul olmaması gerekir. Herhangi bir fiilden dolayı kimin sanık olacağı belirlenmişse belli olma şartı gerçekleşmiştir. Sanığın savunma hakkı bir yandan sadece kendisine yönelik bir hakmış gibi görünmekte ise de aynı zamanda bu hak toplumu da yakından ilgilendirmektedir. Hakim sanığın savunmasını almadan mücerret davacının iddiası ile hüküm tesis etmemelidir.⁸⁹ İslam ülkesi vatandaşı gayrimüslimlere kural olarak İslam Ceza hukuku uygulanır. Osmanlı ceza hukukunda mülkilik sistemi benimsendiğinden gayrimüslimler de aynı müslümanlar gibi muamele görmüşlerdir. Bu husus şarap içmek sarhoşluk suçu bakımından ise uygulanmaz.⁹⁰

⁸⁷ AKMAN, s. 52.

⁸⁸ AKMAN, s. 52.

⁸⁹ Ömer bin Abdülaziz'in hakimlerden birine şöyle dediği aktarılır. "Bir davacı bir gözü çıkmış olarak sana gelse, lehine hükmetmek için acele etme. Belki de diğer taraf iki gözü çıkmış olarak sana gelecektir."

⁹⁰ AKMAN, s. 53.

e) Vekil: İslam hukukunda sanığın kendisini bir avukatla savunmasına engel bir düzenleme bulunmamasına rağmen diğer müslüman devletlerde olduğu gibi, Osmanlı Devletinde de örgütlenmiş bir avukatlık kurumu mevcut değildi. Bununla birlikte İslam ve Osmanlı hukuk kültüründe bir vekiller sınıfının bulunduğu söylenebilir. Ceza davalarında davacı veya sanık vekili olarak vekillerin kullanıldığı görülmektedir. Ceza davalarında ve özellikle had ve kısas suçlarıyla ilgili davalarda vekilin ikrarı geçerli kabul edilmemiştir. Osmanlı Hukukunda vekil müvekkil ilişkisinin tespit ve tescili amacıyla vekalet kayıtları ve ayrı bir sicil halinde tutulmuştur.⁹¹

f) Kefil: Kefalet kurumu Osmanlı Hukukunda bir ceza yargılaması enstrümanı olarak etkin bir biçimde kullanılmıştır. Kefil olunan kişinin kefil tarafından bilinen ve tanınan bir kimse olması şarttır. Cezanın kendisine kefil olmak, cezanın şahsiliği ilkesine aykırı olduğu için söz konusu değildir. Osmanlı hukukunda kimlerin kefil olacağı gösterilmiştir. Kefil, kefaleti altındaki kişiyi arayıp bulmak ve mahkemede hazır bulundurmaktır. Osmanlı Kanunnameleri kefilin bu sorumluluğunu sınırlamıştır. Yedi kadılık bölgesini araştırdığı halde kefil olduğu kimseyi bulamayan kimse kadıların her birinden temessük alarak bu sorumluluğundan kurtulabilmekteydi. Sanığın kefil bulabildiği durumlarda tutuklanmaktan kurtulabildiği görülmektedir. İstanbul'da kefilsiz kimsenin bulunmaması için azami özen gösterilmiştir.⁹²

g) Ehl-i Örf (Vâli-yi Cerâim) : Ehl-i Örf'ün bir yargılama süjesi olarak anılması ilk başta şaşırtıcıdır, ancak İslam Hukuk teorisinde ve klâsik dönem Osmanlı uygulamasında idarecilerin günümüzde hakimlere ait olan bazı yetkilere sahip oldukları görülmektedir. İslam Hukukuna göre devlet başkanı hem ehl-i örfün hem de kadıların başı konumundadır. Devlet başkanının sahip olduğu yargı yetkisi kural olarak kadılarına devredilir. Ancak yetkinin asıl sahibi olan devlet başkanı yetkisini beylerbeyi, sancakbeyi ve subaşı gibi ehl-i örf tabir edilen yöneticilere de aktarabilir.⁹³

⁹¹ AKMAN, s. 55.

⁹² AKMAN, s. 59.

⁹³ AKMAN, s. 60.

h) Ruhanî Reisler : İlk dönemlerde patriklerin ve daha sonra bunlara eklenen hahambaşının bazı cezai yetkilerle donatıldığı görülmüştür. İster ruhban sınıfının isterse cemaat üyelerinden şer'î ve örfî hukukça cezayı gerektiren fiilleri işleyenlerin yargılandıkları yer şer'îye mahkemeleridir. Suçlanan papaz ve hahamların patrik veya hahambaşı tarafından ipso iure cezalandırılmaları söz konusu değildir. Ruhani reislere bahşedilen cezalandırma yetkisi disiplin hukuku babında olup belgelerde de geçtiği üzere bir tedipten ibarettir.⁹⁴

4. Osmanlı'nın Son Dönemlerindeki Ceza yargılamasına İlişkin Kanuni Düzenlemeler

Bir ülkede bulunan hakim siyasi rejim ile o ülkede uygulanmakta olan ceza yargılaması arasında da çok sıkı bir bağlantı vardır. Ceza yargılaması, kişi özgürlüğüne verilen önem ile ilişkili olarak şekil değiştirmektedir.⁹⁵ Türk hukuk tarihinde ilk dönemlerde bütün hukuk dallarında olduğu gibi yargılama evresinde de İslami esaslara göre davranılırdı. Gerçekten kadılar şer'î hükümlere göre davayı görürler ve buna göre kararlarını verirlerdi.⁹⁶

Osmanlı döneminde kısmi yargılama kurallarını içeren Divanı Ahkâmı Adliye Nizamnamesi ve Dersaadet ve Mülhakatın İdarei Muhakemesine Dair Nizamname ilk düzenleme olarak sayılabilir. Bununla beraber ilk derli toplu olan konuya ilişkin yasa, zamanının Fransız Ceza yargılama yasasının bir çevirisi olan 25 Haziran 1879 tarihli Muhakemat-ı Cezaiye Kanunnamesi idi.⁹⁷

Osmanlı döneminde, 1864'de sadece Tuna Vilayeti'nde, 1865 tarihinden itibaren ise tüm ülkede şer'îye mahkemeleri ile nizamiye mahkemelerinin ceza daireleri birlikte çalışmaya başlamış, bu durum 1924 yılında şer'îye mahkemelerinin kaldırılmasına kadar devam etmiştir. 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda, nizamiye ve şer'îye mahkemeleri ile bunların görevlerine yer

⁹⁴ AKMAN, s. 51.

⁹⁵ YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1987, s. 1.

⁹⁶ DONAY, Süheyl, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 11.

⁹⁷ DONAY, s. 11

verilmiş ve bu Yasa'nın İslam Hukuku kurallarıyla birlikte uygulanacağı gösterilmiştir.⁹⁸

1876 Anayasası'nda bazı ceza yargılaması kurallarına yer verilmişti. Bunlar arasında doğal hakim ilkesi, duruşmaların aleniliği, yakalama ve tutuklamanın yasallığı sayılabilir.⁹⁹ Tanzimat'la birlikte toplumda milli ve dini ağır basan kanunlar ve batı kaynaklı olma vasfı ağır basan kanunlar olmak üzere iki tür kanunla karşılaşmaktadır. Milli dini nitelikteki Mecelle'nin 12 ile 16. bölümlerinde muhakeme hukuku kurallarına, dava, delil, ikrar, sulh gibi yargılama meselelerine yer verilmiştir. Anılan bölümlerde yer alan hükümler hem medeni yargılama hem de suç yargılamasına ortaklaşa uygulanabilir nitelikteydi. Mecellenin 8. maddesinde günümüz ceza yargılamasının da temel ilkelerinden birisi olan masumluk karinesi, “beraati zimmet asıldır” şeklinde ifade edilmiştir.¹⁰⁰

Osmanlı döneminde ilk Ceza Muhakemesi Yasası, 1879 tarihli Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkat olmuştur. Bu yasa, birinci Napolyon döneminde düzenlenen 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Yasası'nın bir çevirisidir. Yasa, 1913'te hafif suçlarda daha basit ve seri bir muhakeme usulü öngören Sulh Hakimleri Kanunuyla değiştirilmiştir. 1879 Usul-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanun-ı Muvakkat, kural olarak Nizamiye mahkemelerinde uygulanacak muhakeme usulünü göstermekteydi. Bu Yasa'da İslam Hukuku ilkelere aykırı hükümler öngörülmemesine dikkat edilmiştir.¹⁰¹ Bu kanun Fransız adalet mekanizmasının jüri sistemi dışında bütün kurumlarına yer vermiştir. Bu kanun 50 yıl yürürlükte kalmış 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun yürürlüğe girmesine kadar uygulanmıştır.¹⁰²

D. Cumhuriyet Dönemi Türk Ceza Yargılaması ve Tarihçesi

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, 20/08/1929 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 01 Haziran 2005 tarihine kadar uygulanmıştır. Bu kanun 1877

⁹⁸ CENTEL, s. 25.

⁹⁹ CENTEL, s. 25.

¹⁰⁰ BIÇAK, s. 89.

¹⁰¹ CENTEL, s. 25.

¹⁰² BIÇAK, s. 89.

tarihli Alman Ceza Muhakemeleri Usul Kanununun çevirisidir. Cumhuriyet döneminde kabul edilen 1412 sayılı CMUK karma sisteminin tüm özelliklerini göstermektedir.¹⁰³ CMUK 426 madde ve 6 ek maddeden oluşmaktadır.

Ceza Muhakemeleri Kanunu yürürlükte olduğu 76 yıl içerisinde 27 kez değiştirilmiştir. Toplam 435 maddeden oluşan CMUK'nun, 244 maddesi değişikliğe uğramış, 191 maddesine ise hiç dokunulmamıştır. Bu değişikliklerin en dikkat çekenleri, 1985 ve 1992 tarihlerinde gerçekleştirilen ileri adım niteliğindeki değişikliklerdir. CMUK'nun temel amacı gerçeğe ulaşmaktır. Ancak bu hedef, insan hak ve özgürlüklerini vurgulayan âdil yargılanma hakkına uygun biçimde gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır.¹⁰⁴

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununu sisteminde suç ihbarı alan veya suçun işlenip işlenmediğine ilişkin soruşturmasını tamamlayan Cumhuriyet savcısı gerekli gördüğünde iddianame ile kamu davasını açar, yeterli delil olmadığı kanaatinde ise de kovuşturmaya yer olmadığına karar verir bu karara karşı itiraz kanunuyolu vardır. Cumhuriyet savcısının iddianame ile davasını açtıktan sonra mahkemece yargılama yapılıp, sanığın beraatine ya da mahkumiyetine karar verilir. Bu kararların dışında kovuşturma şartı gerçekleşmemişse durma kararı ya da zamanaşımı süresi dolmuşsa yahut sanık ölmüşse düşme kararı verilir. Verilen bu nihai kararlara karşı Yargıtay'a temyiz başvurusunda bulunulabilir. Yargıtay ilgili Ceza Dairesi tarafından, yerel mahkeme kararı ya onanır ya da bozulur. Yerel mahkeme kararının onanması halinde karar kesinleşir ve infaza verilir. Kararın bozulması halinde ise kovuşturma yargılaması yeniden başlar ve devam eder. Onanarak kesinleşen mahkeme kararlarına karşı CMUK'da karar düzeltme olağanüstü kanun yolu vardır. Yargıtay Ceza Daireleri incelemesinden geçmeden kesinleşen yerel mahkeme kararlarına yönelik ise kanun yararına bozma denilen olağanüstü kanunuyolu vardır.

1412 sayılı CMUK'nda zamana ve ihtiyaçlara göre değişikliklere gidilmiş ancak toplumsal, siyasal, sosyal ve ekonomik değişimler karşısında günün

¹⁰³ ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAĞIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s. 46

¹⁰⁴ BIÇAK, s. 91.

şartlarına göre CMUK'nu ihtiyaçlara cevap vermekte yetersiz kalması nedeni ile yeni ceza yargılaması kanunu çalışmaları yapılmış ve neticede 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) 04 Aralık 2004 tarihinde kabul edilmiş ve 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çeşitli değişikliklerle birlikte halen Türkiye'de CMK uygulanmaktadır.

SONUÇ

Başlangıçta toplumda otoriteyi ve düzeni sağlamak kaygısıyla, ceza yargılaması hukuku, sanık ile suçlu arasında bir ayırım yapmamakta ve sanığın suçlu olduğunu peşinen kabul etmekteydi. Bu aşamada ceza yargılaması hukuku faile acı vermeye odaklanmıştır. Bu safhada failin suçlu olduğu peşinen kabul ediliyor ve ceza yargılaması suçlunun cezalandırılması için bir araç olarak kullanılıyordu. Tarihsel süreçte, ilk olarak ceza yargılamasının amacı olarak karşımıza suç işleyen kişiye haddini bildirmek, acı vermek olgusu çıkmaktadır. “Haddini bildirici” veya “ders verici” ceza yargılaması anlayışı adının verildiği bu yaklaşım, suç sayılan davranış üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu anlayışta ceza yargılaması normları, suçun failine acı vermeye odaklanmıştır. Mağdur, önemli ölçüde ihmal edilmiştir. Ceza yargılaması, suçlunun cezalandırılması için bir araçtan ibaret olarak algılanmıştır.

Daha sonraları hakimlerin keyfililiğine ve sanıkların mutlaka suçlu sayılarak cezalandırılması eğilimlerine tepki olarak “sanık suçu sabit oluncaya kadar masum sayılır” ilkesi ortaya çıktı. 1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nde bu ilkeye yer verildi ve daha sonra hazırlanan tüm uluslararası belgelerde bu ilke tekrarlandı. Bu dönemde sanık, hak ve yetkilere sahip bir süje olarak görülmeye başlandı.

Ceza yargılaması hukuku çeşitli safhalardan geçtikten sonra en son günümüzde, gerçek her ne pahasına olursa olsun değil, hukuk kuralları içinde şüpheli ve sanığın onuru korunarak araştırılır. Muhakemenin insan hak ve özgürlüklerini vurgulayan adil yargılanma hakkına uygun biçimde gerçekleştirilmesi gerekir düşüncesi günümüzde egemen görüştür.

Eski uygarlıklarda ceza yargılamasında hakimlerin veya mahkemelerin bağımsızlığından söz edilememektedir. Zira eski uygarlıklarda, devlet başkanı,

kral ya da devleti yöneten kişi, yönetim meşruiyetini Tanrı'dan aldığından, ya-sama yürütme ve yargı yetkisini elinde bulundurmakta idi. Yargılama yetkisini yürüten hakimler ya da din adamları kral adına kullanmaktaydılar. Bunların atamalarını ve görevden alınmalarını kral gerçekleştirdiğinden bağımsızlıkları söz konusu değildi. Ancak günümüzde mahkeme ve hakimlerin bağımsızlığı Anayasalarla ve Uluslararası belgelerle teminat altına alınmıştır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet**, Kamu Hukuku Bilgisi, Der Yayınları, İstanbul 2012
- AKAD, Mehmet, DİNÇKOL, Bihterin Vural**, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, İstanbul 2013
- AKIN, İlhan F.**, Kamu Hukuku, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 1993
- AKMAN, Mehmet**, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, Eren Yayınları, İstanbul 2004
- BIÇAK, Vahit**, Suç Muhakemesi Hukuku, Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2013
- CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2013
- DONAY, Süheyl**, Ceza Yargılama Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2012
- GÖZE, Ayferi**, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, Beta Yayın Dağıtım, İstanbul 1993
- KOCAOĞLU, N. Kağan**, Roma Hukukunda Adli Teşkilatlanma (Makale) , Ankara Barosu Dergisi 2013/1
- ERDOĞMUŞ, Belgin**, *Roma Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 1995*
- KUNTER, Nurullah, YENİSEY, Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Arıkan Basın Yayın Dağıtım, İstanbul 2005
- KUNTER, Nurullah**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Sermet Matbaası, İstanbul 1974

ÖZBEK, Veli Özer, KANBUR, Mehmet Nihat, DOĞAN, Koray, BACAKSIZ, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara 2012

ÖZTÜRK, Bahri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1991

ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, SIRMA, Özge, SAYGILAR, Yasemin F., ALAN Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010

ŞAHİN, Cumhuri, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012

TAHIROĞLU, Bülent, ERDOĞMUŞ, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları İstanbul 2009

TOROSLU, Nevzat, FEYZİOĞLU, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2013

UMUR, Ziya, Roma HUKUKU Dersleri, Beta Yayınları, İstanbul 1999

UMUR, Ziya, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1987

ÜÇOK, Coşkun, MUMCU, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınları, Ankara 1991

YENER, Orhan, Ceza Yargılaması ve Polis Jandarma Mevzuatı, Adil Yayınevi, Ankara 1998

YENİSEY, Feridun, Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul 1987

YILMAZ, A. Reha, DEMİR, Abdullah, Umumi Hukuk Tarihi, Zirve Üniversitesi Yayını, Gaziantep 2012

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 1986

YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Kare Yayınları, İstanbul 2002

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARLARINA İTİRAZ VE İTİRAZ MERCIİNİN YETKİLERİ

*Objections to the Deferment of the Announcement of the Verdict
and Authorities Regarding the Authority of Complaint*

Halil ÇIĞLI *

ÖZET

Türk Ceza Mevzuatına ilk defa 2005 yılında giren hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun, aradan geçen zaman zarfında uygulanması noktasında birçok sorunla karşılaşılmıştır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına itiraz ve itiraz merciinin yetkileri de bu sorunların önde gelenlerindendir. İtiraz merciinin yetkilerine ilişkin yüksek yargı kararları zamanla değişiklik göstermiş, bir dönem sadece şekli açılardan inceleme yapabileceği kabul edilmişken, sonrasında verilen kararlar ile esasa dair inceleme yapabileceği de kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler; Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, itiraz, itiraz merci

ABSTRACT

Many problems have been experienced in the application of the deferment of the announcement of the verdict that went into effect in 2005 for the first time in the Turkish Criminal Code. Objections to the deferment of the announcement of the verdict and authorities regarding the authority of complaint can be considered the main problems in the matter. Verdicts of the high court varied in time considering the authorities for complaints; for a time, they were considered as only being authorized to inspect formally but later were allowed to do inspections in the meritorious matter.

Key words: Deferment of the announcement of the verdict, objection, authority of complaint.

◆◆◆◆

GİRİŞ

İlk olarak Anglo-Sakson Hukuk Sisteminde 19. yüzyıldan itibaren uygu-

* Aksaray Cumhuriyet Savcısı, halilcigli@adalet.gov.tr

lanmaya başlanan ve Kara Avrupası'nda ise ancak 20. yüzyılın ortalarından itibaren kabul gören hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, Türk Mevzuatındaki yerini, ilk olarak 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ile suça sürüklenen çocuklar hakkında uygulanmak üzere almıştır. Kapsamı çok dar da olsa 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanun'la yetişkinler açısından da kabul edilmiştir. Karşılaştırmalı Hukukta uygulaması 2 asır önceye dayanan ve yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması esasına dayanan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun 08.02.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5728 sayılı Kanun'la uygulanma kapsamı genişletilerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Tasarısındaki düzenlendiği şeklini alması sağlanmıştır.¹

Mevzuatımızda çok yeni olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun yürürlüğe girdiği günden bu yana tartışma konusu olmuş önemli konulardan bir tanesi, itiraz merciiinin inceleme sınırlarının ne olduğu, şekli incelemenin yanında esastan inceleme yapıp yapamayacağıdır. Çalışmamızda, bu sorun ele alınmış, öğreti ve yüksek yargı kararları ışığında değerlendirilmeler yapılmıştır.

Çalışmamızda, özellikle bir dönüm noktası olan ve verildiği tarih itibariyle uygulamayı şekillendiren Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, itiraz merciiinin sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının nesnel şartlarına ilişkin inceleme yapabileceğini belirtilen 03.02.2009 tarih, 2009/4-13 E. 2009/12 K. sayılı kararı ile 22.01.2013 tarihinde verdiği ve o ana kadar kabul etmediği itiraz merciiinin esasa dair inceleme yapabileceğini belirten 2012/10-534 E., 2013/15 K. sayılı kararı dikkate alınarak değerlendirmeler yapılmıştır.

I. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtiraz

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 12. fıkrasında², hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının itiraza tabi olduğu belirtilmiştir. Buradaki itiraz, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267 ve devamı maddelerinde

¹ Çığlı, Halil, Ceza Yargılamasında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010, s.1

² Fıkra (12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

olağan kanun yolu olarak düzenlenen itirazdır. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraza ilişkin genel düzenlemeleri, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazda da uygulanacaktır.³ Buna göre, mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz edebilecek kimseler, Cumhuriyet savcısı, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar ile bunların vekil ve müdafileri, sanığın eşi, velisi veya vasisidir. Aynı şekilde itirazın süresi, usulü ve başvurulacak merci de Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267 vd. maddelerine göre belirlenecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilmesi durumunda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 268/2 hükmü gereğince kararına itiraz edilen mahkeme öncelikle itirazı kendisi değerlendirecek şayet önceki kararında değişiklik yapmaya gerek görmüyorsa dosyayı 3 gün içinde inceleyecek merciye gönderecektir.

II. İtiraz Merciiin Yetkileri

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 12. fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yönelik kararlara itiraz edilebileceği açıkça düzenlenmişken, itirazı inceleyecek merciin hangi konularda inceleme yapabileceğinden bahsedilmemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03.02.2009 tarihinde verdiği kararı⁴ ile itiraz merciinin incelemesinin ancak hükmün açıklanmasının

³ Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 5, İstanbul 2008, s. 720

⁴ "...5271 sayılı CYY'nın 271. maddesi uyarınca, merci tarafından kural olarak evrak üzerinde ve duruşmasız olarak inceleme yapılabilir. Somut olayda, merciince evrak üzerinde inceleme yapılmış ve kanıt değerlendirmesine girilerek kanıtların, görevi savsama suçunun sübutu için yeterli olmadığı kabul edilip, sanık hakkında beraat kararı verilmiştir. Merciiince evrak üzerinde inceleme yapılabildiğinden, itiraza konu karar yönünden yapılacak inceleme de ancak 231. maddenin objektif koşullarının belirlenmesi ile ilgili sınırlı bir inceleme olmalıdır. Duruşmada kanıtlarla doğrudan temas etme olanağı bulunmayan merciin, kanıt değerlendirmesi yaparak yeni bir hüküm tesisi, itiraz kurumunun niteliğine aykırı olacaktır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının koşullarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapılmadan, bu karara konu olan ve 231. maddenin 5. fıkrası uyarınca henüz hukuki varlık kazanmamış olan hükmün değerlendirilmesi, 231 ve 271. maddelerdeki düzenlemelere aykırıdır. İtiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar, 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılmalıdır. Özel Dai-

geri bırakılmasına ilişkin nesnel şartların bulunup bulunmadığı ile sınırlı olduğunu kabul etmiştir. Bu karar uyarınca sınırlı olarak yapılacak denetimde, sanığın hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul edip etmediği, sanığın daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkumiyetinin bulunup bulunmadığı, işlediği suçun niteliği itibariyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına müsait olup olmadığı, sanığın cezasının iki yılın altında hapis veya adli para cezası olup olmadığı ile mağdur veya kamunun zararının giderilmiş olup olmadığına ilişkin şartlara bakılacaktır. Açıklanması geri bırakılan kararın esasına ilişkin hukuka aykırılıklar ise 5 yıllık denetim süresi sonunda davanın düşmesi kararı verildiğinde veya ertelenen hükmün açıklanması halinde temyiz kanun yolu ile incelenebilecektir. Uygulama, genel olarak söz konusu karar doğrultusunda gelişmiş ve itiraz mercilerince nesnel şartlar dışında inceleme yapılmamıştır. İtiraz kanun yoluna ilişkin öğretilerde⁵ yapılan genel açıklamalara bakıldığında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 271. maddesi uyarınca itiraz mercii'nin hukuki ve maddi bir inceleme yaparak başka bir deyişle esasa girerek itirazın kabulü veya reddi yönünde karar verebileceği genel kabul görmüştür. Bu nedenle, itiraz kanun yoluna tabi olduğu öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında da itiraz mercii'nin incelemesinin esasa ilişkin olması gerektiği öğretilerde⁶ dile getirilmiş ve Yargıtay'ın bu uygulaması eleştiri konusu olmuştur.⁷

rece, mercii kararının bu yönde değerlendirilerek, beraat kararı verilmesinin yasaya aykırı bulunması sonucunda bozulmasına karar verilmesi isabetlidir....” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 03.02.2009, 2009/4-13 E. 2009/12 K.**

- 5 Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 9, Ankara 2006, s. 703; Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 16, Ankara, 2008, s. 1401; Özbek, Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 1, Ankara 2006, s. 704; Hakeri, Hakan/Ünver, Yener, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 3, Ankara 2010, s. 756
- 6 Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 2, Ankara 2010, s. 534-5; Artuç, Mustafa, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, B. 3, Ankara 2010, s. 333; Şahin, itiraz mercii'nin hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartları dışında açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmüne bağlı olarak suçun sübutuna ve vasfına ilişkin inceleme yapılabileceğini ancak mahkumiyet hükmünün ve vasıflandırmanın isabetli olup olmadığı konularına ilişkin olmayan hiçbir hususu inceleyemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Şahin, Cumhuriyet, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCLtedergisi/nurcentel/cumhursahin.pdf>, s.289-290, Erişim Tarihi:11.06.2014
- 7 Çıgılı, Halil, (Ceza Yargılamasında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması), s.111-112

Öğretide bir kısım görüş⁸ ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esasına dair konularda temyiz kanun yoluna başvurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu anlamda, mahkumiyet kararı dışında bir karar verilmesi gerektiğine, suçun sübutunun, unsurlarının oluşmadığına, noksan kovuşturma ile karar verildiğine ve suçun vasfı nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamı dışında bir ceza verilmesi gerektiğine ilişkin hususların itiraz kanun yoluna değil temyiz kanun yoluna konu edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁹

-
- ⁸ Aras, Bahaattin, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Haziran 2008, s.83-4; Özsoy, Nevzat, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Uygulama Açısından Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2008, s. 84 vd.; Meran, Necati, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S. 23, Temmuz 2008, s. 70 vd.; Uğur, Hüsamettin, Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.73, Kasım-Aralık 2007, s. 363
- ⁹ Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 15.02.2012 tarih, 2012/2233 E., 2012/5732 K. sayılı kararında muhalif kalan sayın üyenin görüşleri de bu doğrultudadır; "...Yerel mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya okunduktan sonra Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldü; 5271 sayılı CMK.nun 19/12/2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı kanun ile değişik 231/12.maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz yasa yoluna başvurulması mümkün olup, kararın temyizi olanaklı bulunmadığından, itiraz dilekçesi konusunda gereği mahallinde itiraz merciince değerlendirilmek üzere dosyanın istem gibi incelenmeksizin iadesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 15/02/2012 günü oyçokluğuyla karar verildi. KARŞI OY; Sanık hakkında Antalya/Şarampol şubesinde müşteri yardımcısı unvanı ile görev yaparken, mağdur Güler'in hesabından müteaddit defalar, mudinin imzasını atarak para çekmesi nedeni ile 5411 sayılı bankalar kanuna muhalefet suçundan dolayı kamu davası açılmıştır. Antalya 2.Ağır Ceza Mahkemesi sanığın eyleminin dolandırıcılık suçunun unsurlarını oluşturduğunu kabul ederek ve sanığın, TCK.158/1-f-son, TCK.43, TCK.168/1, TCK.62/1 maddeleri gereğince 1 yıl 15 gün hapis ve adli para cezası ile cezalandırılmasına dair ilk kararını verdikten sonra CMK. 231/5 maddesi uyarınca itirazı kabul olmak üzere hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermiştir. Katılan Akbank vekili, suç vasfının zimmet olduğunu, dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşmadığını ve vasıftan incelenmesi için itiraz yasa yoluna başvurmıştır. İtirazı inceleyen 3.Ağır Ceza Mahkemesi suçun nitelendirilmesinde hata yapıldığına dair yakınmaların temyiz incelemesine tabi olduğunu belirterek dosyanın ilgili Yargıtay Ceza Dairesine gönderilmesine karar vermesi üzerine dosya Yargıtay'a temyiz incelemesi için gönderilmiştir. İncelemeyi yapan Yargıtay 7.CD. si ise 5271 sayılı CMK. nun 5560 s.Kanunla değişik 231/12 maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı temyiz yasa yoluna başvurulamayacağını, itiraz yasa yoluna başvurulmasının mümkün olduğunu belirterek tevdi kararı vermiştir. Aşağıda açıklayacağım nedenlerle Dairenin tevdi kararına katılmıyorum. 1-Sanık hakkında verilen mahkumiyet kararı ve bu kararın açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı sübut ve vasıf gibi kapsam dışına çıkaracak nedenlerle yapılan başvurular temyiz başvurusudur. Bu başvuruların Yargıtay tarafından incelenmesi gerekir. Bu düşüncemizi daha da açık ortaya koyabilmek için hükmün açıklanmasının geri bırakılması

müessesini düzenleyen CMK'nın 231. maddesinin 5.ve 6. fıkraya hükümlerine yakından bakmakta yarar bulunmaktadır. Anılan maddenin konuyla ilgili 5. ve 6. fıkraya metinleri şöyledir: CMK 5. fıkraya hükmü “ (Ek fıkraya: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmasını ifade eder.” Bu hükümden de anlaşıldığı gibi “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” müessesinde iki bölümlü ya da iki ayrı karar söz konusudur. Birincisi, sanık hakkında yaptığı yargılama sonucu sübuta varan mahkemenin kurduğu “mahkumiyet” kararıdır. İkinci karar ise bu mahkumiyet kararının “açıklanmasının geri bırakılması” kararıdır. Fıkra hükmüne göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, kurulan mahkumiyet hükmü sanık hakkında bir sonuç doğurmayacaktır. Bunun anlamı şudur: Ortada hukukî varlık kazanmış bir mahkumiyet kararı vardır. Ancak bu karar, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği için denetim süresince bir suç işlemeyen ise sanık hakkında uygulanmayacaktır. Yani sanığa mahkumiyet kararındaki yaptırımlar uygulanmayacaktır. (6) (Ek fıkraya: 06.12.2006 – 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, c) Suçun işlenmesiyle mağdur veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekir.” Bu hükümlerle de hükmün açıklanmasının geri bırakılması için objektif ve sübjektif şartlar getirilmiştir. Objektif şartları şöyle sıralamak mümkündür: a) Mahkemece hükmedilen ceza, miktar itibarıyla kapsam içerisinde olmaktadır. Yani adli para cezası veya iki yıl dahil daha aşağı hürriyeti bağlayıcı bir ceza olmalıdır. b) Sanık daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamalıdır. c) Mağdur ya da kamunun varsa uğradığı zarar giderilmelidir. Sübjektif şartlar ise şudur: Sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkemece kanaat gelmelidir. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda sübuta varıldığı takdirde, mahkumiyet hükmü kurulduktan sonra hükmün açıklanmasının geri bırakılması için bu objektif ve sübjektif şartların varlığı aranacaktır. Bu şartların varlığının tespiti halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir. İkinci karar olan “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” kararına karşı CMK. nun 231. maddenin 12. fıkrası hükmü uyarınca itiraz yasa yoluna başvurulduğunda bir kuşku bulunmamaktadır. Buna karşın mahkemece kurulan mahkumiyet hükmüne ilişkin ilk karara karşı bu maddede de yasa yolu gösterilmemiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına vaki itiraz üzerine itiraz merciiinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığını incelerken mahkumiyet kararının esasını da inceleyip incelemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Ancak bu husus Yargıtay’ın istikrar bulmuş uygulamaları ile çözüme kavuşturulmuştur. Yargıtay’a göre itiraz merciiinin incelemesini hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin verilen ikinci kararın objektif ve sübjektif şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği konusu ile sınırlı olarak inceleme yapacaktır. Bu uygulama tarafımızdan da benimsenmektedir. Mahkumiyete ilişkin ilk karara karşı sübut ve vasıf nedenleriyle yapılacak başvurunun ise temyiz olarak kabul edilip incelenmesi gerektiği yukarıda ifade edilmiş idi. Bu noktada CMK 231. maddesinin 5. fıkrası hükmü ile ilgili olarak yukarıda yaptığımız değerlendirmeye atıfta bulunuyoruz. Sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmü aleni duruşmada taraflara teahhüt edilmektedir. Yani mahkemece sanık tarafından suçun işlendiğinin sabit olduğu ilan edilmektedir. Bu hüküm CMK. nun 223 maddesinin (1) fıkrası kapsamına giren bir mahkumiyet hükmüdür. CMK'nın 223 maddesinin 1. fıkrasında “duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. Beraat, ceza verilmesine

Yargıtay, 22.01.2013¹⁰ tarihine kadar istikrarla verdiği kararları ile bu gibi

yer olmadığına, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı, hükümdür” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden de anlaşıldığı gibi CMK. 231 maddesine göre açıklanması geri bırakılan ilk mahkumiyet hükmünün (ya da hükmün ilk bölümü) CMK. nun 223. maddesinde sayılan hükümlerden mahkumiyet hükmü olduğu açıktır. Ancak, bu mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla sanık hakkında hükmün sonuçları askıya alınmıştır. Her hangi bir olayda mahkeme; a) Yaptırımını iki yıl hürriyeti bağlayıcı cezadan fazla bir ceza gerektiren nitelikteki bir suçta daha hafif nitelikte bir suç kabul ederek iki yıldan daha az bir cezaya hükmedip, bu hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verebilir veya b) Mahkeme bakmakta olduğu dava konusu eylemin kabahat oluşturduğu halde suç olduğunu kabul ederek mahkumiyet hükmü kurarak, bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir ya da c) Mahkeme, dava zamanaşımı dolmuş bir olayda bu hususu görmeden mahkumiyet hükmü kurarak bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilir, (a) şıkkının gerçekleşmesi halinde olayın mağduru bakımından büyük bir adaletsiz durum ortaya çıkmış olacaktır. (b) ve (c) şıklarının gerçekleşmesi halinde de sanık bakımından ağır ve haksız sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Eylemi, kabahat olduğu halde ya da davanın zamanaşımı dolduğu halde haksız yere suçlu ilan edilecektir. Yaşamının belli bir süresini denetim altında geçirecektir. Bu nedenlere dayanarak mahkumiyete ilişkin karara karşı temyiz yasa yoluna başvurulamayacağı kabul etmek hakkaniyet ve adaletle bağdaşmayacaktır. Böyle bir durumda, hakkında kurulan mahkumiyet hükmünün geri bırakılmasını isteyen sanık, bu isteğinin mahkeme tarafından kabul edilmesi halinde aklanmak için temyiz yasa yoluna başvurma hakkından vazgeçmek zorunda kalacaktır. Bir başka anlatımla sanık hakkında ancak temyiz yasa yoluna başvurmadan feragat ederse hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verilebilecektir. Bu kabul ve uygulama hak arama özgürlüğünü ve adil yargılama hakkını ihlal edecektir. Bu nedenlerle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına konu olan mahkumiyet hükmüne karşı temyiz yasa yolu açık olmalıdır. 2- CMK nun 231.maddesinde yapılan bu düzenleme 5327 sayılı TCK.nun 51. maddesinde düzenlenen “erteleme” müessesine rağmen ikinci bir “erteleme” düzenlemesidir. TCK 51. maddesinde düzenlenen yeni erteleme müessesesinde denetim süresinde suç işlemeyen sanığın cezası infaz edilmiş sayılmaktadır. Buna karşılık mülga 765 sayılı TCK. nun 95. maddesine göre cezası tecil edilen hükümlünün belirlenen süre içinde başka bir suç işlememesi halinde mahkumiyeti esasen vaki olmamış sayılıyor idi. Bunun sonucu olarak da adli sicil kaydına geçmiyor idi. Kanun koyucu bu eski düzenlemeye dönmek istemiş ve 5271 sayılı CMK nun değişik 231. maddesinde yaptığı değişiklikle “hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesini” getirmiştir. Bu düzenleme mülga 765 sayılı TCK.nun 95. maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenlemedir. Zira CMK. nun 231. maddesi 5. fıkrasının son cümlesine göre denetim süresini iyi halli geçiren hükümlü hakkında, mülga 765 sayılı TCK nun 95.maddesi hükmünde olduğu gibi kurulan mahkumiyet hükmü sanık hakkında hiçbir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Adli sicil kaydına geçmeyecektir. Mülga 765 sayılı TCKnun 95.maddesine konu olan mahkumiyet hükmü kesinlik sınırının üstünde ise temyize tabi hüküm idi. O halde bu hükmün karşılığı olarak getirilen “hükmün açıklanmasının geri bırakılması “(ertelenmesi)” kararına konu olan mahkumiyet hükmü de temyize tabi olmalıdır. Yukarıda açıkladığım gerekçelerle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu olan mahkemece kurulmuş mahkumiyet hükmüne karşı temyiz yasa yolu açık olduğundan ve katılan vekilinin vafsa yönelen temyiz itirazlarının incelenerek esastan bir karar verilmesi görüşünde olduğumdan sayın çoğunluğun tevdi kararına katılmıyorum. 15.02.2012 Dr. Birsan KARAKAŞ **Yargıtay 7. Ceza Dairesi, 15.02.2012 tarih, 2012/2233 E., 2012/5732 K.**

¹⁰ Bu tarihte, aşağıda ayrıntılı anlatılacağı üzere, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2012/10-534 E. 2013/15 K. sayılı kararı ile itiraz merciinin esasa dair inceleme yapabileceğini kabul etmiştir.

hukuka aykırılıkların ancak CMK m. 231/10 gereği davanın düşmesi kararı verildiğinde veya ertelenen hükmün açıklanması halinde ya da CMK m.231/11 gereği yeni bir hüküm kurulması halinde temyiz kanun yolu ile incelenebileceğini kabul etmiştir.¹¹ Uygulamada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yapılan itirazların neredeyse tamamı sanığın atılı suç işlemediğine, diğer bir deyişle beraat etmesi gerektiğine yönelik olması nedeniyle esasa dair konuların temyiz kanun yoluna, şekli şartlara ilişkin konuların ise itiraz kanun yoluna tabi olması gerektiği görüşü, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının itiraz kanun yoluna tabi olduğunu öngören Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231/12 hükmünü işlevsiz ve uygulanamaz hale getireceği gibi bu hükme aynı zamanda aykırılık da teşkil etmiş olacaktır.¹²

¹¹ "...Suç niteliğine yönelik başvurunun temyiz olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüşün kaynağını 4616 sayılı Yasa ile ilgili yargısal kararlar oluşturduğundan, bu kararların konuya ilişkin çözüm tarzının gerekçelerini incelemekte yarar bulunmaktadır. 4616 sayılı Yasada, bu yasa uyarınca verilen kararlara karşı başvurulacak yasa yolunun belirlenmemesi ve verilen kararın hüküm niteliğinde bulunmaması karşısında, verilen kararın durma kararı niteliğinde olduğu ve 17.12.1930 gün ve 23/31 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, durma kararlarına karşı başvurulacak yasa yolunun da itiraz olduğu yargısal kararlarda kabul edilmiş, ancak başvurunun, suç 4616 sayılı Yasa kapsamı dışına çıkaracak hususlara ilişkin olması halinde ise yasal bir düzenleme bulunmaması nedeniyle istem temyiz olarak değerlendirilmiştir. Görüldüğü gibi 4616 sayılı Yasadaki temyiz ve itiraz ayırımının dayanağı bu konuda yasal bir düzenleme bulunmaması ve bu düzenlemenin hukuki niteliğindedir. Oysa 5271 sayılı Yasanın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, durma kararı niteliğinde değildir. Ceza Genel Kurulunun 19.02.2008 gün ve 346-25 sayılı kararında da vurgulandığı üzere bu karar "koşullu bir düşme kararı" niteliğinde olup, anılan maddede yasa yolu da açıkça itiraz olarak öngörülmüştür. Koşulların gerçekleşmesi halinde 5271 sayılı Yasanın 223. maddesinde belirtilen düşme kararı verileceğinden ancak bu aşamada hükümlere ilişkin yasa yolu olan, temyiz yasa yoluna başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Öte yandan, yargılama sistemimizde temyiz yasa yolu, yalnızca hükümler bakımından kabul edilmiştir. Hükümler ise 5271 sayılı CYY'nın 223. maddesinde sınırlı olarak sayılmış olup, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları bunlar arasında yer almadıklarından hüküm niteliğinde de değildir.

Ceza yargılamasında yasa yolu, tarafların istemlerine göre değil, yasanın sistematiği ve normları dikkate alınarak belirlenmelidir. Yasada, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvurulabilecek yasa yolu hiçbir istisnaya yer vermeksizin açıkça itiraz olarak belirtilmiş olmakla, Yasanın öngörmediği bir istisnayı yargı kararları ile yaratmak, suçun niteliği veya sübuta yönelik başvuruların, yasa yolunu temyiz olarak değiştireceğini kabul etmek olanaksızdır." **YCGK, 03.02.2009, 2009/4-13 E. 2009/12 K.**

¹² Aşağıda tekrar değinileceği üzere, bu konuda ancak yasal bir değişiklikle sorun çözülebilecektir.

22.01.2013 tarihine kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esasına ilişkin konularda, itiraz merciinin inceleme yetkisini kabul etmeyen aynı zamanda bu hususların temyiz kanun yoluna konu yapılamayacağını da belirten Yargıtay, yanlışlığı uygulama sonucu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamına alınmış olan kararların temyiz kanun yoluna tabi olduğunu kabul etmiştir.¹³ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 5. fıkrasına göre, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesinin en önemli şartı, yargılandığı suçtan dolayı hakkında 2 yıl veya daha az süreli hapis cezasına mahkum edilmesidir. Bu hükme göre, ister kasıtlı

¹³ “..Dosya kapsamından, sanığın eylemiyle ilgili olarak 5237 sayılı Yasanın 150/2. maddesinin uygulanması suretiyle 2 yıl 1 ay olarak hesap edilen cezanın, gerçekte uygulanma yeri bulunmadığı kabul edilen 150/2. maddesinin uygulanmaması halinde 4 yıl 2 ay olacağı açıkça anlaşılmaktadır. Şu halde, suç tarihinin 19.04.2005 olduğu da nazara alındığında; uygulama yeri olmayan 5237 sayılı Yasanın 150/2. maddesinin yerel mahkemece uygulanmış olması sebebiyle ceza 2 yıl 1 ay hapse kadar düşmüş ve Çocuk Koruma Yasası'nın 23. maddesinde düzenlenmiş bulunan hükmün açıklanmasının ertelenmesi müessesesinin uygulanabilirlik sınırları içerisine girmiş ise de; sanığın sabit kabul edilen eyleminin asıl cezası 2 yıl 1 ay olmayıp, 4 yıl 2 ay olduğundan; hükmolunması gereken ceza miktarı itibarıyla 5395 sayılı Yasanın 23. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına olanak bulunmamaktadır. Aksi halde sanığın önceki yanlışlığı uygulama nedeniyle ortaya çıkan hafif sonuç cezadan, ikinci kez mahkumiyetin sonuçlarını da kapsayacak şekilde yararlandırılmasını sağlayacak, sanığa daha önce bir kez tanınmış olan atıfet genişletilmek suretiyle hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına, adalet ve eşitlik ilkelerinin zedelenmesine yol açmış olacaktır. Benzer konuda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 17.11.1998 gün ve 282-348 sayılı kararı ile 23.03.2004 gün ve 41-70 sayılı kararında da aynı sonuca ulaşılmıştır...” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 04.03.2008, 2008/6-47 E. 2008/43 K.**; “... Sanığın, katılanı silahla yaşamsal tehlike geçirecek şekilde yaralaması eylemi için 5237 sayılı TCK'nın 86/1, 86/3-e, 87/1-d maddeleri uyarınca bulunan 3 yıl hapis cezasının 5237 sayılı Yasa'nın 87/1-son maddesi hükmü gereğince 5 yıl hapis cezasının altında kalması nedeniyle buraya yükseltilmesi gerektiği halde, hatalı uygulama yapılarak yazılı şekilde eksik cezaya hükmolunmuş ise de, aleyhe temyiz olmaması nedeniyle bu husus bozma nedeni yapılmamıştır.

Ancak doğru uygulama yapılsaydı 5237 sayılı Yasa'nın 87/1-son maddesi ile bulunan 5 yıl hapis cezası üzerinden mahkemece kabul olunup takdir edilen 29. madde hükmü gereğince 1/2 oranında indirim yapıldığında 2 yıl 6 ay hapis ve bu miktar üzerinden 62. maddeye göre 1/6 oranında indirim yapıldığında ise 2 yıl 1 ay hapis cezası bulunacaktı. Şu halde 1 yıl 3 ay hapis cezası 5237 sayılı Yasa'nın 87/1-son maddesi gözetilmeden uygulama yapılmış olması nedeniyle 08.02.2008 tarih ve 5728 sayılı Yasa ile değişik 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinde düzenlenmiş bulunan “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” müessesesinin uygulanabilirlik sınırları içerisine girmiş bulunmaktadır. Doğru uygulama yapılması halinde 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin uygulanma ihtimali bulunmamaktadır...” Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2009/8868 E. 2012/2131K., Aynı yönde, **Yargıtay 13. Ceza Dairesi, 06.10.2011, 2011/8126 E. 2011/2131 K.**

olsun ister taksirle olsun sanığın yargılandığı suçtan dolayı 2 yıldan fazla hapis cezasına çaptırılması halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyecektir. Buradaki 2 yıllık süre soyut cezayı değil, yargılama sonucu verilen somut cezayı ifade etmektedir. Mahkemece, yanılıgılı uygulama sonucu sonuç ceza 2 yıl ve altına düşürülerek hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamına alınmışsa, verilen karar her ne kadar itiraz kanun yoluna tabi olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması olsa da söz konusu kararın aslında 2 yılın üstünde hapis cezasına ilişkin olması gerektiğinden dolayı itiraz değil temyiz kanun yoluna tabii olacaktır. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 22.01.2013 tarihli kararından sonra artık itiraz mercii, esasa ilişkin de inceleme yapabileceğinden hüküm mahkemesince yanılıgılı uygulama sonucu sonuç cezanın 2 yılın altına indirildiğini tespit ederse, verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldıracak ve açıklanmak üzere mahkemesine gönderecektir. Bu şekilde, hüküm mahkemesince, itiraz mercii'nin kararı doğrultusunda yeniden kurulacak olan hüküm 2 yılın üstünde hapis cezası olacağından artık itiraza değil temyize tabi olacaktır.¹⁴

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.01.2013 tarihinde verdiği kararı¹⁵ ile çok

¹⁴ Çığlı, Halil, 10 Soruda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Dergisi, S.46, Mayıs 2013, s.177-178

¹⁵ "...Uyuşturucu madde ticareti suçundan sanık B. T. hakkında yapılan yargılama sonucunda eylemin uyuşturucu madde kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilerek 5237 sayılı TCK'nun 191/1. maddesi gereğince 1 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, aynı maddenin 2-5. fıkraları gereğince tedavisine ve tedaviden sonra denetimlik tedbirinin uygulanmasına ilişkin, ... Ağır Ceza Mahkemesince verilen 26.07.2006 gün ve 234-253 sayılı hükmün sanık müdafii tarafından temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesince 29.03.2010 gün ve 2693-7071 sayı ile; "*Dosya kapsamına göre; olay günü, saat 22.50 sıralarında, sanığın görevlileri görünce avucunun içinde bir şeyler saklamaya çalıştığı, avucunun içine bakıldığında toplam 22 adet amfetamin etken maddesi içeren hap olduğunun belirlendiği, motosikletinde yapılan aramada da 5,9 gr esrar içeren 8,43 gr kaba esrar ele geçirildiği anlaşılmakta olup; oluşa ve ele geçirilen hapların sayısına ve ayrıca esrar ele geçirilmesine göre, sanığın eyleminin satmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurma suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı biçimde hüküm kurulması "isabetsizliğinden ceza miktarı bakımından kazanılmış hak saklı kalmak kaydıyla bozulmasına karar verilmiştir. Yerel mahkeme ise 11.11.2010 gün ve 170-286 sayı ile; "*Olay öncesinde sanığın başkalarına uyuşturucu sattığı ya da verdiği, bu anlamda satışa arz ettiği, uyuşturucu sevk ettiği, naklettiği, depoladığı ya da bu amaçla satın aldığı, kabul edip bulundurduğu yönünde güvenlik görevlilerince alınmış herhangi bir duyum mevcut değildir. Sanık çalışır durumdaki motosikletin üzerinde şüphe üzerine durdurulup yapılan kontrolde suç konusu uyuşturuculara rastlanmıştır. Yakalanıp el konulan madde miktarları dikkate alındığında**

kişisel kullanım ihtiyaçlarının üzerinde bir miktar değildir. İmzacı tanıkların sanığın uyuşturucu sattığı ya da başkalarına verdiği yönünde olay öncesinde sanık hakkında aldıkları herhangi bir ihbar da mevcut değildir. İmzacı tanık H. T. beyanında, sanığı yakaladıkları mekan hakkında uyuşturucu satıldığı yolunda ihbarlar aldıklarını bildirmekte, bir başka imzacı tanık olan E. A. ise halk arasında sanığın da uyuşturucu satanlar arasında adının geçtiğini bildirmekte ise de; güvenlik görevlilerince sanığın yakalandığı yerde uyuşturucu satıldığı yolunda olay öncesinde ihbar gelmesi ya da halk arasında uyuşturucu satanlar arasında sanığın da adının geçmesi sanığın olay günü uyuşturucu sattığı ya da başkalarına verdiği, bu amaçla bulundurduğu hususunun kabulü için yeterli değildir” gerekçesiyle oyçokluğuyla direnerek, sanık hakkında “TCK’nun 191/2-3-4. maddesi gereğince tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına” karar vermiştir. Bu hükmün de o yer Cumhuriyet savcısı tarafından “eylemin uyuşturucu madde ticareti suçunu oluşturduğu” gerekçesiyle temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay C. Başsavcılığının “bozma” istekli 21.03.2012 gün ve 121346 sayılı tebliğnamesi ile Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilen dosya, Ceza Genel Kurulunca değerlendirilmiş ve açıklanan gerekçelerle karara bağlanmıştır.

Özel Daire ile yerel mahkeme arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; sanığın sübuta eren eyleminin kullanmak amacıyla uyuşturucu madde bulundurmak suçunu mu, yoksa uyuşturucu madde ticareti suçunu mu oluşturduğunun belirlenmesine ilişkin ise de, yerel mahkemece sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nun 191/2. maddesi uyarınca tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına karar verildiği ve bu kararın Cumhuriyet savcısı tarafından eylemin uyuşturucu madde ticareti suçunu oluşturacağı görüşüyle aleyhe temyiz edildiği göz önüne alındığında, öncelikle hükmün temyizen incelenmesinin mümkün olup olmadığı değerlendirilmelidir.

1-) Yerel mahkemece sanık hakkında 5237 sayılı TCK’nun 191/2. maddesi uyarınca tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına dair verilen kararın Cumhuriyet savcısı tarafından “eylemin uyuşturucu madde ticareti suçunu oluşturacağı” görüşüyle aleyhe temyiz edilmesi halinde bu kararın tâbi olduğu kanun yolunun itiraz mı, yoksa temyiz mi olduğunun değerlendirilmesinde; Uyuşmazlık konusunda sağlıklı bir hukuki çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle 5237 sayılı TCK’nun 191. maddesinin geçirdiği aşamaların gözden geçirilmesi gerekmektedir.1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nun “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak” başlıklı 191. maddesinin ilk hali; “(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kendisi tarafından kullanılmak üzere uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğurran bitkileri yetiştiren kişi, bu fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükümlenir. (3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulamaya süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir; kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir. (4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz. (5) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı hükümlenen ceza, ancak te-

davi ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmaması hâlinde infaz edilir. Kişi etkin pişmanlıktan yararlanmışsa, davaya devam olunarak hakkında cezaya hükümlenir” şeklinde düzenlenmişken, 08.07.2005 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun 24. maddesi ile 191. maddenin birinci fıkrasının “Kendisi tarafından kullanılacak üzere uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran bitkileri yetiştiren kişi, bu fıkra hükmüne göre cezalandırılır” şeklindeki ikinci cümlesi madde metninden çıkartılmış ve maddenin ikinci fıkrası ise; “(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine hükümlenir” biçiminde değiştirilmiştir. 19.12.2006 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş bulunan 5560 sayılı Kanunun 7. maddesiyle TCK’nun 191. maddesi; “(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir. (3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirinin karar verilen kişi, belirlenen kuruma uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama sürecince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir; kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir. (4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz. (5) Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir. (6) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükümlenen cezanın infazı ertelenir. Ancak, bunun için kişi hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir. (7) Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir” şekline dönüştürülmüş, Son olarak 14.04.2011 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6217 sayılı Kanunun 20. maddesi ile de bu maddenin ikinci fıkrasına “Bu karar, durma kararının hukuki sonuçlarını doğurur” cümlesi eklenmiştir. 5560 sayılı Kanunun 7. maddesiyle değişik TCK’nun 191. maddesinin gerekçesinde; “...Bunun ifade ettiği anlam şudur: Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak suçundan dolayı hakkında kamu davası açılmış olan sanıkla ilgili olarak cezaya hükmetmeden tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbirine ya da sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi halinde, açılmış olan kamu davası derdest olmaya devam etmektedir” denilmek suretiyle, sanıkla ilgili olarak cezaya hükmedilmeden önce tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbirine ya da sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi halinde, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulup da, şartın gerçekleşmesini beklemek üzere verilen ve

5271 sayılı CMK'nun 223/8. maddesinde itiraza tabi olduğu belirtilen durma kararında olduğu gibi, davanın esasının çözümlenmediği ve açılmış olan kamu davasının derdest olmaya devam ettiği belirtilmiştir. 1412 sayılı CMUK'nun 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte olan 305. maddesi gereğince, ceza mahkemelerince verilen hükümler; *“iki milyar liraya kadar (iki milyar dâhil) para cezasına dair olan hükümler, yukarı sınırı on milyar lirayı geçmeyen para cezasını gerektiren suçlardan dolayı verilen beraat hükümleri ile bu Kanun ile sair kanunlarda kesin olduğu yazılı bulunan hükümler”* ayrık olmak üzere temyiz kanun yoluna tabidir. Bahsolunan düzenlemeyle ceza muhakemesi sisteminizde temyiz kanun yolu yalnızca hükümler için kabul edilmiş, hükümler de 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinde *“beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbiri, davanın reddi veya düşmesi, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı”* olarak gösterilmiştir. Temyiz kanun yolu, mahkemelerin davanın esasını çözen ve kanun koyucu tarafından hüküm olarak nitelendirilen son kararlarındaki aykırılıkların giderilmesi için kabul edilmiş olağan bir kanun yoludur. 5271 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce alınan 17.12.1930 gün ve 23-31 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında; *“Duruşmanın tatiline ilişkin CMUK'nun 253. maddesine ilişkin kararlar nihai karar niteliğinde olmadığından, temyiz yeteneği yoktur”* denilmek suretiyle, mahkemelerin ancak davanın esasını çözen ve hüküm olarak sayılan kararlarına karşı temyiz yasa yoluna başvuru-labileceği hususu açıklığı kavuşturulmuştur. 5271 sayılı CMK'nun 267 ila 271. maddelerinde düzenlenen itiraz ise, kural olarak hakimlik kararlarına, kanunda belirtilmiş olmak şartı ile de mahkeme kararlarına karşı başvuru olan olağan bir yasa yoludur. İtiraza tabi olan bir karara karşı, suç vasfına yönelik olarak ve hatta kararı temyiz edilebilecek bir mahiyete dönüştürecek gerekçe ile kanun yoluna başvurulmuş olsa bile, bu başvuru kararın itiraza tabi olması sonucunu değiştirmeyecektir.

Bu açıklamalar ışığında bu uyumsuzluk konusu değerlendirildiğinde; 5237 sayılı TCK'nun 191. maddesinin 2. fıkrasına 6217 sayılı Kanununun 20. maddesi ile eklenen *“bu karar, durma kararının hukuki sonuçlarını doğurur”* düzenlemesinin yürürlüğe girdiği 14.04.2011 tarihinden sonra mahkemelerde, 5237 sayılı TCK'nun 191/2. maddesi uyarınca cezaya hükmedilmeden önce verilen tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbiri, ya da sadece denetimli serbestlik tedbiri kararlarının, suç vasfına yönelik olarak aleyhe temyiz edilmiş olsa bile itiraz kanun yoluna tabi olduğunda şüphe bulunmamakta olup, bu tarihten önce verilen kararların hangi kanun yoluna tabi olduğu belirlenmelidir. 5560 sayılı Kanununun 7. maddesi ile değişik TCK'nun 191. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, cezaya hükmetmeden önce verilen tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbiri ya da sadece denetimli serbestlik tedbiri kararlarının, CMK'nun 223. maddesinde hüküm olarak sayılan ve temyiz kanun yoluna tabi olduğu kabul edilen kararlar arasında sayılmaması, temyiz kanun yolunun mahkemelerin davanın esasını çözen kararlarına karşı başvuru olan bir kanun yolu olarak kabul edilmiş olması ve TCK'nun 191. maddesi gerekçesinde kullanmak amacıyla oluşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmamak suçlarından dolayı açılan kamu davalarında sanık ya da sanıklarla ilgili olarak cezaya hükmetmeden tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbirine ya da sadece denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi halinde davanın derdest olmaya devam ettiğinin belirtilmiş olması karşısında; itiraz kanun yoluna tabi olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim, TCK'nun 191/2. maddesi uyarınca cezaya hükmetmeden önce verilen tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbiri ya da sadece denetimli serbestlik tedbiri kararlarının tabi olduğu kanun yolu konusunda oluşan tereddütlerin giderilmesi amacıyla anılan maddenin ikinci fıkrasına, 14.04.2011 gün ve 27905 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6217 sayılı Kanununun 20. maddesi ile; *“Bu karar, durma kararının hukuki sonuçlarını doğurur”* cümlesi eklenmek suretiyle,

CMK'nun 223/8. maddesinde itiraza tâbi olduğu belirtilen durma kararında olduğu gibi, TCK'nun 191/2. maddesi uyarınca verilen kararların da itiraz kanun yoluna tabi olduğu açıkça belirtilerek, sözü edilen kararların tabi olduğu kanun yoluna ilişkin uygulamada yaşanan tereddütler giderilmiştir. Bu husus 6217 sayılı Kanununun 20. maddesinin gerekçesinde de; "Maddeyle Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinin ikinci fıkrasında değişiklik yapılarak uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümlenmesi amaçlanmaktadır" denilmek suretiyle vurgulanmıştır.

Diğer taraftan, güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararlarının da 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinde hüküm olarak sayıldığı ve temyizi mümkün kararlardan olduğu, 5237 sayılı TCK'nun, 5560 sayılı Kanununun 7. maddesi ile değişik 191. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca hükmolunan tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbiri ya da sadece denetimli serbestlik tedbiri kararlarının da güvenlik tedbiri niteliğinde bulunduğu, bu nedenle temyiz kanun yoluna tabi olduğu ileri sürebilir ise de; Ceza Genel Kurulunun 22.11.2005 gün ve 140-143 sayılı kararında açıkça belirtildiği üzere, CMK'nun 223. maddesi uyarınca hüküm niteliğinde sayılan ve temyizi mümkün bulunan güvenlik tedbiri kararları davanın esasının çözümü sonucunda gerek bir mahkûmiyete ek olarak, gerekse bağımsız olarak verilen kararlardır. Güvenlik tedbirleri TCK'nun 53 ila 60. maddeleri arasında sayılmış olup, 191/2. madde uyarınca hükmolunacak tedavi ile birlikte denetimli serbestlik tedbiri ya da sadece denetimli serbestlik tedbiri yasada açıkça sayılan güvenlik tedbirleri arasında yer almadığından temyiz kanun yoluna tabi değildir. Bu nedenle, yerel mahkemenin sanık hakkında TCK'nun 5560 sayılı Kanununun 7. maddesi ile değişik 191/2. maddesi uyarınca hükmettiği tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinden ibaret kararı itiraz kanun yoluna tabi olduğundan temyizden incelenmesi mümkün değildir. İtiraza tabi olan kararlar hüküm niteliğinde bulunmadığından ve açıkça bu kararlara yönelik başvurulabilecek kanun yolu itiraz olarak belirtildiğinden, şujelerin başvuruları ve bu başvuruların niteliği göz önüne alınarak, kanun yolunun değişeceği de kabul edilemeyecektir. Bu itibarla, yerel Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine yerel mahkeme kararının kanun yolu incelemesinin, 5271 sayılı CMK'nun 268. maddeleri uyarınca itiraz merciiince yapılması gerektiğinden itiraz mahiyetindeki istem konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın itiraz merciiine gönderilmesi için mahalline iadesi amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine karar verilmelidir. Bu uyuşmazlık konusunda çoğunluk görüşüne katılmayan dört Genel Kurul Üyesi; "O yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik olarak yapmış olduğu başvuru üzerine kararın temyizden incelenmesi gerektiği" düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır.

2-)Yerel mahkeme kararının itiraza tabi olduğunun kabulünden sonra Ceza Genel Kurulu Başkanı ile bazı Genel Kurul Üyeleri tarafından itiraz merciiinin yapacağı incelemenin kapsamı üzerinde de durulması gerektiğinin belirtilmesi üzerine bu konunun değerlendirilmesine geçilmiştir. Olağan kanun yollarından olan itiraz, 5271 sayılı CMK'nun 267 ila 271. maddeleri, arasında düzenlenmiş olup "İtiraz olunabilecek kararlar" başlıklı 267. maddesinde; "Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir" şeklindeki düzenlemeye göre, kural olarak sadece hakim kararlarına karşı gidilebilecek olan itiraz yoluna, kanunlarda açıkça gösterilmiş olunması kaydıyla mahkeme kararlarına karşı da başvurulması mümkündür. Ceza Muhakemesi Kanununda; görevsizlik (madde 5/2), yetkisizlik (madde 18/3), red isteminin reddi (madde 28), eski hale getirme isteminin geri çevrilmesi (madde 42/2), tanıklara ilişkin disiplin hapsi (madde 60/4), gözlem altına alma (madde 74/4), beden muayenesi (madde 75/6), tutuklama (madde 101/5), tutukluluk halinin devamı (madde 104/2) adli kontrol (madde 111/2), iddianamenin iadesi (madde 174/5), durma (madde 223/8) ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması (madde 231/12)kararları itiraz yoluna başvurulabileceği açıkça sayılan mahke-

me kararlarındandır. Bunun dışında özel ceza kanunlarında da mahkeme kararlarına itirazın mümkün kılındığı haller mevcuttur; 2004 sayılı İİK'nın 353. ve Kabahatler Kanununun 29/2. maddeleri gibi. CMK'nun "İtiraz usulü ve inceleme mercileri" başlıklı 268. maddesinde; "(1) Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır.(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir. (3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir: a) Sulh ceza hâkiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir. b) Sulh ceza işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir. c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir. d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, mensup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir. e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairesinin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler" şeklindeki düzenleme ile itirazın süresi, şekli ve inceleme mercileri gösterilmiştir. 1412 sayılı CMUK'nda yer alan adı itiraz ve acele itiraz ayrımına son veren 5271 sayılı CMK'nda tüm itirazlar için ilgilinin kararı öğrenmesinden itibaren yedi günlük itiraz süresi öngörülmüştür. Kanun yollarına başvurunun kimler tarafından ve ne şekilde yapılacağını düzenleyen CMK'nun 260. maddesine göre; Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar tarafından, bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak ya da 263. maddesi uyarınca tutuklular için tutuklu bulunduğu ceza infaz kurumu ve tutukevi müdürüne beyanda bulunmak suretiyle yapılacak itiraz isteminin, kararına itiraz edilen hakim ya da mahkemeye sunulması gerekir. İtiraz istemini alan hakim ya da mahkemenin itirazı haklı görürse kararını düzeltmesi ya da itirazı haklı görmezse hemen ve nihayet 3 gün içinde CMK'nun 268/3 maddesinde ayrıntısıyla düzenlenmiş olan incelemeye yetkili mercie göndermesi gerekmektedir. Aynı kanunun "İtirazın Cumhuriyet savcısına ve karşı tarafa tebliği ile inceleme ve araştırma yapılması" başlıklı 270. maddesinde; "İtirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı, Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilir. Mercie, inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılmasını da emredebilir", 271. maddesinde; "(1) Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafî veya vekil dinlenir. (2) İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir. (3) Karar mümkün olan en kısa sürede verilir. (4) Mercie, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir" biçimi-

mindeki düzenlemelerle de itirazın incelenmesi usulü gösterilmiştir. İtiraz incelemesi kural olarak duruşmasız ve dosya üzerinden yapılacak, merci gerekli görürse Cumhuriyet savcısı, müdafii veya vekili de dinleyebilecektir ancak CMK'nun 271. maddesindeki düzenleme göz önüne alındığında bu dinleme duruşma şeklinde yapılmayacaktır, zira duruşma yapılabilmesi kanunda açık hüküm bulunmasına bağlıdır. Bunun yanında merci, yazı ile cevap verebilmesi için itiraz istemini Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilecek, kendisi de inceleme ve araştırma yapabileceği gibi gerekli gördüğünde bunların yapılması konusunda emir de verebilecektir.

Öğretide de itiraz mercii'nin inceleme usulü ve kapsamına ilişkin çok çeşitli görüşler ile sürülmüştür. Bu kapsamda: “*Yargılama makamı, temyizden farklı olarak, gerekiyorsa, hukuki sorun yanında maddi sorunu da ele alabileceğinden, lüzumlu gördüğü soruşturma işlemlerinin yapılmasını emredebilir veya bu soruşturmayı bizzat yapabilir. Bu soruşturma dolayısı ile mesela keşif yapılır veya tanık dinlenir. İtiraz konusunu incelerken mercii sadece dosya ile bağlı değildir. Kendisi de konu ile ilgili araştırma yapabilecektir.*” (Nurullah Kunter- FeridunYenisey- Ayşe Nuhoglu, 16. bası, Beta, İstanbul, s. 1401) “*İtiraz incelemesi kararın hem maddi ve hem de hukuki yönden ele alınmasını ve bunun hukuka uygunluğunun denetlenmesini gerektirir...itiraz yasa yolunda bir karara temel teşkil eden deliller ve maddi olgular ile bunu doğuran hukuki durum birlikte değerlendirilir.*” (Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. bası, s. 481; E. Yurtcan, CMK Şerhi, 5. bası, Beta, İstanbul, 2008, s. 923) “*İtiraz incelemesi yapılırken, incelenen kararın hem maddi hem de hukuki yönünün ele alınması ve her yönden hukuka uygunluğunun denetlenmesi gerekir... İtirazı inceleyecek mercii naip hakim veya istinabe yolunu da kullanabileceği gibi kolluk ve savcıya da emir verebilecektir*” (Bahri Öztürk-Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, 11. bası, Ankara, 2007 s. 840), “*İtiraz olağan bir kanun yoludur ve kararın hem maddi hem de hukuki açıdan tek tek incelenmesini gerektirir*” (Veli Özer Özbek, Yeni CMK'nın Anlamı, s. 1065), Şeklinde görüşler dile getirilmiştir. Görüldüğü gibi, öğretilerde ittifakla kabul edildiği üzere itiraz merciiince, esasa müessir incelemede yapılabileceğinden, suç niteliğinin değiştiğine yönelik başvurular da itiraz merci tarafından değerlendirilebilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yapılan itirazlar ve bunların incelenmesi usulüne ilişkin olarak Ceza Genel Kurulunca 03.02.2009 gün ve 13-12 sayılı ile; “*itiraz merciiince, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karar; 231. maddenin 6. fıkrasında yer alan suça ve sanığa ilişkin objektif uygulama koşullarının var olup olmadığı ile sınırlı olarak yapılması gerektiği*” kabul edilmiş ve bu uygulama Özel Dairelerce istikrarlı olarak sürdürüle gelmiştir. Ancak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itirazlarda, kararın sadece suça ve sanığa ilişkin objektif şartların gerçekleşip gerçekleşmediğiyle sınırlı olarak incelenmesi uygulamasının ihtilaf konusu hususlara köklü çözüm sağlamadığından bahisle öğretilerde yoğun olarak eleştirildiği görülmektedir: “İtiraz mercii, sadece CMK'nın 231. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususuyla sınırlı bir inceleme yapmayacaktır. İtiraz mercii, bu inceleme kapsamında sübuta ilişkin değerlendirme de yapabilecektir. Örneğin sanığa yüklenen suçun oluşmaması sebebiyle hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğinden bahisle itirazın kabulü yönünde karar, yani hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması kararı, verilebilir. Keza, itiraz mercii, vasıf değişikliği nedeniyle de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebilecektir. Örneğin kasten yaralama olarak nitelendirilen fiilden dolayı sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde; itiraz mercii, sanığa yüklenen fiilin kasten yaralama suçunu değil de kasten öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirmek suretiyle

de itirazın kabulü yönünde karar verebilir. Yine, örneğin görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sanık hakkında kurulan mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde; itiraz mercii, sanığa yüklenen fiilin görevi kötüye kullanma suçunu değil de, zimmet veya icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturduğu gerekçesiyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebilecektir” (İzzet Özgenç, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 3. Yılında Ceza Adalet Sistemi- Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, İstanbul Kültür Üniversitesi, Seçkin, 2008, s.54-55; Cumhur Şahin- Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin, C.2, s.159-161, 203)

İtiraz incelemesi sonucunda nasıl bir karar verileceği ve bu bağlamda CMK'nun 271/2. maddesinde yer alan;”İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” şeklindeki düzenlemenin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Kanunun 271/2. maddesindeki düzenlemeye göre, merci, itirazı yerinde görürse itirazın kabulüyle birlikte *“itiraz konusu”* hakkında da karar verecektir. Başka bir anlatımla merci, itirazı kabul ettiğinde, verilmesi ya da kaldırılması gereken bir karar varsa bunu kararı veren mahkemeye bırakmadan kendisi vermeli ya da kaldırmalıdır, örneğin görevsizlik kararına yönelik bir itirazı inceleyen merci, itirazı yerinde görürse aynı zamanda görevsizlik kararını da kendisi kaldırmalıdır. Dolayısıyla, kanunda yer alan *“İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir”* hükmü, itirazı kabul eden mercii sadece *“itiraz konusu”* hakkında karar vermesi şeklinde anlaşılmalıdır. Buna karşın bu hüküm itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında da yargılamayı sonuçlandıracak (örneğin görevsizlik kararını kaldırın merciiin dosyanın esası hakkında karar vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı kaldırın merciiin hükmü açıklaması gibi) bir karar vermesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.10.2009 gün ve 182-209 sayılı kararında; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazı inceleyen merciiin, itirazı yerinde görmesi halinde dosyayı hükmün açıklanması için yargılamayı yapan asıl mahkemesine göndermesi gerektiği kabul edilmiştir.

Bu açıklamalar göz önüne alındığında itiraz kanun yolu incelemesinin kapsamına ilişkin olarak somut olay değerlendirildiğinde; İtiraz mercii, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu üzerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı sanık müdafiiine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafiiini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalı ve bunun sonucunda da TCK'nun 191/2. maddesi gereğince verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararının isabetli olup olmadığına karar vermelidir. CMK'nun 271/4. maddesindeki; *“Merciiin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir”* hükmü uyarınca, merci tarafından itiraz başvurusu üzerine *“itiraz konusu”* hakkında verilen kararlar kesin olup, artık mahkemece yeni bir değerlendirme yapılmadan aynı kararın verilmesi söz konusu olmayacaktır. İtiraz merciiince, itiraz olunan kararın kaldırılmasına müteakip, yetkili ve görevli kılınan mahkemenin yargılama sonunda vereceği hüküm, yeni hüküm sayılacağından, bu hükme karşı itiraz veya temyiz yolu açık olacaktır. Bu itibarla, gerek yargılamaya devam edecek olan yerel mahkeme, gerekse verilecek kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay, itiraz merciiinin belirlediği suç vasfıyla bağlı olmayacaktır. Bu nedenle, sonuç olarak yerel mahkeme kararına karşı o yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan başvurunun itiraz kanun yoluyla ve 5271 sayılı CMK'nun 267-271. maddeleri uyarınca hem maddi olay hem de hukuki yönden itiraz merciiince incelenmesi gerektiğinden itiraz mahiyetindeki istem konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın itiraz merciiine gönderilmesi için mahalline

açık olmasa da artık itiraz mercii'nin esasa dair inceleme yapabileceğini kabul etmiştir.¹⁶ Bu karara göre itiraz mercii, incelemesini hem maddi hem de hukuki yönden yapabilecektir. Bu husus kararda “İtiraz mercii, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu üzerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, kanaatimizce itiraz mercii artık mahkumiyet kararı dışında bir karar verilip verilmeyeceğine, suçun sübuta erip ermediğine, unsurlarının oluşup oluşmadığına, noksan kovuşturma ile karar verilip verilmediğine, suç nitelendirmesinin doğru olup olmadığına dair inceleme yapabilecektir. Öğreti¹⁷ ve uygulamada¹⁸, her ne kadar söz konusu kararın hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından da geçerli olduğu genel kabul görmüş ise de, kanaatimizce kararda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından itiraz mercii'nin esasa dair inceleme yapabileceği açıkça belirtilmemiştir. Karara konu uyuşmazlık, Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesi uyarınca verilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin karara yapılan itiraza ilişkindir. Açıklamalar da bu kapsamda yapılmıştır. Kararda, itiraza dair genel açıklamalar yapılırken sadece Yargıtay Ceza Genel Kurulunun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında itiraz mercii'nin inceleme kapsamı ile ilgili daha önce verdiği karara yapılan öğretilerdeki eleştirilere yer verilmiştir. Bunun dışında, belirtilen kararın hükmün açıklanmasının geri bırakılması açısından da geçerli olduğuna

iadesi amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine karar verilmelidir.

Bu konuda çoğunluk görüşüne katılmayan sekiz Genel Kurul Üyesi; “*itiraz mercii'nin incelemesini maddi olay ve hukuki yönden yapamayacağı, sadece şekli olarak yapması gerektiği*” düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır. SONUÇ: Açıklanan nedenlerle; Dosyanın, itiraz mahiyetindeki istem konusunda bir karar verilmek üzere 5271 sayılı CMK'nun 268. maddesi uyarınca itiraz mercii'ne gönderilmesi için mahalline iadesi amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, kararın tâbi olduğu kanun yolunun belirlenmesine ilişkin uyuşmazlık konusunda 15.01.2013 günü yapılan müzakerede, itiraz mercii'nin incelemesinin kapsamına ilişkin olarak ise 15.01.2013 günü yapılan ilk müzakerede yasal çoğunluk sağlanamadığından, 22.01.2013 günü yapılan ikinci müzakerede oyçokluğuyla karar verildi...” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.01.2013, 2012/10-534 E. 2013/15 K.**

¹⁶ Kararın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına itiraz bakımından yoruma açık olduğunu göstermek adına tam metninin paylaşılması uygun görülmüştür.

¹⁷ Şahin, Cumhuriyet, s.293

¹⁸ Bu hususta bkz., **Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Malatya Toplantısı**, Ceza Hukuku 8. Grup, <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/adli-yargi/guz/malatya/raporlar/2013-malatya-8-grup.pdf>, Erişim tarihi:01.04.2014

dair herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, verdiği bu karar ile daha önce verdiği ve uygulamayı verildiği tarihten bu yana şekillendiren 03.02.2009 tarih, 2009/4-13 Esas, 2009/12 Karar sayılı kararını da geçersiz kılacak olan böylesi önemli bir konuda, itiraz merciinin esasa dair inceleme yapabileceğini açıkça belirtmesi gerekirdi.¹⁹

Her ne kadar Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yukarıda belirtilen 22.01.2013 tarihli kararı, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ilişkin itiraz merciinin esasa dair inceleme yapabileceği noktasında çok açık olmasa da Yargıtay Ceza Daireleri verdikleri kararlar ile bu kararın hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına itiraz için de geçerli olduğunu kabul etmiştir.²⁰ Yargıtay Ceza Daireleri aynı zamanda, hükmün açıklanmasının

¹⁹ Çığlı, Halil, (10 Soruda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması) s.162-163

²⁰ "...Tefecilik suçundan sanık, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 241/1, 62/1, 52 ve 53. maddeleri uyarınca 1 yıl 8 ay hapis ve 80,00 Türk lirası adli para cezası ile cezalandırılmasına, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231/5. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair Alanya 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 28/05/2013 tarihli ve sayılı kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin mercii Alanya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 08/07/2013 tarihli ve 2013/652 Değişik İş sayılı kararının; Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş bulunulması karşısında, kurulan hükmün henüz hukuki bir sonuç doğurmadığı, sanık tarafından denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmesi hâlinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231/11. maddesi uyarınca mahkemece geri bırakılan hükmün açıklanmasına karar verileceği ve söz konusu hükmün açıklanmasından sonra kanun yollarına tabi olduğu kabul edilmeğe ise de, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun baş denetçi ve denetçilerin niteliklerini düzenleyen 10. maddesinin (f) bendinde 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına ya da affa uğramış olsa veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci kısmının bir ve ikinci bölümündeki suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlardan veya zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklamaya veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak." şeklindeki düzenleme ile son zamanlarda yapılan kanun değişiklikleri ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına hukukî sonuç bağlandığı gibi, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilerek 5 yıl boyunca denetim süresine tabi tutularak özgürlüğünün kısıtlanması, yaptırımlara tabi tutulması da insan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesinin (AİHS) 6. maddesinde adil yargılanma hakkı başlığında düzenlenen; "1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini

istemek hakkını haizdir. Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta amme intizamının veya millî güvenliğin veya ahlâkın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zaruri görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen basın mensupları ve halk hakkında tahdit edilebilir.

2. Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3. Her sanık ezcümle;

a) Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,

b) Müdafaasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,

c) Kendi kendini müdafa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafii tayin için mali imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek,

d) İddia şahitlerini sorguya çekmek, veya çektirmek, müdafa şahitlerinin de iddia şahitle-riyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek, e) Duruş-mada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak, şeklindeki düzenlemeye aykırı olduğu,

Sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz üzerine merci tarafından 5271 sayılı Kanunun 231/5-14. fıkralarındaki koşullar kapsamında denetlenerek, somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığı, ceza miktarı, daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet, zararın giderilip giderilmediği, suçun inkılap yasasında belirtilen suçlardan bulunup bulunmadığı ve denetim süresinin doğru tayin edilip edilmediği gibi hususlara ilişkin hukuka aykırılıklar nedeni ile denetim yapılabilmesinin, açıklanması geri bırakılan hükmün içeriğine ilişkin olan hukuka aykırılıkların denetlenememesinin anılan sözleşmeye ek 7 numaralı protokol'ün 2. maddesinde "Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı" başlığı altında düzenlenen "Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir." şeklindeki düzenlemeye aykırı olacağı,

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesi uyarınca Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarda kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır. düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde AİHS iç hukukumuzun uyulması zorunlu bir parçası olduğu ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının esas bakımından incelenmesi gerekeceği, aynı zamanda Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 22/01/2013 tarih ve 2013/15 sayılı kararının da itiraz mercii'nin hem maddi olay hem de hukuki yönden inceleme yapabileceğine değinmesi karşısında merciiince estatan inceleme yaparak itiraz konusunda karar vermesi gerekirken yazılı şekilde itirazın reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü ifadeli 13/01/2014 gün ve 94660652-105-07-10132-2013/1116/3015 sayılı kanun yararına bozmaya atfen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye ihbar ve dava evrakı ile birlikte tevdi kılınmakla gereği düşünüldü,

Kanun yararına bozma mündeceratında atıfta bulunulan YCGK'nın 22/01/2013 gün ve 2013/15 sayılı kararında itiraz mercii inceleme sırasında sadece CMK'nın 231. maddesindeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususuyla sınırlı bir inceleme yapmayarak, incelenen kararın hem maddi, hem de hukuki yönünü ele alarak hukuka uygunluğunu de-

geri bırakılması kararlarının esasına dair itiraz merciince inceleme yapılamamasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 numaralı Protokol'ün 2. maddesinde "Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı" başlığı altında düzenlenen "Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir." şeklindeki düzenlemeye aykırı olacağını belirtmektedir.²¹ Ancak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine

netleyeceğinin belirtildiği, bunun suçun sübutu, vasıf değişikliği gibi konuları da içerdiği, bu açıklamalara göre; somut olayda tefecilik suçundan açılan kamu davasında sanığın 1 yıl 8 ay hapis ve 80,00TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, 5271 sayılı CMK'nın 231/5 maddesi uyarınca hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair verilen karara sanık müdafii tarafından suça konu çekin sanığa ciro yoluyla intikal ettiği, çek lehtarının beraat edip sanığın mahkumiyetine karar verilmesinin doğru olmadığı, savunmanın dikkate alınmadığı belirtilerek itiraz edildiği nazara alınıp iddia ve savunma değerlendirilerek gerekçeleriyle itiraz konusunda denetime elverişli bir karara varılması gerekirken maddi olay ve hukuki yönden irdelemeye yer vermeyen yetersiz gerekçe ile itirazın reddine karar verilmesi isabetsiz, bu itibarla kanun yararına bozma talebine dayanan ihbarname münderecatı yerinde görüldüğünden Alanya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 08/07/2013 gün ve 2013/652 Değişik İş sayılı Kararının 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, dosyanın müteakip işlemlerin yapılması için anılan mahkemeye gönderilmek üzere Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 27/02/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..." **Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 2014/1878 E., 2014/2141 K.,**

²¹ "...2) Kahramanmaraş 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 11/09/2012 tarihli ve 2012/529 değişik iş sayılı kararına yönelik yapılan incelemede, 22/07/2010 tarihli ve 6008 sayılı Terörle Mücadele ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına dair Kanun'un 7. maddesi ile değişik, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, "Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez" şeklindeki 231/6-c maddesinin son cümlesindeki hüküm karşısında, bu konuda beyanı alınmayan sanık ile ilgili hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği, baş denetçi ve denetçilerin niteliklerini düzenleyen 10. maddesinin (f) bendinde 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı hapis cezasına ya da affa uğramış olsa veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiş olsa bile Türk Ceza Kanununun ikinci kitabının birinci kısmının bir ve ikinci bölümündeki suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, millî savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçları ile yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlardan veya zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkum olmamak." şeklindeki düzenleme ile son zamanlarda yapılan kanun değişiklikleri ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına hukukî sonuç bağlandığı gibi, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilerek 5 yıl boyunca denetim süresine tabi tutularak özgürlüğünün kısıtlanması, yaptırımlara tabi tutulması da İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi'nin (AİHS) ö.

Ek 7 Numaralı Protokolü Türkiye tarafından 14.03.1985 tarihinde imzalandığı

maddesinde adil yargılanma hakkı başlığında düzenlenen,

“1. Her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan, kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir.

Hüküm aleni olarak verilir, şu kadar ki demokratik bir toplulukta amme intizamının veya millî güvenliğin veya ahlâkın yararına veya küçüğün menfaati veya davaya taraf olanların korunması veya adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı hususi hallerde, mahkemece zararı görülecek ölçüde, aleniyet davanın devamınca tamamen veya kısmen Basın mensupları ve halk hakkında tahdid edilebilir.

2. Bir suç ile itham edilen her şahıs suçluluğu kanunen sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Her sanık ezcümle:

a) Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı bir dille ve etraflı surette haberdar edilmek,

b) Müdafasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak,

c) Kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafii veya eğer bir müdafii tayin için mali imkânlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek,

d) İddia şahitlerini sorguya çekmek, veya çektirmek, müdafaa şahitlerinin de iddia şahitle-riyle aynı şartlar altında davet edilmesini ve dinlenmesini sağlanmasını istemek,

e) Duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından meccanen faydalanmak,” şeklindeki düzenlemeye aykırı olduğu,

B) Sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz üzerine merci tarafından 5271 sayılı Kanun’un 231/5-14. fıkralarındaki koşullar kapsamında denetlenerek, somut olayda hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığı, ceza miktarı, daha önceden kasıtlı bir suçtan mahkûmiyet, zararın giderilip giderilmediği, suçun inkılap yasasında belirtilen suçlardan bulunup bulunmadığı ve denetim süresinin doğru tayin edilip edilmediği gibi hususlara ilişkin hukuka aykırılıklar nedeniyle denetim yapılabilmesinin, açıklanması geri bırakılan hükmün içeriğine ilişkin olan hukuka aykırılıkların denetlenememesinin anılan sözleşmeye ek 7 numaralı protokol’ün 2. maddesinde “Cezai konularda iki dereceli yargılanma hakkı” başlığı altında düzenlenen “Bir mahkeme tarafından cezai bir suçtan mahkum edilen her kişi, mahkumiyet ya da ceza hükmünü daha yüksek bir mahkemeye yeniden inceletme hakkını haiz olacaktır. Bu hakkın kullanılması, kullanılabilme gerekçeleri de dahil olmak üzere, yasayla düzenlenir.” şeklindeki düzenlemeye aykırı olacağı gözetilmeksizin itirazın kabulü yerine yazı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı CMK’nun 309. maddesi gereğince anılan kararın bozulması lüzumunun ihbar olunduğu anlaşıldı.

Gereği görüşülüp düşünüldü:

Adalet Bakanlığının kanun yararına bozma yazısına dayanan tebliğnamede ileri sürülen düşünceler yerinde görüldüğünden Kahramanmaraş 5. Asliye Ceza Mahkemesinin 19.06.2012 gün ve 2011/422 Esas, 2012/247 sayılı kararı ile Kahramanmaraş 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 11.09.2012 gün ve 2012/529 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK’nin 309/4. maddesinin (a) bendi gereğince kanun yararına BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahallinde mahkemesince yerine getirilmesine, dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 13.03.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi...” **Yargıtay 3. Ceza Dairesi, 2013/7150 E., 2013/11495 K.**

halde henüz onaylanmadığı için iç hukuk kuralı halini almamıştır. Bu nedenle, Ceza Dairelerince hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında itiraz merciince esasa dair inceleme yapılamaması hususunun, iç hukuk kuralı halini almayan bu Protokole aykırılık olduğunu belirtmesi yerinde değildir. Buna karşın, itiraz merciince esasa dair inceleme yapılamaması, protokolün uluslar arası bir norm olması özelliği nedeniyle protokole aykırılığı bakımından eleştiri konusu yapılabilir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yukarıda belirtilen 03.02.2009 tarih ve 2008/11-250 E. 2009/13 K. sayılı kararı gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz merciinin esasa girmeden sadece şekli şartların oluşup oluşmadığını inceleyebilecek olması nedeniyle masum olduğunu düşünen sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla esasa ilişkin savunmalarını ileri sürerek kararı temyiz etmesini sağlamak amacıyla 25.07.2010 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 6. fıkrasının sonuna "Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez." hükmü eklenmiştir.²² Kanun koyucu tarafından 6008 sayılı Kanun'la getirilen söz konusu değişiklikle birlikte geç de olsa öğretilde sıkça dile getirilen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının itiraz kanun yoluna tabi olması ve itiraz merciinin şeklen inceleme yapabilmesi nedeniyle beraat edeceğini düşünen sanığın karara itiraz etmesi halinde esasa ilişkin savunmalarını ileri sürememesi dolayısıyla savunma hakkının kısıtlanması ve sanığın esasa ilişkin savunmalarını ancak 5 yılın sonunda ileri sürebilecek olması dolayısıyla da savunma

²² Söz konusu değişikliğin gerekçesi 24.06.2010 tarihli Adalet Komisyonu Raporunda şu şekilde ifade edilmiştir; "Uygulamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle yargı yoluna müracaat halinde beraat edeceğini düşünen sanığın bu hakkı elinden alınmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabi olup; uygulamada itiraz merci kararları şeklen incelenmektedir. Her iki durumda da sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildir. Bu sebeple sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hükmü ihdas eden madde eklenmiştir. Alt Komisyonca Tasarıya eklenen 7 nci madde Komisyonumuzca da kabul edilmiştir."

hakkı ile birlikte adil yargılanma hakkının elinden alınmış olması şeklindeki eleştirileri dikkate alınmıştır. Başka bir deyişle, yapılan bu değişiklikle, hakkında mahkumiyet kararı verilen sanığa, itiraz kanun yoluna tabii olan ve itiraz halinde esasa dair savunmaların kabul edilmediği hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini kabul etmeyerek açıklanan mahkumiyet kararını esasa dair savunmalarını ileri sürerek temyiz etme imkanı ve suçsuzluğunu ispat hakkının gecikmeden verilmesi amaçlanmıştır.²³ Bu düzenlemeden önce, hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanığın esasa ilişkin savunmalarını 5 yıllık denetim süresinin sonunda verilecek olan düşme kararını temyiz etmekle ileri sürebileceği, bu nedenle “temyiz hakkını” ancak 5 yıl sonra gecikmeli olarak kullanabileceği ileri sürülebilirse de, bu düzenleme ile birlikte sanığa hakkındaki mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmeme hakkı verilerek artık temyiz hakkını gecikmeksizin kullanma imkanı tanınmıştır.²⁴

Her ne kadar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yukarıda belirtilen 22.01.2013 tarihli kararı ile itiraz merciiine esasa dair inceleme yapabilme yetkisi verilmesi nedeniyle Yargıtay'ın yerine geçeceği eleştirisi yapılsa da, itiraz mercii'nin bazı konularda sadece şekli açıdan inceleme yapabilmesinin adaletin gecikmesine yol açtığı ve bir takım mağduriyetler doğurduğunun da göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Örnek vermek gerekirse, kasten öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilebilecek bir bıçakla yaralama eylemini hüküm mahkemesinin yanlış bir şekilde kasten yaralama olarak nitelendirilmesi ve bu şekilde eylemi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamına alması halinde, itiraz mercii bu yanlış görmesine rağmen şekli inceleme zorunluluğunun kabul edilmesi nedeniyle verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bu nedenle kaldıramayacaktır. Ayrıca, aslında suç olarak düzenlenmeyen bir eylemin suç olduğundan bahisle verilecek mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılması halinde, mahkumiyet konusu eylemin suç oluşturmadığını gören itiraz mercii'nin bu hususa girememesi de sanık açısından adaletin gecikmesine neden olacaktır. Görüleceği üzere, bu gibi hukuka aykırılıkların itiraz

²³ Çığlı, Halil, (Ceza Yargılamasında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması), s.36-37

²⁴ Şahin, Cumhuriyet, s.291

merciince ele alınamaması halinde, adalete ve hakkaniyete aykırı davranılmış olacaktır. Her ne kadar, 5 yıllık denetim süresi sonunda verilecek olan düşme kararı temyiz edilerek söz konusu hukuka aykırılıklar ileri sürülebilecek ise de, bu durum gerek mağdur gerekse sanık açısından adaletin geç tesisine neden olacaktır. Biz, bu gibi adaletsizliklerin önüne geçmek adına özellikle suç vasfının tayini bakımından itiraz merciinin denetim yapabilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Ancak itiraz merciine sınırsız olarak esasa girmek yetkisinin verilmesinin, itiraz merciini temyiz yetkisine sahip Yargıtay'ın yerini almasına yol açacağı nedeniyle de sakıncalı bulmaktayız.

İtiraz merciinin esasa ilişkin denetim yapma yetkisinin bulunduğu kabulü, temyiz kanun yolu bakımından geçerli olan ve temyiz hükümler bakımından halen yürürlükte bulunan 1402 sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 326/3 hükmünde²⁵ kaleme alınan aleyhe bozma yasağının itiraz kanun yolu bakımından geçerli olup olmadığı tartışmasını da beraberinde getirmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 'aleyhe bozma yasağı' kanun yollarına ilişkin genel hükümler arasında 265. maddede²⁶ kaleme alındığından, aleyhe bozma yasağının itiraz kanun yolu bakımından da geçerli olduğu söylenebilir.²⁷ Bu durumda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itirazın Cumhuriyet savcısı, mağdur ve sanıktan hangisi tarafından yapıldığı önem arz etmektedir. İtiraz, Cumhuriyet savcısı ya da mağdur tarafından sanık aleyhine olacak şekilde yapılmamışsa 'aleyhe bozma yasağı' devreye girecek ve esasa dair inceleme yapabilecek olan itiraz merciince sanık aleyhine itirazın kabulüne karar verilemeyecektir. İtiraz kanun yolu aşamasında aleyhe bozma yasağı nedeniyle kazanılmış olan haklar, temyiz kanun yolu aşamasında geçerliliğini yitirecek ve temyiz merci tarafından artık temyiz aşamasında devreye

²⁵ Fıkra 3; "Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 291 inci maddede gösterilen kimseler tarafından temyiz edilmişse yeniden verilen hüküm, evvelki hükümle tayin edilmiş olan cezadan daha ağır olamaz."

²⁶ Madde 265 - (1) Cumhuriyet savcısı tarafından aleyhine kanun yoluna gidilen karar, sanık lehine bozulabilir veya değiştirilebilir. Cumhuriyet savcısı, kanun yoluna sanık lehine başvurduğunda, yeniden verilen hüküm önceki hükümde tayin edilmiş olan cezadan daha ağır bir cezayı içeremez.

²⁷ Aksi görüş için bkz., Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Mardin Toplantısı, Ceza Hukuku 3. Grup, <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/adli-yargi/bahar/mardin/raporlar/ceza3.pdf>, Erişim tarihi:01.04.2014

girecek olan ‘‘aleyhe bozma yasağı’’ dikkate alınacaktır.

III. İtiraz Mercii'nin Ne Şekilde Karar Vereceği

İtiraz mercii'nin itiraz incelemesi sonucunda ne şekilde karar vereceği de tartışma konusu olmuştur. İtirazı inceleyecek olan mercii, incelemeyi kural olarak evrak üzerinden yapacak, gerekli gördüğünde ise duruşma açarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 271/1 hükmü gereğince Cumhuriyet savcısını, sanık müdafii ve katılan vekilini de dinleyebilecektir. İtiraz mercii, mahkemece verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını yerinde buluyorsa yapılan itirazı reddedecektir. İtiraz merciiince verilen bu karar, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 271/4 hükmü gereği kesin olduğundan temyiz olanağı bulunmamaktadır. İtiraz merciiince, itirazın yerinde görülmesi halinde ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 271. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ‘‘İtirazı yerinde gören mercii aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.’’ şeklindeki hüküm gereği sadece itiraz konusunda karar verecektir. Bu hükme göre, itiraz merciiince kanuna aykırı bulunan hususlar sadece belirtilmekle yetinilecek ve değerlendirilmek amacıyla hüküm mahkemesine gönderilecektir. İtiraz mercii'nin bu kararı doğrultusunda, hüküm mahkemesince sanık hakkında yeniden değerlendirme yapılacak ve yeni bir karar verilecektir. Yukarıda belirtilen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 271/2 hükmünü, itiraz mercii'nin itiraz konusu dışında yargılamanın esası hakkında da karar verebileceği diğer bir deyişle yargılamayı sonlandırabileceği şeklinde anlamamak gereklidir. Yargıtay, bu konuda itiraz mercii'nin yargılamayı sonlandıracak şekilde karar veremeyeceğini, sadece itiraz konusu hakkında karar verebileceğini kabul etmiştir.²⁸ Bu

²⁸ ‘‘... Sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı katılan vekilinin itirazı üzerine Antalya 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 23.07.2007 tarih ve 2008/830 D. İş sayılı kararı ile kaldırılmakla; İtiraz merciiince itirazın kabulüne karar verildiği takdirde, dosyanın hüküm mahkemesine gönderilerek, merciiince kanuna aykırı olduğu belirtilen hususların mahkemesince değerlendirilip, duruşma açılarak, taraflar duruşmaya çağırıldıktan sonra, 5271 sayılı CMK'nın 223 ve devamı maddelerindeki düzenlemelere uygun olarak tesis edilen hükmün açıklanması ve açıklanan bu hükümde, daha önce yasal zorunluluk nedeniyle değerlendirilemeyen ve uygulanamayan erteleme ve seçenek yaptırımlara çevrilmesi hususlarında da karar verilmeli, mercii kararı üzerine yeni bir değerlendirme ve yeni şartların ortaya çıkması halinde bu konularda değerlendirildikten sonra temyiz halinde mercii'ne gönderilmesi gerekir iken yazılı şekilde dosyanın Yargıtay'a gönderilmesi isabetsiz olup temyiz denetimine konu bir hüküm bulunmadığından dosyanın incelenmek-

konuda, öğretilerde bir kısım yazar²⁹ tarafından, itiraz merciinin yargılamanın

sizin mahalline iadesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına TEVDİİNE, 12.12.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” **Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 12.12.2011, 2011/9133 E. 2011/7930 K.**, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.01.2013 tarihinde verdiği kararında da bu hususu şu şekilde belirtmiştir; “.. İtiraz incelemesi sonucunda nasıl bir karar verileceği ve bu bağlamda CMK’nun 271/2. maddesinde yer alan; “İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” şeklindeki düzenlemenin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde de durulmalıdır. Kanunun 271/2. maddesindeki düzenlemeye göre, merci, itirazı yerinde görürse itirazın kabulüyle birlikte “*itiraz konusu*” hakkında da karar verecektir. Başka bir anlatımla merci, itirazı kabul ettiğinde, verilmesi ya da kaldırılması gereken bir karar varsa bunu kararı veren mahkemeye bırakmadan kendisi vermeli ya da kaldırmalıdır, örneğin görevsizlik kararına yönelik bir itirazı inceleyen merci, itirazı yerinde görürse aynı zamanda görevsizlik kararını da kendisi kaldırmalıdır. Dolayısıyla, kanunda yer alan “İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir” hükmü, itirazı kabul eden merciin sadece “*itiraz konusu*” hakkında karar vermesi şeklinde anlaşılmalıdır. Buna karşın bu hüküm itiraz konusu dışında dosyanın esası hakkında da yargılamayı sonuçlandıracak (örneğin görevsizlik kararını kaldırarak merciin dosyanın esası hakkında karar vermesi ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararı kaldırarak merciin hükmü açıklaması gibi) bir karar vermesi gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 26.10.2009 gün ve 182-209 sayılı kararında; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itirazı inceleyen merciin, itirazı yerinde görmesi halinde dosyayı hükmün açıklanması için yargılamayı yapan asıl mahkemesine göndermesi gerektiği kabul edilmiştir.

Bu açıklamalar göz önüne alındığında itiraz kanun yolu incelemesinin kapsamına ilişkin olarak somut olay değerlendirildiğinde; İtiraz mercii, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu üzerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı sanık müdafisine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafisini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalı ve bunun sonucunda da TCK’nun 191/2. maddesi gereğince verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararının isabetli olup olmadığına karar vermelidir. CMK’nun 271/4. maddesindeki; “*Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir*” hükmü uyarınca, merci tarafından itiraz başvurusu üzerine “*itiraz konusu*” hakkında verilen kararlar kesin olup, artık mahkemeye yeni bir değerlendirme yapılmadan aynı kararın verilmesi söz konusu olmayacaktır. İtiraz merciince, itiraz olunan kararın kaldırılmasına müteakip, yetkili ve görevli kılınan mahkemenin yargılama sonunda vereceği hüküm, yeni hüküm sayılacağından, bu hükme karşı itiraz veya temyiz yolu açık olacaktır. Bu itibarla, gerek yargılamaya devam edecek olan yerel mahkeme, gerekse verilecek kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay, itiraz merciinin belirlediği suç vasfıyla bağlı olmayacaktır. Bu nedenle, sonuç olarak yerel mahkeme kararına karşı o yer Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan başvurunun itiraz kanun yoluyla ve 5271 sayılı CMK’nun 267-271. maddeleri uyarınca hem maddi olay hem de hukuki yönden itiraz merciince incelenmesi gerektiğinden itiraz mahiyetindeki istem konusunda bir karar verilmek üzere dosyanın itiraz merciine gönderilmesi için mahalline iadesi amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine karar verilmelidir...” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.01.2013, 2012/10-534 E. 2013/15 K.**

²⁹ Meran, Necati, s. 70; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra, s. 534-5;

asası hakkında da karar verebileceği, bu anlamda hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartlarının bulunmadığı kanaatinde ise hükmü açıklayabileceği ifade edilmiştir. Bu görüşün kabulü halinde, sanığı hiç görmeyen itiraz merciince, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması halinde, cezanın ertelenmesi veya seçenek tedbirlere çevrilmesi gibi takdire dayanan kararlar verilmek zorunda kalınacağından, Ceza Muhakemesi Hukukunun genel bir ilkesi olan yüzyüzelik ve doğrudanlık ilkesine aykırı davranılmış olacaktır.³⁰

IV. İtiraz Merciiince Verilecek Kararın Niteliği

İtiraz merciiinin kararlarının kesin olmasının ne anlama geldiğinin de irdelenmesi gerekmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 271/4 hükmü³¹ gereği, itiraz merciince verilen karar kesindir. İtiraz merciiinin itiraz üzerine vermiş olduğu karar üzerine hüküm mahkemesince herhangi bir değerlendirme yapılmadan aynı kararın verilmesi söz konusu olmayacaktır. Her ne kadar, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yukarıda belirtilen 22.01.2013 tarihli kararında³² itiraz merciiinin tayin ettiği suç vasfıyla hüküm mahkemesinin ve Yargıtay'ın bağlı olmayacağı belirtilmiş ise de, hüküm mahkemesi açısından bu kabulün doğru olmadığı kanaatindeyiz. Yukarıda da ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere, sanığın eyleminin kasten yaralama değil de, kasten öldürmeye teşebbüs olduğunun belirtilerek itiraz merciince sanık hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılması halinde, hüküm mahkemesince itiraz merciince verilen kararın kesin olması nedeniyle eylem kasten öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilecek ve yeni hüküm kurulacaktır. Burada, hüküm mahkemesince, itiraz merciiinin nitelendirmesinin doğru olmadığı

³⁰ Aynı yönde, Şahin, Cumhuriyet, s.290

³¹ **Fıkra (4)** Merciiin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.

³² "... CMK'nun 271/4. maddesindeki; "*Merciiin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir*" hükmü uyarınca, merci tarafından itiraz başvurusu üzerine "*itiraz konusu*" hakkında verilen kararlar kesin olup, artık mahkemece yeni bir değerlendirme yapılmadan aynı kararın verilmesi söz konusu olamayacaktır. İtiraz merciince, itiraz olunan kararın kaldırılmasına müteakip, yetkili ve görevli kılınan mahkemenin yargılama sonunda vereceği hüküm, yeni hüküm sayılacağından, bu hükmeye karşı itiraz veya temyiz yolu açık olacaktır. Bu itibarla, gerek yargılamaya devam edecek olan yerel mahkeme, gerekse verilecek kararın temyiz edilmesi halinde Yargıtay, itiraz merciiinin belirlediği suç vasfıyla bağlı olmayacaktır...." **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 22.01.2013, 2012/10-534 E. 2013/15 K.**

düşünülyorsa, söz konusu karara direnme hakkı da bulunmadığından artık itiraz merciinin kararına karşı kanun yararına bozma yoluna gitmek dışında bir yol bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, itiraz merciinin esasa dair inceleme yapabileceğinin kabul edilmesi halinde, itiraz merciince verilecek karar kesin olacağından hüküm mahkemesi bu kararla bağlı olacak ve bu doğrultuda karar verecektir.³³

SONUÇ

Türk Ceza Hukukunda yeni bir kurum olan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanması noktasında birçok sorunla karşılaşmış, uygulama ve öğreti bu sorunlara farklı şekillerde çözüm üretmeye çalışmıştır. Çalışmamızda, bu sorunlardan en önemlilerinden biri olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarında itiraz kanun yolunun ne şekilde işleyeceği öğreti ve yüksek kararları ışında ele alınmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yukarıda belirtilen 22.01.2013 tarihli kararı ile itiraz merciinin sadece şekli açıdan inceleme yapabilmesine bağlı oluşan bir takım adaletsizliklerin önüne geçilmişse ise de, bu yetkinin sınırsızca kullanılması halinde, itiraz mercilerine adeta temyiz denetimi yetkisi verilerek Yargıtay'ın yerine geçmelerine imkan tanınmış olacaktır. Yerel mahkemelerin halen birçoğunun alt mahkemenin kararındaki bir takım hususların Yargıtay tarafından incelenmesi gerektiği düşüncesi ile itiraz kanun yolunda şekli inceleme yaptığı da bir vakıdır.

Yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere, bir takım adaletsizliklerin önüne geçmek adına özellikle suç vasfının tayini bakımından itiraz merciinin denetim yapabilmesinin gerekli olduğunu düşünüyoruz. Ancak itiraz merciine sınırsız olarak esasa girmek yetkisinin verilmesinin, itiraz merciini temyiz yetkisine sahip Yargıtay'ın yerini almasına yol açacağı nedeniyle de sakıncalı bulmaktayız. Bu anlamda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına yapılan itirazın kapsamı ve itiraz merciinin yetkileri bakımından ileri sürülen görüşlerin artı ve eksi yönleri dikkate alınarak farklı uygulamalar ve mağdu-

³³ Şahin, burada, itiraz merciinin kararının kesin olmasını, hüküm mahkemesince daha önce açıklanması geri bırakılan hükmün açıklanmasından ibaret olduğunu, hüküm mahkemesinin bunun dışında yeniden yargılama yapmayacağını, sadece hükmü açıklamak yetineceğini belirtmektedir. Şahin, Cumhuriyet, s.292-293

riyetlerin de önüne geçmek adına bu konuda yasal bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Aras, Bahattin, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Haziran 2008

Artuç, Mustafa, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, B. 3, Ankara 2010

Centel, Nur/Zafer, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 5, İstanbul 2008
Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Malatya Toplantısı, Ceza Hukuku 8. Grup, <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/adli-yargi/guz/malatya/raporlar/2013-malatya-8-grup.pdf>, Erişim tarihi:01.04.2014

Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Mardin Toplantısı, Ceza Hukuku 7. Grup, <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/adli-yargi/bahar/mardin/raporlar.html>, Erişim tarihi:01.04.2014

Hakimler Ve Savcılar Yüksek Kurulu, Hukuki Müzakere Toplantıları, Mardin Toplantısı, Ceza Hukuku 3. Grup, <http://hmt.hsyk.gov.tr/toplantilar/2013/adli-yargi/bahar/mardin/raporlar/ceza3.pdf>, Erişim tarihi:01.04.2014

Çıĝlı, Halil, Ceza Yargılamasında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya Kasım 2010

Çıĝlı, Halil, 10 Soruda Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Dergisi, S.46, Mayıs 2013

Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoĝlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 16, Ankara 2008

Meran, Necati, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S. 23, Temmuz 2008

Özsoy, Nevzat, ‘‘Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması’’ Kurumunun Uygulama Açısından Değerlendirilmesi, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2008

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B.9, Ankara 2006

Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra, Nazari Ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B.2, Ankara 2010

Şahin, Cumhur, Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/nurcentel/cumhursahin.pdf>, Erişim tarihi:11.06.2014

Uğur, Hüsamettin, Suça Sürüklenen Çocuklar Hakkında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Yargıtay Dergisi, C. 34, S. 4, Temmuz 2008

GÜMRÜKLERDE FİKRİ MÜLKİYET HAKKININ KORUNMASI

Customs Enforcement of Intellectual Property Rights

İlhami GÜNEŞ *

ÖZET

Fikri mülkiyet haklarının gümrük noktalarında korunmasına ilişkin mevzuat, AB'nin 608/2013 Sayılı 12.06.2013 tarihli Gümrüklerde Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması Hakkındaki Parlamento ve Konsey Tüzüğü ile uyumlu biçimde düzenlenmiş ve uygulanmaktadır.

Marka sahiplerinin tekeli hakları, MarkKHK'nın 9. maddesinde düzenlenmiş olup, aralarında "başkalarının markayı taşıyan malları gümrük bölgesine sokması, gümrükçe onaylanmış bir işleme tabi tutması"na engel olma hakkı da bulunmaktadır. MarkKHK'nın, markaya tecavüzü düzenleyen 61. maddesinin 9. maddeye yollaması nedeniyle, bu eylem tecavüz olarak kabul edilmektedir. Korsan veya taklit eşya tabirlerinin tanımları, imha süreci ve imha şartları da gerek AB Tüzüğü ve gerekse TRIPS Anlaşması hükümleri ile uyumlu bulunmaktadır. Fikri mülkiyet haklarının, ülkesel karakteri bozulmadan, ihlallerin gümrüklerde önlenmesi, ulusal ve uluslar arası düzeyde korumanın gereğidir.

Öte yandan bu tür malların gümrük noktalarında ayıklanması, pazara sokulmaması önem arz etmektedir ve bu yön Gümrük Kanunu ile Yönetmelikçe düzenlenmiştir. Bu yazıda, başta marka ihlalleri olmak üzere, fikri mülkiyet haklarının sınır aşan karakterleri nedeniyle gümrük kapılarında uygulanması ve korunması konusu ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: gümrükte marka ihlali, marka tecavüzü, gümrüklerde fikri mülkiyet koruması

ABSTRACT

The legislation that pertain to customs enforcement of intellectual property

* İzmir FSHHM Hakimi, ilhamigunes@yahoo.com

rights has been enacted and is being implemented in compliance with the Regulation (EU) No 608/2013 of the European Parliament and of the Council of 12 June 2013 Concerning Customs Enforcement of Intellectual Property Rights.

Exclusive rights of trademark owners are provided in Article 9 of the Legislative Decree on Trademarks, which also include the right to bar “entry of the goods that bear others’ trademark into a customs territory, and subjection to a customs approved procedure”. Such action is, according to the reference in Article 61 on infringement to Article 9, deemed as an infringement. Definitions of pirated or imitated goods, the destruction process and the conditions for destruction are in compliance with provisions of both the EU Regulation and the TRIPS Agreement. Prevention of any intellectual property right infringement at the customs, without having its territorial characteristics spoiled, is needed for protection both at national and international levels.

On the other hand, sorting out of these kinds of goods at customs checkpoints, disallowing their entry into the market is of significance and; this aspect is being regulated by the Regulation as provided in the Customs Law. In this article, enforcement and protection of intellectual property rights at customs – first and foremost in the case of trademark infringements – because of their cross-border characteristics is discussed.

Key Words: trademark infringement at customs, infringement of trademark rights, customs enforcement of intellectual property rights

◆◆◆◆

GİRİŞ

Somut fikri mülkiyet hakkına tecavüz olaylarının çoğunda, tecavüzlü ürünler, başka bir mahkeme yetkisinde olan ülkeden kaynaklanırlar. Bu tür durumlarda davacının, malları kaynağında durdurması beklenir¹. Ancak bu olmadığında, malların ithal konusu olup, gümrükten girişinde durdurulmaları mümkün olabilmektedir².

¹ BENTLY Lionel-SHERMAN Brad; Intellectual Property Law, 2002 Londra, s. 1017.

² 11. HD, 10.01.2013, 2011/664-2013/351 kararına konu; Christian Dior- Hermes Int- Lois

Tescilli marka ile aynı olan işaretin, marka sahibinin rızası olmaksızın, aynı mal ve hizmetlerde kullanılması markaya tecavüz olmakta ve yasaklanmaktadır. Marka ile ürün özdeşliğinin sağlanması ise taklitçilik veya marka korsanlığı olarak nitelenmektedir. İşaret özdeşliği, marka ile aynı veya dikkatli bir incelemede bulunmaksızın, ortalama düzeydeki müşteriler tarafından algılanması beklenmeyen ölçüde ufak değişiklikler içeren işaret olarak kabul edilmektedir³. Buna göre; markaya benzer işaret kullanımı (iltibas) veya işaretin aynen alınması (iktibas) suretiyle tecavüz oluşturabilecek ürünlerin gümrük noktalarından geçişi halinde, marka sahiplerinin belli yasal hakları bulunmaktadır.

Marka açısından, gümrüklerde yapılacak işlemlerin yasal dayanağı Mark-KHK'nın 79. maddesi ve Gümrük Yönetmeliğidir. Gümrük idareleri, bu hüküm çerçevesinde, “*ihtiyati tedbir niteliğinde*”⁴ el koyma yapabilmektedir! Gümrük idaresinin yaptığı durdurma işlemi, yargısal değil idari bir işlem olup, işlemin tamamlanması ve denetimi mahkeme kararları ile gerçekleşir. Bu bakımdan, geçici durdurulan bozulabilecek eşyalar için 3, sair eşyalar için 10 iş günü içinde mahkemeden tedbir kararı getirilmesi veya dava açıldığının gösterilmesi gereklidir.

Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nca, bakanlığın web sitesi içinde bir online başvuru ve kayıt sistemi kurulmuştur. Bakanlığın merkezi veri bankası, fikri ve sınai mülkiyet hakkı sahiplerine, haklarını daha kolay kayıt ettirme ve koruma olanağı vermektedir. Daha önceleri; fikri mülkiyet sahiplerinden, fiziki ortamda gümrük yetkilisine belgelerini sunmaları beklenirken, artık tek bir online başvuru yeterli hale gelmiştir. Bakanlık, gümrük noktalarından geçirilen ve meşruiyeti şüpheli malların değerlendirilmesi için veri tabanını kullanmaktadır. Ancak gümrük noktalarından geçen eşyaların çeşit, cins ve miktarları tahmini zor boyutlara ulaşabildiğinden, hangi eşyalar bu kapsama girmektedir? Gümrük Yönetmeliğinin 100. maddesi uyarınca, fikri ve sınai haklar mevzuat-

Vuitton & XXX Tekstil Ltd. davasında olduğu gibi.

³ INGERL Reinhard- ROHNKE Christian; Markengesetz, 3. Bası, Münih, 2010, s. 227.

⁴ Gerçekte sadece Mahkemeler ihtiyati tedbir niteliğinde kararlar verebileceği halde, dil özensizliği ile Yönetmelikte bu ifade kullanılmıştır. Anılan ibarenin “geçici durdurma” olarak adlandırılması ve anlaşılması daha uygun olacaktır.

tına göre korunması gereken hakların ihlalini oluşturabilecek eşya, “taklit, korsan veya sahte eşya” olarak nitelenmektedir. Fikri ve sınai hakları ihlal ettiği anlaşılan eşyalarla ilgili olarak şu işlemler yapılamaz;

- a) Türkiye Gümrük Bölgesine girişine,
- b) Serbest dolaşıma girişine,
- c) Türkiye Gümrük Bölgesini terk etmesine,
- ç) İhracına,
- d) Yeniden ihracına,
- e) Şartlı muafiyet düzenlemesine tabi tutulmasına,
- f) Serbest bölgeye konulmasına,

İzin verilmez.

Hangi özellikleri olan eşyaların fikri mülkiyet hakkı ihlali oluşturacağı hakkındaki evrensel ilkeleri ise, 14 Haziran 1967’de Stockholm’de imzalanan “Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü” (WIPO) Kuruluş Sözleşmesi’nin 2. maddesinde, fikri mülkiyet aşağıdaki haklarla ilişkili olarak tanımlamıştır:

- Edebi, sanatsal ve bilimsel çalışmalar;
- İcracı sanatçıların eserleri, fonogram ve radyo yayınları;
- İnsan emeğinin tüm alanlarındaki buluşlar;
- Bilimsel buluşlar;
- Endüstriyel tasarımlar;
- Ticari markalar, hizmet markaları, ticari unvan ve isimler;
- Haksız rekabete karşı koruma ve

Sınai, bilimsel, edebi ya da sanatsal alanlarda fikri mülkiyet faaliyetlerinden kaynaklanan diğer haklar

Son raporlar gösteriyor ki, Türkiye’deki taklitçilik ve korsan piyasasının değeri 5.7 ila 9.6 milyar ABD Dolarına denk gelmektedir; Türk hükümeti daha düşük vergi gelirleri ve daha yüksek refah harcamalarıyla 2.4 milyar ABD Do-

larının üzerinde bir kayıp yaşamaktadır. Ayrıca 135.000'den fazla iş, taklitçilik ve korsan yüzünden kaybedilmiştir⁵.

I. GÜMRÜKLERDE FİKRİ MÜLKİYET HAKKI İHLALLERİNİN HUKUKİ YÖNLERİ

A. Türkiye Gümrük Noktalarında Doğan Fikri Mülkiyet Hakkı İhlalleri Konusunda Yargısal Uygulama Örnekleri

Gümrüklerden ticari amaçla geçirilen mallardaki marka ihlali, MarkKHK 9/2- (c) madde ve 61/c madde kapsamındadır. Markanın koruma kapsamını düzenleyen 9. madde, marka sahibinin belirli fillerin önlenmesini talep etme hakkını öngörmüştür. Bu yasaklanabilecek eylemler arasında 2. fıkranın (c) bendine göre, “*işareti taşıyan malların gümrük bölgesine girmesi, gümrükçe onaylanmış bir işleme veya kullanıma tabi tutulması*” da bulunmaktadır. Marka hakkına tecavüz olarak nitelenen ve 61. maddede sıralanan eylemler arasında, gümrüklerde marka ihlali düzenlenmiştir.

Türkiye’de tescilli marka sahibi, markasını haksız olarak taşıyan malların Türkiye’ye ithalini engelleyebilir. Üçüncü kişi tarafından ithal edilen mallar üzerindeki markanın yurt dışında başka bir kişi adına tescil edilmiş olması bu sonucu değiştirmez. Yargıtay 11. HD.’nin 26.10.2000 tarih, 2000/5199-2000/8216 sayılı ilamına konu olayda, Türkiye’de tescilli bir marka sahibinin, yurt dışında başkası adına tescilli olan ve kendi markası ile aynı markayı taşıyan ürünlerin Türkiye’ye ithali konusu değerlendirilmiştir. Bu kararında Yargıtay, davacının Türkiye’de tanınmış marka olarak tescilli markasının, mal ve hizmet sınırlamasına tabi olmaksızın, Türkiye’de tescilli bulunmayan markaya karşı korunması gerektiğine, bu nedenle de bu işareti taşıyan malların ithalini önleme hakkına sahip olduğuna karar vermiştir⁶. Yargıtay kararı şöyledir:

“...556 Sayılı Markaların Korunması Hakkındaki KHK’nın 3 ve 6 maddelerinde ilke olarak markanın ülkeselliği benimsenmiştir. Bu ilkeye göre, bir

⁵ http://icc.tobb.org.tr/spot/docs/Turkey_ValueOfIP_TURKISH_F041613_LR.PDF(erişim 27.04.2014)

⁶ UZUNALLI, Sevilay; Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012, s. 278.

marka tescili, ülke sınırları içinde, kendi sahibine markasının izinsiz kullanılmasına engel olma hakkını tanımıştır. İzinsiz kullanılan markanın yurt dışında başka bir ülkede tescilli olması hali de bu sonucu değiştirmez. Nitekim, anılan KHK'nın 9-2.c maddesinde bu ilkenin vurgulanması amacı ile markalı malın ithalinin dahi marka korumasına tecavüz teşkil edeceği ve bunun aynı Kararname'nin 61/a maddesi hükmünce önlenmesinin mümkün olduğu hükme bağlanmıştır. (Bkz. Ü. Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, 1999, İstanbul, s. 8; Sabih Arkan, *Marka Hukuku*, C. 1, Ankara 1997, s. 124 vd.)

Bu ilkelerin ışığı altında, dava konusu olaya dönülecek olursa, davacının markası Türkiye'de normal tescilin dışında ayrıca, "tanınmış marka" statülü olarak da tescilli bulunmaktadır. Davalının Türkiye'de ithalat yoluyla sokarak pazarladığı ürünlerde marka olarak kullanılan "vitra" ibaresi yurt dışında tescilli olup, Türkiye'de tescili bulunmamaktadır.

Bu durum karşısında, davacının Türkiye'de tanınmış marka olarak tescilli markasının, mal ve hizmet sınırlamasına tabi olmaksızın Türkiye'de tescili bulunmayan markaya karşı korunması gerekir ve korumanın kapsamına bu işareti taşıyan malların ithalini önleme hakkı da dahildir. O halde, yukarıdaki açıklamalar karşısında mahkemece davanın kabulüne dair verilen sonuç isabetli görülmekle, davalının temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir.."

Türkiye Gümrüklerinden transit olarak geçen mallar bakımından da Mark-KHK 9/2.c madde hükmü uygulanacak niteliktedir. Ülke içinde pazara sokulması söz konusu olmaksızın sadece Türkiye yoluyla yurt dışına transit geçiş için Türk gümrüğüne tecavüz oluşturucu malların gelmesi de marka hakkına tecavüz oluşturacaktır⁷. Yargıtay 11. HD.'nin transit geçiş halindeki mallarla ilgili görüşü bu yoldadır. Bu konuda fikir verebilecek içerikte olan Yargıtay kararı şöyledir:

"..DAVA: Taraflar arasında görülen davada İstanbul 2. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi'nce verilen 23.12.2004 tarih ve 2004/252 - 2004/246

⁷ UZUNALLI, s. 280.

sayılı kararın Yargıtay'ca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi G.G. tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili, "... Spor Kulübü" isminin, renklerinin, logosunun (marka-sının) TPE'ce tescil edildiğini, bu kulübün marka lisansının 20/09/1999 tarihinde marka sözleşmesi ile müvekkili şirkete devredilmiş olduğunu, davalı şirketin ithalatım yaptığı eşyaların gümrük kontrolünde müvekkili şirketin tescilli markası olan "... Kulübü" ibaresi ile şekli (logosu) taşıyan ürünlerin ele geçirilmesi üzerine ithal işlemlerinin durdurulduğunu, markanın tüm dünyaca tanınmış ünlü bir marka olduğunun bilinmemesinin mümkün olmadığından, müvekkili dernek ve şirketin markadan doğan haklarına tecavüzün bulunduğunu, davalı şirketin eyleminin TTK'nın haksız rekabet hükümlerine de aykırı olduğunu ileri sürerek, markadan doğan haklarına yönelik tecavüzün ref'i ve men'ini, gümrüklerdeki ürünlerin taklit olduğunun tespiti ile bu ürünler üzerinde müvekkiller bakımından mülkiyet hakkı tesisini, bunun mümkün olmaması durumunda masrafı davalıdan alınarak imhasını talep ve dava etmiş, yargılama sırasında ıslah ile mülkiyet hakkı tesis talebinden vazgeçerek, ürünlerin imhasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, dava konusu malların henüz millileşmemiş, transit ülkesine giden mallar olduğundan haksız fiilin oluştuğundan söz edilemeyeceğini, davanın süresinde açılmamış bulunduğunu, dava konusu malların transit amacı ile getirilmiş, transit faturası kesilmiş ve transit işlemi ile başka ülkeye götürülmekte olduğunu, siparişte taklit mal talebinin bulunmadığını, mallarının kontrolünün de müvekkil şirket tarafından yapılmamış olduğundan sorumluluktan söz edilmesinin mümkün bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve dosyadaki belgelere göre, davanın eşyaların yakalanmasından itibaren 10 gün içinde açılmasını gerektiren hak düşürücü süre bulunmadığından zamanaşımı define itibar edilmediği, davalının

davacıya ait tescilli markanın kullanılması konusunda lisans sahibi olmadığı halde ürün siparişi vererek Türkiye'ye getirttiğine göre markaya tecavüz ettiğini bilmesi gerektiğinden, bu ürünlerin yurt içinde satılmayacak olmasının markaya tecavüz edildiği gerçeğini değiştirmedeğinden, ürünlerin ülke sınırlarına girdiği anda markaya tecavüz fiilinin gerçekleşmiş olacağından, davalının amacının para kazanmak ve kendine fayda sağlamak olduğu gerekçesiyle, davanın kabulü ile davalının davacının markasına vaki tecavüzün ref'ine ve men'ine karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulun-mamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir... ”⁸

MarkKHK 9/2.c maddesi kapsamında, gümrüğe transit geçiş için gelen malların kaynak ülkede yasal biçimde üretilip üretilmedikleri konusu ile ilgili bir ayırım bulunmamaktadır. Nitekim Gümrük Yönetmeliği'nin 100. ve 110. maddesinde öngörülen düzenleme kapsamında transit malların da fikri sınai hakların ihlali nedeniyle işlemlerinin durdurulması mümkündür. Buna karşılık, MarkKHK 79. maddede “.. cezayı gerektiren taklit markalı mallara, ithalat veya ihracat sırasında hak sahibinin talebi üzerine ihtiyati tedbir niteliğinde el konulabileceği..” belirtilmiştir. Bu hükümde ithalat ve ihracattan söz edilmekte, transit geçişten ise söz edilmemektedir. Bu durumda transit malların Türkiye pazarına girmesi konusunda somut kanıtlar bulunması şartı ile marka sahibinin markadan doğan taleplerini ileri sürebileceği kabul edilmelidir Bu haliyle hüküm AB düzenlemelerini dahi aşan biçimde değerlendirilerek Türkiye'nin ticaret yollarındaki transit ülke olma avantajını zedelemektedir⁹.

Markayı veya ayırt edilemeyecek kadar benzerini taşıyan taklit malları bilerek satan, dağıtan, gümrükçe onaylı işlem veya kullanıma tabi tutan veya taklidi bilmesi gerektiği halde bu eylemlerde bulunanların marka tecavüzü iş-

⁸ 11. HD, 08.05.2006 2005/5247 E, 2006/5336 K.

⁹ UZUNALLI, s. 281.

lediği belirtilmiştir. Nitekim aşağıdaki somut olaya ilişkin Yargıtay kararı bu uygulamaya örnek oluşturmaktadır:

“Mahkemece, iddia, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, davacıya ait marka tescil belgeleri, Gümrük İdaresi’nden getirtilen beyanname ve dayanak belgeler doğrultusunda durdurma kararına konu Marlboro Red 100’s soft pack markasını taşıyan ürün örneklerinin sahte olduğunun anlaşılması gerekçesiyle davanın kabulüne, Mersin Gümrük Müdürlüğü’nün 16.10.2006 tarih ve 5-051-63981 sayılı durdurma kararı ile onaylı 15.09.2006 tarih ve TR 007698 sayılı gümrük beyanmesine konu KKFU 149014-8 sayılı konteyner muhteviyatı 9.649 paket Marlboro Red 100’s Soft Back taklit markalı sigaraların imhasına, markaya tecavüzün durdurulmasına ve önlenmesine, haksız rekabetin tespiti ile meni ve refine, imha masraflarının davalılardan eşit miktarda alınmasına, hüküm özetinin karar kesinleştiğinde masraflı davalılardan eşit şekilde alınarak Türkiye genelinde yayın yapan yüksek tirajlı bir gazetede bir kez ilanına karar verilmiştir.

Kararı, davalı Mersin Prestij Gümrük Müşavirliği Ltd.Şti. temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve 556 Sayılı KHK’nin 61/e maddesi hükmüne göre mümeyyiz davalının tüm temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.”¹⁰

Aşağıdaki karar konu somut olayda, davalı markayı taşıyan kumaşları sipariş ettiğini ancak üzerindeki marka deseninden bilgisi bulunmadığını ve kötü niyetli olmadığını savunmuştur. Ancak, marka sahibinin men ve imha talepleri kabul edilmiştir:

“... Davacı vekili, müvekkiline ait “LOUIS VUITTON” markasının tanınmış marka olduğunu, müvekkiline ait markayı taşıyan taklit malların Atatürk Hava Limanı Kargo Gümrük Müdürlüğü’nde ele geçirildiğini, bu mallardan dolayı davalının sorumlu olduğunu, davalının bu eyleminin müvekkilinin mar-

¹⁰ 11. HD. 30.03.2009, 2007/14866 -2009/3803

ka hakkına tecavüz teşkil ettiğini ileri sürerek, tecavüzün tespitini, durdurulmasını, giderilmesini ve men' ini, el konulan ürünlerin imhasını, depolama, sundurma ücretlerinin davalıya tahmilini, verilecek kararın gazetede ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin Paris'teki bir tekstil fuarında gördüğü ürünle ilgili sipariş verdiğini, bu kumaş üzerinde LV harflerinin davacıya ait marka olduğunu bilmediğini, böyle bir sipariş vermediğini, durumu gümrükte öğrendiğini, müvekkilinin dava konusu kumaşları gümrükten çektiğini ancak ticaret sahasına sokmadığını, kötü niyetli olmadıklarını, malın taşıyıcı dışındaki tüm taleplerin dayanaksız olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma, benimsenen bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davalının ürünlerin davacıya ait markayı taşıdığını bildikleri yönündeki savunmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığı, davalının Türkiye'ye ithal etmek istediği kumaşlar üzerinde davacıya ait markaların varlığını bildiği ve bilmesi gerektiği, dolayısıyla 556 sayılı KHK'nın 9 ve 61. maddeleri gereğince davalının eyleminin davacının marka hakkına tecavüz teşkil ettiği gerekçesiyle; dava konusu kumaşların gümrük idaresi tarafından davalıya iade edilmiş oluşu gözetilerek davanın kabulüne, davalının eyleminin, davacının marka hakkına tecavüz oluşturduğunun tespitine, bu tecavüzün durdurulmasına, giderilmesine ve tekrarının men' ine, dava konusu mallara el konularak karar kesinleştikten sonra imhasına karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal ol-

*madığına, 03.12.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”.*¹¹

Mahkeme, malları sipariş veren hesabına davranan Gümrük Komisyoncusu firmayı da sorumlu bulmuştur. Nitekim aşağıdaki karar, gümrük işlemleri yapan şirketin müteselsil kusuruna ilişkindir:

“Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, davacı şirketin lisansörü olduğu “Giorgio Armani” ve “Armanımania” markalarını taşıyan ürünlerin ihraç aşamasında İpsala Gümrük Müdürlüğü’nde ele geçirildiği, faturaya göre davalı Ekmar Gıda Oto İnş.Emlak San. ve Tic.Ltd.Şti.nin üretici firma, davalılardan Gürkaya Tekstil San ve Dış Tic.ltd.şti’ nin ihraç eden ve AF Gümrük Müşavirliği Ltd.Şti. nin ise ihracla ilgili gümrük işlemlerini yapan şirket oldukları, davacının lisansörü olduğu markaları taklit ederek kullanma fiilinden müteselsilen sorumlu buldukları, davalıların 556 sayılı KHK.nun 61. maddesi anlamında marka hakkına tecavüzün men’i fiilini işledikleri, ayrıca davacının lisansörü olduğu markaları kullanmak suretiyle taklit ürün ihraç etme işleminin T.T.K.nun 57. maddesinde düzenlenen haksız rekabet eylemini de oluşturduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalılardan Gürkaya Tekstil San.ve Dış Tic.Ltd.Şti. ve AF Gümrük Müşavirliği Ltd.Şti. vekili temyiz etmiştir.

*Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalılardan Gürkaya Teks. San. ve Dış Tic. Ltd. Şti. ve Af Gümrük Müş. Ltd. Şti. vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir”.*¹²

Markanın, gümrük işlemleri yapılarak ihlale konu edilmesi halinde marka sahibinin tazminat talep hakkı da bulunmaktadır. Aşağıdaki somut olayla ilgili karar da buna ilişkindir:

“Davalı Öz Emir Gümrük Müş. Ltd. Şti. vekili, müvekkilinin davalı ihraçatçı Polatçı Gıda Paz. Ltd. Şti’nin gümrük müşaviri olduğunu, dava konusu

¹¹ 11. HD. 03.12.2013, 2013/7147 - 2013/21994

¹² 11. H D, 05.07.2010, 2009/2560 -2010/7858

eşyaların işlemlerini sadece evrak üzerinden yaptıklarını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Diğer davalılar, yazılı yanıtta bulunmamıştır.

Mahkemece, toplanan delillere dayanılarak, Erenköy Gümrük Müdürlüğü kayıtlarından ihracatçı firmanın davalı Polatçı Gıda A.Ş, nakliye firmasının davalı Mekar Loj. Ltd. Şti, gümrük işlemlerini icra edenin davalı Öz-Emir Gümrük Müş. Ltd. Şti. olduğunun anlaşıldığı, tır aracında yapılan aramada sıvı sabun kutularının altında dava konusu taklit parfüm kutularının bulunduğu, nakliye sırasında nakliyecinin gümrük beyanlarına aykırı olarak yükletilen ürünleri görmemiş olmasının düşünülemeyeceği, gümrük işlemlerini gerçekleştiren Öz-Emir Gümrük Müş. Ltd. Şti. 'nin olaya fiilen katıldığına ilişkin herhangi bir delil bulunmadığı gerekçesiyle davalı Öz-Emir Gümrük Müş. Ltd. Şti. hakkındaki davanın husumetten reddine, diğer davalıların davacının markasına tecavüz ve haksız rekabetlerinin tespitine ve önlenmesine, gümrükte el konulan taklit parfümlerin imhasına, 10.000 TL manevi tazminatın Mekar Loj. Ltd. Şti ile Polatçı Gıda A.Ş. 'den müştereken ve müteselsilen dava tarihinden itibaren yasal faiziyle tahsiline karar verilmiştir. Kararı, davalı Mekar Loj. Ltd. Şti. vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı Mekar Loj. Müm.ve Dış Tic. Ltd. Şti. vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.”¹³

Yine, bir diğer olayda; gümrükte durdurma işlemine konu edilen mallar, markayı taşıyan düğmelere sahip kot pantolonlardır ve marka sahibinin maddi ve manevi tazminat istemleri kısmen kabul görmüştür:

“Davacı vekili, müvekkilinin TPE’nde “LEVİ’S +ŞEKİL” vs. şeklinde tescilli dokuz ayrı markanın sahibi olduğunu, markaların 556 sayılı KHK’nin koruması altında bulunduğunu, davalının İstanbul Halkalı Tekstil İhtisas Gümrük Müdürlüğüne 05.09.2003 tarihinde üzerlerinde “LEVİ’S” markalarını taşıyan düğmelerin bulunduğu 305 adet blue jeani ihraç amacıyla getirdiğini,

¹³ 11.H D, 26.11.2010, 2010/114 -2011/7446

kullanılan marka ve logoların ihracatçı ve ithalatçı adına tescilli olmaması nedeni ile Gümrük İdaresince gümrük işlemlerinin durdurulduğunu, davalı şirketin üretmek, markayı kullanmak gibi bir lisansının bulunmadığını ileri sürerek, davalının marka hakkına tecavüz ettiğinin tespitine, tecavüzün önlenmesine, durdurulmasına, 556 sayılı KHK.nın 66/b ve 67. maddeleri uyarınca 1.125.000.000 TL maddi, 5.000.000.000 TL manevi tazminatın tahsiline, hükmün ilanına ve imhaya karar verilmesini talep ve dava etmiştir.Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporu doğrultusunda, davalı eyleminin davacı markasına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne, ilan isteminin reddine karar verilmiştir.Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir”¹⁴

Aşağıda okunacak kararda ise, marka sahibi tanınmışlık iddiası ileri sürerek markasının kapsamı dışında olan cep telefon kapakları için men ve imha taleplerinde bulunmuştur. Mahkemece sipariş yanlışlığı ve marka emtiasının kapsamı dışı mallar olduğu savunmalarına itibar edilmemiştir. Karar şöyledir:

“Davacı vekili, müvekkilinin ‘NOKIA’ markasının çok tanınmış markalar arasında yer aldığını, Türkiye’de olduğu gibi bir çok ülkede de tescilli bulunduğunu, gümrükte davalıya ait müvekkili markasını taşıyan taklit cep telefonu kapaklarının ele geçirildiğini, eyleminin marka hakkına tecavüz teşkil ettiğini ileri sürerek, marka hakkına yönelik tecavüzün ref’i ve men’ine, el konulan ürünlerin taklit olduklarının tespitine, imhasına, hükmün ilanına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, cep telefonu kapaklarının davacı markası kapsamında yer alan ürünlerden bulunmadığını, bu eşyaların müvekkilinin sipariş ettiği eşya-

¹⁴ 11. HD, 19.03.2009, 2007/14238-2009/3148

lar olmadığını, göndericinin başka müşterisinin siparişini yanlışlıkla müvekkilinde gönderdiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemeye, iddia, savunma, toplanan kanıtlar ve benimsenen bilirkişi raporuna göre, gümrük evraklarının incelenmesinde dava dışı göndericinin başka dosyalarda olduğu gibi alıcı adına fatura kestiği, marka bildirmediği, davalı adına gelen ve gümrükte el konulan cep telefonu kılıfı emtiasının kalitesiz ve taklit olduğunun tespit edildiği, davacı markasının çok tanınmış olduğu, izni olmadan hiçbir ürün üzerinde kullanılmayacağı, konşimentonun davalı emrine düzenlendiği, gümrük beyanının davalı adının olduğu, her ne kadar bu eşyaların davalı adına hata sonucu gönderildiği savunulmuş ise de benzer dosyalarda aynı yöntemin kullanıldığı, 556 sayılı KHK'nin 9/II-c maddesi uyarınca davacı marka sahibinin ithal ve ihracı yasaklayabileceği gerekçesiyle, davacı markasına vaki tecavüzün ref'i ile men'ine, gümrükte durdurulan ürünlerin taklit olduğunun tespitine, imhasına ve hükmün ilanına karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 0,90.-YTL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına,¹⁵

Ancak, gümrük noktasında marka ihlalinde bulunan kişi hakkında, aynı zamanda, marka ihlali nedeniyle bir ceza davası açıldığı takdirde ceza davasının sonucu beklenecek midir? Marka suçu sabit görüldüğü takdirde mahkumiyet kararı verileceğinden taklit veya tecavüz oluşturan malı gümrük işlemine tabi tutanların eylemi, 5833 Sayılı Kanunla değişik MarkKHK 61/A-c maddesi uyarınca, üretim, satış veya satışa arz olduğu takdirde suç tanımına uymakta-

¹⁵ 11.HD., 02.07.2007 2006/7570 - 2007/10048.

dır. İki davanın birbiri ile bağlantısı bulunmakla birlikte haksız eylem ile suç eylemlerinin mutlaka paralel ve eş sonuçlu değerlendirilmesi gerekmemektedir. Nitekim aşağıda verilen karar bu değerlendirmeyi doğrulayıcıdır:

“... . Davacı vekili, müvekkili şirketin DİESEL markasını taşıyan 48 adet kemerin Halkalı Gümrük Müdürlüğü'nde yakalandığını, davalının marka hakkına tecavüz ettiğini, davalının haksız kullanımı nedeniyle müvekkilinin maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek, marka haklarına tecavüzün tespiti, men'i, tecavüz fiillerinin durdurulmasını, 1.000,00TL manevi tazminatın haksız fiil tarihinden itibaren en yüksek avans faiziyle birlikte tahsilini, el konulan ürünlerin imhasını, hüküm özetinin ilanını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin Ünal Gümrük Müşavirliği firması aracılığıyla ürünleri İslahiye isimli nakliyat firması deposuna teslim ettiğini, bu depoda ve nakliye sırasında karışıklık ve hata sonucu malların müvekkilinin malları arasına karışmış veya karıştırılmış olduğunu, müvekkili hakkında açılan ceza davasının sonucunun beklenmesi gerektiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, davacıya ait markanın taklit üründe aynen kullanılmasının marka haklarına tecavüz oluşturduğu gerekçesiyle, davanın kabulüne karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir.

Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve malların taklit olduğunun davalının da kabulünde bulunmasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA, aşağıda yazılı bakiye 8,90 TL temyiz ilam harcının temyiz edenden alınmasına, 25.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi..”¹⁶.

Yukarıda anılan kararların gösterdiği gibi, gümrük noktalarına gelen mar-

¹⁶ 11. HD, 25.11.2013, 2013/6899 -2013/21352

ka veya diğer fikri mülkiyet haklarını ihlal edici eşya bakımından marka tecavüzüne bağlı olarak durdurma işlemleri ve hukuk davası açılması olanağı bulunmaktadır. Bununla birlikte, yolcuların beraberindeki, bireysel kullanıma mahsus, ticari olmayan eşya bu şekilde nitelenemez. Türk gümrüklerinde, muafiyet sınırları içinde kalan eşyaya el koyma hükümleri uygulanamaz¹⁷ (Gümrük Kanununun 57/5, TRIPS 60. madde). TRIPS 60. Maddeye uygun olarak ticari niteliği olmayan, az miktardaki yolcu beraberli mallara el koyma yapılmaz. Diğer deyimle kişisel kullanım amacını taşıyan, birkaç adet taklit mal yönünden marka tecavüzü işlemi ve buna bağlı olarak el koyma, geçici durdurma işlemleri uygulanmaz.

B. Avrupa Adalet Divanı'nın Yaklaşımı

Ancak, farklı uygulamalar ve yorumlar da söz konusudur. Nitekim, ABAD¹⁸ online satışlarla ilgili yakın dönemde farklı bir karar vermiştir: Danimarka Mahkemesinde, marka sahibi *Manufacture des Montres Rolex SA* firması, internette sipariş yoluyla getirtilen bir adet “*ROLEX*” taklidi saatin sipariş vereni olan davalı gerçek kişiye gümrükten geçirilerek tesliminin durdurulması için açılan davada ABAD'a başvurmuştur. Siparişi veren gerçek kişi, saati Gümrük yetkililerine terk etmeyi reddetmiş ve imha edilmesine razı olmamıştır. Danimarka Mahkemesi, Hong-Kong merkezli satıcının, web sitesi yoluyla marka sahibi firmanın telif hakkı veya marka hakkını ihlal edip etmediği konusunda ABAD'dan görüş istemiştir. Divan, *on-line* satışın bir seri eylemler olduğuna ve hak sahibinin kamuya yayma konusundaki telif hakkını ihlal ettiğine (web'de saatlerin fotoğrafları sergileniyor) ayrıca, online satışın markanın ticarete kullanılması eylemine uyduğuna karar verdi¹⁹.

ABAD Transit geçen malların transit geçiş bölgesinde marka hakkına tecavüz oluşturup oluşturmadığını da incelemiş ve “*DIESEL*” kararında, marka sahibi *Diesel Spa.*'nin aynı markayı taşıyan malların sahibi *Montex* firmasının mallarının Almanya'dan transit geçişinin önlenmesini istemiştir. Alman Fede-

¹⁷ TRIPS 60. Maddeye uygun olarak ticari niteliği olmayan, az miktardaki yolcu beraberli mallara el koyma yapılmaz.

¹⁸ Avrupa Birliği Adalet Divanı

¹⁹ Curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-98/13 (erişim: 06.05.2014)

ral Mahkemesi, ABAD'dan marka sahibinin markayı taşıyan bu malların transit geçişinin yasaklanmasını isteyip isteyemeyeceğini sormuştur. Divan'a göre, marka sahibi, markasını taşıyan malların marka hakkının bulunmadığı bir üye ülkeye gönderilirken koruma ülkesinden transit geçişini ancak, üçüncü kişinin bu transit gümrük işlemi sırasında malların zorunlu dolaşıma sokulması anlamına gelen davranışları söz konusu olduğu takdirde engelleyebilir. Divan malların transit geçişinin markanın temel işlevine zarar vermediğini, tecavüz teşkil etmediğini değerlendirmiştir²⁰.

II. 2009 TARİHLİ GÜMRÜK YÖNETMELİĞİ VE GELİŞMELER

Uluslararası alanda fikri mülkiyet haklarının tanınması, korunması konusunda, 1967 tarihli WIPO "Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Kuruluş Sözleşmesi, Uruguay Görüşmeleri ve Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Sözleşmesi ve AB'nin Fikri Mülkiyet Haklarının Korunmasına Dair 2004 tarihli Direktifi kabul edilmiş ve bu çerçevede, Gümrük Yönetmeliği, 07 Ekim 2009'da yürürlüğe girmiştir²¹. Yönetmeliğin yasal dayanağı ise, 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nun 57'nci maddesidir. Yasa; fikri ve sınai mülkiyet haklarının hudut korunmalarına ilişkin düzenlemeleri içermektedir. Fikri ve sınai hakların korunmasına ilişkin ulusal mevzuatın koruma altına aldığı hakları ihlal eder mahiyette bulunan ve ithalat veya ihracata konu olan eşyalara gümrük kapılarında tedbir mahiyetinde el konulmasına ilişkin hükümler bu maddede yer almıştır.

Bu yönetmelik, Fikri Mülkiyet hakkı sahiplerinin online başvuru açması ve koruma taleplerinde bulunmasının çerçevesini çizmektedir²². Ancak bu yönetmelikte tanımlanan elektronik sistem, 1 Nisan 2013'te aktif hale gelebilmiştir. Bu sistem ile, hak sahipleri, fikri mülkiyet haklarını, gümrük noktalarında tescil ettirebilmekte, mevcut kayıtlarını yenileyebilmekte ve sahip olduğu kayıtları kontrol edebilmektedir²³.

²⁰ C-281/05, Diesel Spa. –Montex Holdings Ltd Curia.europa.eu/juris/liste. (erişim: 06.05.2014)

²¹ 07.10.2009 Resmi Gazete Sayısı: 27369 (Mükerrer)

²² Gümrük Yönetmeliği'nin 103. maddesi.

²³ ÖZDOĞAN, Işık-İZGİ, Gökçe; The Turkish Customs Law Has Been Harmonized With EU Customs Law, www.mondac.com (erişim; 18.05.2014)

Önceki uygulamada, hak sahiplerinin, her gümrük noktasında haklarını fiziki belgelerle bildirme ve kaydettirme gerekliliği bulunuyorken, bu yönetmelik sayesinde artık haklara dair tek fiziki belge, Ankara’da Bakanlık merkezi veri bankasına sunularak yükümlülük ifa edilmektedir. Uzak ve uç olsa da her gümrük noktası merkezi veri tabanına giriş yaparak bilgiye ulaşabilmektedir.

A. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Merkezi Veri Tabanına Kaydolmanın Avantajları

Fikri mülkiyet hakkı sahibinin merkezi veri tabanına bir kez kaydolması ile artık Türkiye’deki her bir gümrük noktası aynı bilgiye kolayca ulaşabilmektedir. Bu kayıt kapsamına; patent, marka, tasarım, entegre devre haritası, yeni bitki ıslahçı hakkı, coğrafi işaret ve telif hakkı(ki tescile tabi değildir) dahildir. Fikri mülkiyet hakkı sahipleri, isterlerse, olası tecavüzlü veya taklit ürünlerin gümrükten geçişine karşı bir önlem olarak ve isterlerse taklit ürünlerin gümrükten geçtiğine dair güncel bir bilgileri, duyumları olduğunda, harekete geçebilirler. Fikri mülkiyet hakkı sahipleri, Bakanlığı, yasadışı olduğu bilinen gönderiler için uyarabilir veya bu yasadışı gönderilerin belirlenmesi için Bakanlık kayıtlarına dayanabilirler. Her iki durumda da Gümrük memurları, malların yasal olup olmadıkları konusunda fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin verdiği bilgilere dayanırlar.

B. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı’na Başvuru Süreci

Hak sahipleri, Ticaret ve Gümrük Bakanlığı’na başvurularını bizzat veya temsilci vasıtasıyla yapabilirler. Buna karşılık uygulamada, yabancı başvuru sahipleri, yerel bir vekil aracılığı ile başvuru yapmalıdır. Sistem başvuru sahibinin, vatandaşlık kimlik numarasını sormaktadır. Bakanlık, bir online başvuru aldığı anda, bunu işleme koyar ve başvuru sahibine, başvurunun kabulü veya reddi yolunda 30 iş günü içinde kararını bildirir. Kabul edilen başvuru, yine *online* olarak yenileninceye dek 12 ay süreyle geçerli kalır. Başvurunun reddi halinde, (belgelerin eksik veya yetersiz olması nedeniyle) bir itiraz olanağı bulunmamakla birlikte, başvuru sahibi aynı tescilli marka veya sair haklar için yeni bir başvuru yapabilmektedir.

Fikri mülkiyet hakkı sahibi, ilgili sınai veya fikri mülkiyet konusu hakkına dair belgeleri ve beyannameyi sunmak durumundadır. Bu, genellikle marka, tasarım, patent veya sair tescil belgelerinin örneklerinin verilmesi ile gerçekleşir. Fikri mülkiyet haklarının ülkeselliği ilkesi gereği, öncelikle, fikri mülkiyet hakkının, Türkiye’de tescillenmiş olması gereklidir. Ticaret ve Gümrük Bakanlığı ile TPE’nin işleyişleri, bütünüyle farklıdır. Fikri mülkiyet hakkı sahipleri, malları hakkında gümrük personeline yardımcı olabilecek şekilde olabildiğince geniş bilgi sağlamalıdır. Bu anlamda; malların ayrıntılı bir tanımı, yasal malların ve ambalajlarının resimleri, genellikle yasal malları taşıyan şirketin bilgilerini, yasal malların paketlenme özelliklerini, yasal malların rotası ve alıcılarını, konişmento bilgilerini, yasal piyasada malların vergi öncesi ederlerini, ithalatçı, ihracatçı veya malları ticari olarak bulunduranların kimliklerini ve söz konusu fikri mülkiyet hakkının niteliğine göre mallar hakkındaki detayları bildiriler (Gümrük Yönetmeliği’nin 103. maddesi).

Fikri mülkiyet hakkı sahipleri ayrıca, yasal ve taklit mallar arasındaki teknik farkları, yasadışı malların bilinen coğrafi kaynak ve rotalarını, kaçakçılığın rotaları ve üretim ülkelerini, taklit malların resimlerini de sunmalıdır. Bu bilgiler sayesinde gümrük muayene memurları ve diğer uzmanlar taklit veya korsan olduğundan kuşku duyulan malları daha iyi karşılaştırabilir ve teşhis edebilirler.

Gümrük İdaresinin Sorumluluğu; Başvurunun kabul edildiği tarihte şikayet konusu eşya serbest dolaşıma girmiş ise, başvurunun gümrük idaresince kabul edilmesi; söz konusu eşyanın olması gerektiği gibi muayene edilmeden ithaline izin verildiği gerekçesiyle hak sahibine tazminat hakkı doğurmamaktadır. Sahte markalı veya taklit mallarla mücadele kapsamında, gümrük idaresince gümrük işlemleri re’sen durdurulan eşyadan dolayı, ilgili kişilerin yapılan işlemler sonucunda fayda veya zarara uğraması halinde, gümrük idaresi yetkilileri bu kişilere karşı sorumlu tutulamazlar²⁴.

²⁴ ÇOĞAL, Nejat; Gümrük Mevzuatında Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, www.gumrukkontrolor.org.tr/Yayinlar/Dergiler/55/7.html (erişim; 18.05.2014)

C. Gümrüklerde Taklit Malların Durdurulması Süreci ve Örnekler

Online başvuru sırasında bir malın taklit olduğundan kuşku duyulursa, gümrük yetkilisi, fikri mülkiyet hakkı sahibine veya onun vekiline hızlı bir yazılı mesaj göndererek uyarıda bulunur. Bu uyarı, malların Türkiye'ye veya başka bir ülkeye gidiyor olmasına bakılmaksızın gönderilir. Gümrük, bu malları üç iş günü boyunca askıya alır ve hak sahibinin malları incelemesi için fırsat tanır. Bu geçici durdurma işlemi malların göndericisi ve alıcısına tebliğ edilmez ancak, alıcılar, yine de teslimin gecikmesinden veya diğer kanallardan bilgi sahibi olabilirler. Teslimatın geçici durdurulması halinde, hak sahibine, bazı mali yükümlülükler doğacaktır. Her türlü ekspertiz ve inceleme maliyetleri; örneğin malların bir başka gümrük bölgesine taşınması, forklift hizmetleri gibi giderler hak sahibi tarafından karşılanır.

Fikri mülkiyet hakkı sahibi, malların taklit olduğunu belirlediğinde, teslimatın devam etmesini önlemek üzere tedbir kararı almalıdır. Bu kapsamda işlem yapılması için malların 'sahte' eşya niteliğinde olması, diğer deyimle cezayı gerektiren mallardan olması gereklidir²⁵ ²⁶. Fikri mülkiyet hakkı sahibi, kendisine Bakanlıkça yapılan uyarıdan itibaren başlayan 10 gün içinde işlem yapmalı ve bu konuda bir mahkeme kararı temin etmelidir. Başvuru tarihinden itibaren on iş günü içinde, hak sahibinin; yetkili mahkemede dava açması ve ihtiyati tedbir kararı alması veya yetkili mahkeme dışında bir mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alması ve ihtiyati tedbir kararının alındığı tarihten itibaren on gün içinde yetkili mahkemede dava açması ve bu durumu gösterir bir belgenin gümrük idaresine ibrazı gerekir. Haklı bir mazeretin bulunması halinde gümrük idaresi, bu süreyi en fazla on iş gününe kadar uzatabilir (Gümrük Yönetmeliği 107. madde).

Hak sahibi, bu süre zarfında bir tedbir kararı elde edemezse, gümrük bu malları serbest bırakır. Teslimat serbest bırakıldıktan sonra her hangi bir iş-

²⁵ MarkKHK 61/A madde marka tescilinin iktibas veya iltibas yoluyla tecavüzlü kullanılması suretiyle üretim, satış eylemlerini suç olarak düzenlemiştir. Yine telif hakkını ihlal eden kopya CD, DVD, korsan kitap gibi materyaller de benzeri nitelikte cezayı gerektiren eşyalardandır.

²⁶ Gümrük Yönetmeliği 100. maddede benzer bir tanımlama yapılmıştır.

lem de yapılamaz. Uygulamada, malların taklit olduğu ne kadar belirgin olursa olsun, merkezi veri tabanında kaydı bulunmayan bir hak sahibi gümrük yetkililerince bilgilendirilmez. Bu, Türk pazarına girmek niyetleri olmasa bile, fikri mülkiyet hakkının Türkiye’de tescilinin, ne kadar önemli olduğunu göstermektedir. Türkiye uluslararası kara, deniz ve hava taşımacılığında önemli bir geçiş noktasıdır.

Somut davada, Çin’de, dava dışı bir firma tarafından üretilerek Türkiye’ye ithali girişimine konu edilen, *Hermes, Lois Vouitton, Christian Dior* gibi tanınmış markalara ait tekstil eşyalarının, taklit şüphesi üzerine, marka sahiplerine haber verilmesi ile, mallar gümrük idaresince işleme tabi tutulup harcı öndikten sonra antrepoya alınmış ve taklit keyfiyeti hak sahiplerinin yaptırdığı bilirkişi incelemesi ile saptanmıştır. Bunun üzerine, ilgili hak sahipleri markaya tecavüzün menî ve tazminat davası açmışlardır. Mahkeme, malların gümrükçe onaylanmış bir işleme tabi tutulduğunu tespit ederek markaya tecavüz davasını kadri maruf tazminata hükmederek kabul etmiş ve karar²⁷, Yargıtay 11. HD, tarafından onanmıştır²⁸. Nitekim, yargılama sırasında, gümrükte alınan KDV ve sair vergilerin sipariş veren tarafından ödendiği belirlenmiş, bu nedenle davalının ‘malların yanlışlık eseri geldiği ve iade için ihbarda buldukları’ şeklindeki savunmasına itibar edilememiştir.

Buna karşılık, tedbire konu edilen ve gümrükçe el konulan malların sonradan orijinal, yasal ürünler olduğu anlaşıldığı takdirde, haksız ihtiyati tedbir söz konusudur. İstanbul Gümrüğünde, taklit iddiasıyla ithalatı durdurulan “*SONY*” markalı mallara el konup, bekletilmelerinden sonra, yargılama ile orijinal olduklarının anlaşılması ile, ithalatçı firmanın açtığı maddi-manevi tazminat davasında²⁹, yerel mahkemenin sadece maddi tazminata hükmeden kararı, Yargıtay’ca bozularak manevi tazminatın da, BK 49 madde çerçevesinde talep edilebileceği belirtilmiştir³⁰.

²⁷ İzmir FSHHM, 26.10.2010, 2008/101-2010/122.

²⁸ 11. HD, 10.01.2013, 2011/664-2013/351

²⁹ ÇOLAK, Uğur; Türk Marka Hukuku, İstanbul 2012, s. 817.

³⁰ 11. HD, 29.02.2008, 2006/9586-2008/1161; 20.05.2008, 2006/14581-2008/6358

D. Fikri Mülkiyet Hakkı Sahipleri Malların İmhasını İsteyebilirler

Kural olarak hak ihlali halinde, açılacak hukuk ve ceza davaları bulunmaktadır. Örneğin, MarkKHK taklit veya marka tecavüzlü malların mülkiyetlerinin kendisine devrini isteme veya imhasını isteme hakkına da sahiptir. Ancak bu talebin gerçekleşmesi mahkeme kararının kesinleşmesine bağlı olup, yargılama oldukça uzun bir süreye yayılabilmektedir. Böyle olduğunda depolama ve saklama bir külfet oluşturmaktadır.

Fikri Mülkiyet hakkı sahibi, uzun ve pahalı mahkeme süreçlerini başlatmak yerine, ‘kolaylaştırılmış/çabuklaştırılmış imha’ işlemi tercih edebilir. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, bu süreci başlatmak için malların sahibinden alınmış yazılı bir muvafakatname isteyecektir³¹. Yönetmelik çıkmadan önce gümrük yetkililerinin imha konusunda yetkileri bulunmamaktaydı. 27.10.2009 Tarihli Gümrük Yönetmeliği, Avrupa Birliği’nin 1383/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü ile uyumu sağlamış bulunmaktadır. Çabuklaştırılmış imha süreci, maliyeti düşük ve verimli bir yöntem olup, fikri mülkiyet hakkı sahibine, bir mahkeme kararı olmaksızın, tecavüz oluşturan malların imhasını isteme olanağını sağlamaktadır. Taklit malların sahipleri de kesinleşmesi yıllar sürebilecek olan mahkeme kararı beklenirken oluşacak depolama ücretlerini hesaplayarak, bu imha yöntemini tercih etmektedirler. Fikri mülkiyet hakkı sahiplerinin bu mekanizmayı işleterek imhayı sağlamak konusunda malların geçici durdurulduğu günden itibaren 10 iş günü içinde hızlandırılmış imhayı talep hakkı bulunmaktadır. Haklı sebeplerin varlığı halinde, bu süre, 10 gün daha uzatılabilmektedir. Bu mekanizmayı işletmek için fikri mülkiyet hakkı sahibinin, taklit veya korsan malları açıklayan bir beyanname ile, kendi fikri hakkının nasıl ihlal edildiğinin açıklamasını ve malların sahibinin yazılı rızasını Bakanlığa sunması gereklidir. Bu belgelerin tamamlanması üzerine Bakanlıkça bir imha kararı çıkarılır ve imha, fikri hak sahibinin gözlemi altında ve masrafları karşılaması suretiyle yetkili kurumlarca gerçekleştirilir.

³¹ ÇOLAK, Uğur; Türk Marka Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2014, s. 680.

SONUÇ

Türkiye gümrük noktalarında fikri mülkiyet haklarının korunması süreci, yasal ve fiili anlamda, AB'nin 608/2013 Sayılı 12.06.2013 tarihli Gümrüklerde Fikri Mülkiyet Haklarının Korunması Hakkındaki Parlamento ve Konsey Tüzüğü ile uyumlu hükümler içermektedir. Korsan veya taklit eşya tabirlerinin tanımları, imha süreci ve imha şartları da gerek AB Tüzüğü ve gerekse TRIPS Anlaşması hükümleri ile uyumlu bulunmaktadır. Fikri mülkiyet haklarının, ülkesel karakteri bozulmadan, ihlallerin gümrüklerde önlenmesi, ileride daha büyük zararların doğmasının önüne geçebilmek açısından önemli bulunmaktadır. Buna karşılık, transit geçiş halinde olan ve fikri mülkiyet hakkı ihlali niteliği taşıyan mallar yönünden uygulamamızın AB mevzuat ve uygulamasını aşan biçimde olduğunu tespit etmek ve gözden geçirmek gereklidir.

Bununla birlikte, yolcu beraberliği, bireysel kullanım kapsamında ve ticari amaç taşımayan mallar için değerlendirme farklıdır. Türk gümrüklerinde, muafiyet sınırları içinde kalan eşyaya el koyma hükümleri uygulanamaz³². TRIPS 60. Maddeye uygun olarak; ticari niteliği olmayan, az miktardaki yolcu beraberliği mallara el koyma yapılmaz. Diğer deyimle kişisel kullanım amacını taşıyan, birkaç adet taklit mal yönünden marka tecavüzü işlemi ve buna bağlı olarak el koyma, geçici durdurma işlemleri uygulanmaz.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

- BENTLY Lionel-SHERMAN Brad; Intellectual Property Law, 2002 Londra.
- ÇOĞAL, Nejat; Gümrük Mevzuatında Fikri ve Sınai Mülkiyet Hakları, www.gumrukkontrolor.org.tr/Yayinlar/Dergiler/55/7.html
- ÇOLAK, Uğur; Türk Marka Hukuku, İstanbul 2012.
- ÇOLAK, Uğur; Türk Marka Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2014.
- INGERL Reinhard- ROHNKE Christian; Markengesetz, 3. Bası, Münih, 2010.

³² Gümrük Kanununun 57/5, TRIPS 60. Madde.

ÖZDOĞAN, Işık-İZGİ, Gökçe; The Turkish Customs Law Has Been Harmonized With EU Customs Law, www.mondac.com

http://icc.tobb.org.tr/spot/docs/Turkey_ValueOfIP_TURKISH_F041613_LR.PDF(erişim 27.04.2014)

Curia.europa.eu/juris/liste.jsf (erişim: 06.05.2014).

UZUNALLI, Sevilay; Markanın Korunmasının Kapsamı ve Tazminat Talebi, Ankara 2012.

**AYNI FİİLDEN DOLAYI YENİDEN
YARGILAMA YAPILAN HÂLLERDE (TCK m. 66/5)
DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN TESPİTİ**

*To Determine the Limitation of Acuses in Cace of Retrial
(Art. 66/5 of Turkish Penal Code) Through Same Act*

Murat KAYANÇİÇEK *

ÖZET

Dava zamanaşımı gerçekleştiğinde işlenen suçtan kamu davası açılmayacağı gibi, açılmış bulunan davaya da devam edilemez. Dava zamanaşımı, suçun işlenmesiyle hükmün kesinleşmesi arasında söz konusudur; hükmün kesinleşmesiyle yerini ceza zamanaşımına terk eder. 5237 sayılı TCK'nın 66. maddesinin altıncı fıkrasında, dava zamanaşımının başlangıç tarihine ilişkin genel kural ortaya konulmuştur. Fakat anılan maddenin beşinci fıkrasında, yargılamanın yenilenmesi gibi aynı fiilden dolayı yeniden yargılama yapılması gereken hâllere yönelik istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, dava zamanaşımı süresi tekrar yargılama konusu suç bakımından belirlenecek; bu suça ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi de, yeniden yargılama talebinin mahkemece kabul edildiği tarih olacaktır. Çalışmamızda doktrin ve uygulama alanında en tartışmalı ve izaha muhtaç konulardan birini oluşturan TCK'nın 66/5. maddesindeki düzenleme açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Türk Ceza Kanunu, dava zamanaşımı, ceza zamanaşımı, yeniden yargılama yapılan hâl.

ABSTRACT

What If limitation of acuses is over neither the public trial can be filed nor an open file can be pursued. Limitation of acuses is discussed between the times of commitment of the crime and the definitive final decision. After the definition of final decision penal limitation can be discussed. Article 66 Paragraph 6 of Turkish Penal Code No 5237 regulates how the limitation of acuses starts up. But 5th paragraph of the foregoing article has an exceptional regulation on writ of error in case of retrial through same act. Accordingly the time of limitation of acuses for the trialed crime will be

* Cumhuriyet Savcısı – murat.kayancicek@adalet.gov.tr

determined again and starting date of the limitation of acuses for this crime will be the date of acceptance of motion for retrial. The regulation of Article 66/5 of Turkish Penal Code which is the most argued and needed interpretation will be illustrated in this study.

Key Words: Turkish Penal Code, limitation of acuses, penal limitation, motion for retrial, in case of retrial.



GİRİŞ

Genellikle kabul gören tanıma göre “*dava zamanaşımı*”, belli koşulların gerçekleşmesi hâlinde, devletin cezalandırma yetkisinden sosyal yarar kalmadığı gerekçesiyle vazgeçmesidir¹. Bu sebeple dava zamanaşımı, adli mercilerin kanunda öngörülen dava zamanaşımı süreleri içerisinde kamu davası açmaması veya açılan davayı neticelendirmemesi, davanın düşürülmesini sonuçlar². “*Ceza zamanaşımı*” ise, bir suçtan dolayı mahkemece verilen ve hükümlerle tayin edilmesinin akabinde kesinleşen bir cezanın belli süre geçtikten sonra infaz edilmesi hakkından devletin şartsız vazgeçmesidir³.

Dava zamanaşımı, suçun işlenmesiyle hükmün kesinleşmesi arasında söz konusudur; hükmün kesinleşmesiyle yerini ceza zamanaşımına terk eder. Bu itibarla, dava ve ceza zamanaşımı arasında boşluk yoktur⁴.

¹ **Demirbaş**, Metin, *Tekerrür, Erteleme, Koşullu Salıverme ve Zamanaşımı*, in: Türk Ceza Kanununun 2 Yılı - Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Sempozyum), TCHD Yayınları, İstanbul Nisan 2008, sh. 246-247; **Özgenç**, İzzet, *Banka Yolsuzlukları ve Zamanaşımı Sorunu*, Türk Hukuk Dergisi, S: 71, Ocak 2003, sh. 3; **Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide/ **Çakmut**, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul Ekim 2005, sh. 637.

² Gbi bkz. **Kayanççek**, Murat, *Ceza Hukuku ve Kabahatler Hukukunda Zamanaşımı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2014, sh. 3 vd.

³ **Kunter**, Nurullah, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul 1946, sh. 117; **Yüce**, Turhan Tûfan, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara 1985, sh. 196; **Dönmezer**, Sulhi/ **Erman**, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Hükümler C: III*, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul Eylül 1994, sh. 278; **Özbek**, Veli Özer, *Türk Ceza Kanunu (İzmir Şerhi) C: I*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Mayıs 2005, sh. 471.

⁴ **Alşahin**, Mehmet Emin, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010, sh. 59.

5237 sayılı TCK'nın 66. maddesinin altıncı fıkrasında, dava zamanaşımının tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin beşinci fıkrasında, bu genel kurala bir kısım olağanüstü kanun yollarından kaynaklanan çeşitli nedenlerle istisna getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, dava zamanaşımı tekrar yargılama konusu suç bakımından belirlenecek; bu suça ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi de, yeniden yargılama talebinin mahkemece kabul edildiği tarih olacaktır.

Hemen belirtelim ki, getirilen düzenlemeyle ne kastedildiği hususu doktrinde görüş ayrılıklarına yol açmıştır. Şüphesiz madde metninin kaleme alınışındaki özensizlik kadar, olağanüstü kanun yollarının mahiyetine ilişkin bilgi yoksunluğu da bu fikir karmaşasına sebeptir.

İşte çalışmamızda, dava ve zamanaşımına ilişkin genel açıklamalardan sonra, doktrinde olduğu gibi uygulama alanında da en izaha muhtaç konulardan birini oluşturan TCK'nın 66/5. maddesindeki düzenleme kapsamında, yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozma gibi tekrar yargılamayı gerektiren durumlarda dava zamanaşımı süresinin saptanması hususu başlıklar hâlinde irdelenecektir. Ayrıca taşıdıkları önem dikkate alınarak bunlara benzerlik gösteren kurumlara da değinilecektir

I. DAVA ZAMANAŞIMI VE CEZA ZAMANAŞIMI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

5237 s. TCK'nın 66. maddesinde dava zamanaşımına ilişkin genel esaslar, 67. maddesinde ise, dava zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, prensip olarak kamu davası ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 30 yıl, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 25 yıl, yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda 20 yıl, beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda 15 yıl, beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adlî para cezası

gerektiren suçlarda 8 yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar/ düşer. Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer.

Dava zamanaşımı, kural olarak tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar.

İzin, karar, bekletici mesele, kaçaklık kararı ve uyuşturucu madde kullananlar hakkında denetimli serbestlik tedbiri kararı TCK'da yer alan dava zamanaşımı durduran nedenlerdendir. Özel kanunlarda da bir kısım durma nedenleri zikredilmiştir. Cumhuriyet savcısı huzurunda ifade alınması, sanığın sorguya çekilmesi, tutuklama kararı verilmesi, Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi ve mahkûmiyet kararı verilmesi ise dava zamanaşımını kesen nedenler arasında yer almaktadır.

Ceza zamanaşımına ise, 5237 s. TCK'nın 68 ilâ 72. maddelerinde yer verilmiştir. Ceza zamanaşımının gündeme gelebilmesi için, cezanın hükümlerle kesinleşerek infaz kabiliyetini kazanması şarttır. Ortada kesin bir mahkûmiyet söz konusu olduğundan, ceza zamanaşımına ilişkin süreler, dava zamanaşımı sürelerine göre daha uzun tutulmuştur. Buna göre; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında 40 yıl, müebbet hapis cezalarında 30 yıl, yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında 24 yıl, beş yıldan fazla hapis cezalarında 20 yıl, beş yıla kadar hapis ve adlî para cezalarında 10 yıl geçmekle cezalar artık infaz edilmez. Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle cezanın infazı cihetine gidilmez.

Yerine getirilmesine henüz başlanmamış cezaların zamanaşımı hükmün

kesinleştiği günden, ertelenmiş cezalarda cezanın düştüğü tarihten, infazına başlanmış cezalarda infazın kesildiği tarihten itibaren başlar.

Ceza zamanaşımının kesilmesi, TCK'nın 71. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, mahkûmiyet hükmünün infazı için yetkili merci tarafından hükümlüye kanuna göre yapılan tebligat veya bu maksatla hükümlünün yakalanması ceza zamanaşımını keser. Bir suçtan dolayı mahkûm olan kimse üst sınırı iki yıldan fazla hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suç işlediği takdirde, ceza zamanaşımı kesilir. Ceza zamanaşımının durması kurumuna ise, TCK'da yer verilmemiş; yalnızca bazı özel yasalarda bir takım ceza zamanaşımını durduran nedenler öngörülmüştür.

II. AYNI FİLDEN DOLAYI YENİDEN YARGILAMA YAPILAN HÂLLERDE (TCK M. 66/5) DAVA ZAMANAŞIMI SÜRESİNİN TESPİTİ

A. Genel Olarak

Aynı fiilden dolayı tekrar yargılanması gereken hükümlünün, sonradan yargılanan suça ait dava zamanaşımının tespitinin ne surette yapılacağını gösteren 765 s. TCK'nın 109. maddesi, uygulamada duraksamalara sebep olmaktaydı. 5237 s. TCK'nın 29.06.2005 tarih ve 5377 s. Kanununun 8. maddesiyle değişik 66. maddesinin 5. fıkrası şu hükmü⁵ ihtiva etmektedir:

“Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hâllerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.”⁶

Değişiklik gerekçesine göre, yargılamanın yenilenmesi gibi aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hâllerde, zamanaşımına açıklık getirmeye

⁵ Bu hükmün, 08.07.2005 tarih ve 25869 s. Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 29.06.2005 tarih ve 5377 s. Kanununun 8. maddesiyle değiştirilmeden önceki hâli; *“Aynı fiilden dolayı her ne suretle olursa olsun tekrar yargılanması gereken hükümlünün, sonradan yargılanan suça ait üçüncü fıkra yazılı esasa göre belirlenecek zamanaşımı göz önünde bulundurulur.”* biçimindeydi.

⁶ Hükmün, *“Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hâllerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi kaldığı yerden işlemeye devam eder.”* şeklinde değiştirilmesini öneren düşünce için bkz. **Alşahin**, Zamanaşımı, sh. 137.

yönelik olarak söz konusu fıkra metninde değişiklik yapılmıştır. Bu durumlarda, dava zamanaşımı süresi tekrar yargılama konusu suç bakımından belirlenecektir. Tekrar yargılama konusu suça ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi de, bu husustaki talebin mahkemece kabul edildiği tarih olacaktır. Tekrar yargılama konusu suça ilişkin zamanaşımı süresi bakımından, maddenin birinci fıkrasındaki süreler dikkate alınacaktır. Değişiklikle güdülen asıl amaç, yeniden yargılamanın söz konusu olduğu hâllerde, dava zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle yargılamaya son verilmesi yönündeki taleplerin önüne geçmektir.

Aşağıda TCK'nın 66/5. maddesindeki düzenleme dikkate alınarak, yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozma gibi tekrar yargılamayı gerektiren hâllerde dava zamanaşımı konusu ayrı başlıklar altında açıklanacaktır. Bu yapılırken, uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla zikredilen kurumlarla benzerlik gösteren durumlara ilişkin açıklamalara da yer verilecektir.

B. Yargılamanın Yenilenmesi

Yargılamanın yenilenmesi (iade-i muhakeme), olağanüstü kanun yolu olarak daha önce kesin hükme bağlanmış bir dava hakkında yeniden yargılama ve inceleme yapılmasını sağlar (CMK m. 311). Doğruluğu hukuken tartışılmayan kesin hükmün temellerinin bazı hâllerde sarsılmış olduğu ve hükmün de bu sarsılmış temeller üzerine oturmasının artık mümkün olmadığı istisnai durumlarda, hukuka olan güvenin tekrar tesisi için yargılamanın yenilenmesi kurumu kabul edilmiştir⁷. Bu yolla, adlî hataların ve yapılmış haksızlıkların giderilmesi amaçlandığından⁸, yargılamanın yenilenmesi geçmişe etkili olarak sonuç doğurur. Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesinde, azami bir süre öngörülmemiştir. Aleyhe yargılamanın yenilenmesinin kabule değer görülebilmesi için, dava zamanaşımı süresi içerisinde talep

⁷ **Kunter**, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş 2. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1964, sh. 701, 764; **Bakım**, Sevi, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, in: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2 (Özel Sayı), İstanbul 2013, sh. 922.

⁸ **Özgen**, Eralp, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1968, sh. 13; **Günel**, Yılmaz, Adli Yolla Memnu Hakların İadesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1961, sh. 8.

edilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmiştir. Bu görüşe, devletin zamanaşımı ile birlikte ceza verme yetkisinin ortadan kaldırılması dayanak gösterilmiştir⁹. Belirtmek gerekir ki, TCK'nın 66/5. maddesinde benimsenen sistem ve dava zamanaşımını bertaraf etmek şeklinde ortaya konulan amaç, zikredilen görüşleri eleştiriye açık hâle getirmektedir.

765 s. TCK'nın 109. maddesinde geçen “*sonraki hüküm ile tertip olunacak ceza önceki mahkûmiyetinden daha hafif bir cezayı mutazammın (içermekte) ise, zamanaşımı ona göre hesaplanır*” şeklindeki ibareden ne anlaşılması gerektiği tartışmalara neden olmuştu. Yargıtay 1. Ceza Dairesi ile 3. Ceza Dairesi arasında oluşan görüş farklılığı, konu İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu (İBBGK) önüne götürülerek çözümlenmişti. **03.06.1942 tarih ve E/K: 36/15 sayılı İBK**'ya göre, bu ibareden anlaşılması gereken, mahkemece yeniden yapılan yargılama sonucu belirlenen somut cezaya göre değil, yeniden yargılamaya konu aynı fakat vasıf ve nitelik değiştiren fiilin temas ettiği kanun maddesinde öngörülen yaptırım itibariyle tabi olduğu zamanaşımı süresinin dikkate alınmasıydı. Aksi taktirde¹⁰, dava zamanaşımı ceza zamanaşımına dönüşecek ve zamanaşımı kurumunun bünyesi ile bağdaşmayan sonuçlara meydan verilecekti. Söz konusu kararda, yargılamanın yenilenmesi sonunda zamanaşımının gerçekleştiği gerekçesiyle düşme kararı verilip verilemeyeceği hususu da tartışmaya dâhil edilmişti. İBBGK, prensip olarak kesinleşen hükümlerin yargılamanın iadesi yoluyla yeniden incelenmesinde, artık dava zamanaşımının söz konusu olamayacağı sonucuna varmıştı.

Yargıtay **CGK, 29.05.1954 gün ve 84/27 sayılı** kararında, yargılamanın iadesine karar verilmekle asli dava avdet (geri gelme, dönüş) etmiş olamayacağından dava zamanaşımının söz konusu olamayacağı, eski hükmün iptali cihe-tine gidilip yeniden hüküm kurulması gereği ortaya çıktığında zamanaşımının nazara alınabileceği, eski hükmün iptal edilmeyerek tasdik olunması hâlinde zamanaşımından söz edilerek hükmün bozulamayacağı ifade edilmişti. Örne-

⁹ **Erem**, Faruk, *Yargılamanın Yenilenmesi ve Zamanaşımı*, Yargıtay Dergisi, C: 18, S: 1-2, Ocak-Nisan 1992, sh. 45.

¹⁰ **Erem**, Faruk, *Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler*, AÜHFD, C: 19, S: 1-4, Ankara 1962, sh. 42.

ğın, sanık hakkında 765 s. TCK'nın 448. maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldığı düşünüldüğünde, buna göre dava zamanaşımı süresi 15 yıl olmaktaydı. Ancak dava zamanaşımı süresinin dolmadığını düşünen mahkeme tarafından, atılı suçtan mahkûmiyet kararı verildikten ve bu karar kesinleştikten sonra sanığın lehine olarak eylemin gerçekte 455/1 maddesine uyan taksirle ölüme neden olma suçunu oluşturduğu ortaya çıkmışsa, dava zamanaşımı süresinin 5 yıl olarak kabulü gerekmektedir. Böyle olunca, yenilenen yargılama sırasında *eylem tarihinden* yeni tesis edilmesi gereken karar tarihine kadar geçen sürede (durma ve kesilme sebepleri de varsa) 12 yıllık dava zamanaşımı süresi dolmuşsa, davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmekteydi. Böylelikle 765 s. TCK'nın yürürlük dönemindeki genel kabule göre, dava zamanaşımı süresi önceki hükmün kesinleşmesiyle son bulmakta, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulüyle birlikte yeniden işlemeye başlamaktaydı. Daha açık ifadeyle, **suçun işlendiği tarihten önceki hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre ile yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulünden kurulan yeni mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesine kadar geçen süre toplanarak** dava zamanaşımı süresi bulunmaktaydı.

“Suç tarihinde yürürlükte bulunan ve sanıklar lehine olan 765 s. TCK'nın 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen dava zamanaşımının, *suç tarihinden hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre ile yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulünden temyiz inceleme tarihine* kadar geçen sürenin toplamı itibariyle gerçekleştiği anlaşıldığından hükmün bozulmasına.”¹¹

“Yargılamanın yenilenmesi durumunda dava zamanaşımının bulunup bulunmadığı ve var ise nasıl hesaplanacağı hususunda 765 sayılı TCK'da açık bir hüküm bulunmamaktadır. Öğretide ve yargısal kararlardaki genel kabule göre 765 sayılı TCK uygulamasında yargılamanın yenilenmesi sonucu önceki hükmün iptal edilerek belirlenen yeni duruma göre bir mahkûmiyet hükmü kurulması gereken hallerde, *suçun işlendiği tarihten hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre ile yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulünden sonra geçen süre toplanarak* dava zamanaşımının gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenir.

¹¹ 11. CD. 03.07.2013, 2013/2422, 2013/11246 (Kayançiçek, Zamanaşımı, sh. 33).

(Dairemizin 17.02.2009 gün ve 6714/980 sayılı, 10.04.2007 gün ve 8884/2684 sayılı, 1. CD'nin 08.12.1999 gün ve 3547/4139 sayılı kararları). Her ne kadar 5237 sayılı TCK'nın 5377 sayılı Yasa ile değişik 66/5. maddesi ile 765 sayılı TCK uygulamasından farklı olarak aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresinin yeni baştan işlemeye başlayacağı kabul edilmiş ise de, Anayasa'nın 38 ve 5237 sayılı TCK'nın 7/2. maddesi uyarınca suç ve kesinleşme tarihinden sonra yürürlüğe giren hükümlü aleyhine bu düzenlemenin hükümlü hakkında uygulanması mümkün değildir. İnceleme konusu olayda suç tarihi 20.04.1999'dur. Bu tarih ile hükmün kesinleştiği 07.05.2004 ve yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edildiği 19.06.2009 ve sonraki hükmün kurulduğu 07.10.2009 tarihleri arasında geçen süre toplamında değişen suç vasfına göre açığa atılan imzanın suistimali suçunun tabi olduğu 765 sayılı TCK'nın 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen dava zamanaşımının gerçekleşmediği anlaşılmaktadır.”¹²

“Kasten adam öldürmekten beraat eden sanki aleyhine taksirle adam öldürmeden yargılamanın aleyhine yenilenmesi ve sonuçta verilen kararın iptali durumunda; taksirle ölüme sebebiyet vermenin zamanaşımı dikkate alınmalı ve başlangıcın da fiilin işlendiği zaman olmalıdır ki, belirlenen yeni durumun gerektirdiği zamanaşımı dikkate alınmalıdır.”¹³

5237 s. TCK'nın 66. maddesinin 5. fıkrasının ilk hâli, 765 s. TCK'nın 109. maddesinin teori ve uygulama ile açıklığa kavuşturulmuş şekline paralel kaleme alınmıştı. Bu fıkranın değişiklikten sonraki hâline göre de, **aynı fiilden dolayı tekrar yargılanmayı gerektiren (yargılamanın yenilenmesi) hâllerde, dava zamanaşımı süresi tekrar yargılama konusu suç bakımından** belirlenecektir. Yeni düzenlemede “hükümlü” terimine yer verilmeyerek, ilk yargılamanın beraatla sonuçlanmış olması durumunda, beraat eden kişi hakkında eski kuralın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin belirsizliğin giderilmesi yerinde olmuştur.

¹² 11. CD. 29.03.2012, 2011/12260, 2012/4400 (Kayançığek, Zamanaşımı, sh. 33).

¹³ 1. CD. 01.11.1999, 1999/2474, 1999/3482 (Kayançığek, Zamanaşımı, sh. 33).

TCK'nın 66/5. madde hükmünün uygulanabilmesi için;

- *Kesinleşmiş bir hüküm bulunması,*
- *Kesinleşmiş hükme yönelik yargılamanın yenilenmesini gerektiren koşullardan birinin gerçekleşmesi,*
- *Yeniden yargılama konusu yapılmak istenen fiil ile daha önceki yargılamaya konu fiilin aynı olması,*
- *Yeniden yargılama isteminin kabul edilmesi, gerekmektedir¹⁴.*

TCK'nın 66/5. maddesiyle, dava zamaşaşımını kesen neden değil, yargılamanın yenilenmesi gibi hâllerde sürenin başlangıcını gösteren özel bir durum öngörölmüştür. Bu, önceki yargılama sonunda kurulan hükmün kesinleşmesiyle birlikte dava zamaşaşımının durmayacağı, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulüyle birlikte yeni baştan işlemeye başlayacağı anlamına gelmektedir. Doktrinde ileri sürölen bir görüşe göre¹⁵, bu hükmün uygulanabilmesi için, hükmün kesinleşmesinden yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edildiği tarihe kadar ceza zamaşaşımı süresinin dolmamış olması gerekir. Ceza zamaşaşımına bağlanan hukukî sonuçlar (erteleme, tekerrür vs) göz önünde bulundurulduğunda, bu görüşün hukukî dayanaktan yoksun olduğu sonucuna kolaylıkla ulaşılabilir.

Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü tarihinden başlayan dava zamaşaşımı süresinin, önceki yargılamada işleyen süreden bağımsız olup olmadığı, talebin kabulü kararının niteliğinin ne olduğu hususuna gelince; bu konuda farklı fikirler ileri sürölmüştür.

Bir fikre göre¹⁶, maddede geçen “*yeni baştan işlemeye başlar*” ibaresiyle

¹⁴ TCK'nın 66/5. maddesinin uygulanması bakımından daha fazla zamaşaşımı süresine tabi olma durumunun ortaya çıkması gerektiği yönündeki hatalı değerlendirme için bkz. **Maçkaya**, Halil, 765 ve 5237 Sayılı Ceza Kanunlarımıza Göre Dava Zamaşaşımı ve Müddetler, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2005, sh. 88-87.

¹⁵ **Alşahin**, Zamaşaşımı, sh. 136-137.

¹⁶ **Koca**, Mahmut/ **Üzölmez**, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Nisan 2008, sh. 553; **Donay**, Süheyl, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul Eylül 2007, sh. 109; **Donay** ayrıca, TCK'nın 66. maddesinin 5. fıkrasında yapılan değişiklikle yeniden yargılamaya konu suçun, maddenin 3. fıkrasın-

anlatılmak istenen, dava zamanaşımının kesilmesi durumudur. Bu görüş, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulüne ilişkin kararı, zamanaşımını özel olarak kesen nedenlerden biri kabul etmek anlamına gelmektedir.

Diğer bir fikre göre¹⁷, suç tarihinden ilk hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre ile talebin kabulüyle başlayıp ikinci hükmün kesinleşmesine dek devam eden süre toplanmak suretiyle zamanaşımı süresinin hesaplanması gerekir. Demek ki, burada yeni bir süre değil, önceki yargılamada geçen sürenin devamı söz konusudur. Bu görüş, 765 s. TCK'nın yürürlük dönemindeki uygulamayı, 5237 s. TCK bakımından da kabul etmekle eş değerdir.

Bizimde katıldığımız bir başka fikre göre¹⁸ ise, talebin kabulüyle başlayan süre bağımsız olup, önceki süreyle toplanamaz. Zira yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edildiğinde, zamanaşımı süresi en baştan itibaren yeniden başlar. Yargılamanın yenilenmesi talebini dava zamanaşımını kesen nedenlerden biri kabul etmek de mümkün değildir. Bir kere, olağanüstü kanunyollarından biri olan yargılamanın yenilenmesi, ceza zamanaşımının başlangıcını oluşturan hükmün kesinleşme tarihinden sonra gerçekleşmektedir. Bunun yanı sıra, talebin kabulü kararı zamanaşımını kesen neden olarak benimsendiğinde, biten zamanaşımı süresinin tekrar başlatılması nasıl izah edilecektir! Demek oluyor ki, burada kesme nedeninin ön şartı olarak işlemekte bulunan bir dava zamanaşımı süresinin varlığı söz konusu değildir. Şu hâlde, tekrar yargılama konusu suça ilişkin zamanaşımı süresinin **başlangıç tarihi, suç tarihi değil, yargılamanın yenilenmesi talebinin** CMK'nın 321. maddesi uyarınca

da öngörülen ağırlaşmış hâlinin dikkate alınacağı yönündeki kıstasın terk edildiğini ileri sürmektedir. Zamanaşımının yeniden başlaması ile suçun ağırlaşmış hâlinin dikkate alınıp alınmaması arasında bir ilinti kurulamaması karşısında, bu görüşün madde metninden nasıl çıktığı anlaşılamamıştır.

¹⁷ **Aşahin**, Zamanaşımı, sh. 136-137.

¹⁸ **Özbek**, Veli Özer/ **Kanbur**, M. Nihat/ **Bacaksız**, Pınar/ **Doğan**, Koray/ **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, sh. 661-662; **Kayançıçek**, Zamanaşımı, sh. 35-36; **Yaşar**, Osman/ **Gökcan**, Hasan Tahsin/ **Artuç**, Mustafa, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C: II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2014, sh. 2155; **Kuyucu**, A. Aydın, Ceza Yargılaması Hukukunda Kanun Yararına Bozma, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ağustos 2012, sh. 216; **Benzer yönde: Taner**, Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Kasım 2008, sh. 120.

mahkemece “**kabul edildiği tarih**”tir. Bunun eşitlik ilkesi ve kazanılmış hak kuralının ihlali sonucunu doğuracağı yönündeki eleştirileri haklı olarak varit görmeyen kanun koyucu, yasama yetkisine dayanarak özel hüküm ihdas etmek suretiyle, zamanaşımını yeniden başlatmayı uygun bulmuştur. Nitekim bu kabul, her iki düzenleme arasındaki temel farkı oluşturmaktadır¹⁹. Kanunkoyucunun yeni düzenlemedeki muradı bu olduğuna göre, zamanaşımı süresi de, **kabul tarihinden itibaren başlamak suretiyle yeni baştan, yani hiç dava zamanaşımı süresi işlememiş** ve bu suçla ilgili yargılama ilk kez yapılmış gibi hesaplanacaktır. Tekrar yargılama konusu suçla ilişkin zamanaşımı süresi bakımından, diğer fıkralardaki düzenlemelerin de doğal sonucu olarak, aynı maddenin yukarıda da bahsedilen 3. fıkrasında (ağırlaşmış hâle ilişkin) yazılı esaslar da unutulmayarak 1. fıkradaki süreler dikkate alınacaktır. Yargılamanın yenilenmesi isteminin mahkemece reddi hâlinde ise, gidilen kanun yolu mercilerinden birinin itirazı kabul ettiği, kararı kaldırdığı anda istek kabul edilmiş olduğundan, dava zamanaşımı süresi de yeniden işlemeye başlayacaktır²⁰. Nitekim Yargıtay’ın son tarihli kararlarındaki genel eğilim de görüşümüz doğrultusundadır:

“Yargılamanın yeniden yapılması halinde zamanaşımıyla ilgili olarak; 765 sayılı TCK’nın 109. maddesinde öngörülen *‘hükümlünün sonraki mahkûmiyeti önceki mahkûmiyetinden daha hafif bir cezayı içeriyorsa zamanaşımı süresi sonraki hüküm ile belirlenecek cezaya göre hesaplanır’* biçimindeki hükmün, yargılamanın yenilenmesi sürecinde beraat kararı verilmesi gereken halleri kapsamadığı, 5237 sayılı TCK’nın 66/5. maddesindeki *‘aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren file ilişkin zamanaşımı süresinin yeni baştan*

¹⁹ **Öztürk-Erdem**, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Kasım 2005, sh. 338; **Şen**, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: I (m. 1-140), 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul Nisan 2006, sh. 208; **Malkoç**, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu C: 1, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, sh. 233; **Certel**, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilip de önceki kararın iptali durumunda, zamanaşımı süresinin başlangıcının fiilin işlendiği tarih olacağını belirtmektedir (**Certel**, Abdülkadir, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008, sh. 55). Yeni düzenlemenin getirdiği özelliği gözden kaçırın, her iki düzenleme arasındaki farkı ayırt edemeyen bu görüşün yasal dayanağı bulunmamaktadır.

²⁰ **Malkoç**, I, sh. 233.

işlemeye başlayacağı” şeklindeki düzenlemenin, 5252 sayılı Kanunun 9/3. maddesi uyarınca her iki kanunun tüm hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, 765 sayılı Kanun hükümlerine nazaran sanığın daha lehine olduğu, bu itibarla mahkemece 05.04.2005 tarihinde yargılamanın yenilenmesi yönündeki talebin kabul edilmesiyle yeni baştan işlemeye başlayan zamanaşımının, 26.06.2007 tarihli mahkûmiyet hükmü de nazara alınarak hesaplandığında hem asli hem kesintili olarak gerçekleşmediğinin anlaşılması karşısında tebliğnamedeki bu nedenle bozma ve düşme isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.”²¹

“5237 sayılı TCK’nın 66/5 maddesi uyarınca yargılamanın yenilenmesi talebinin *kabul edildiği* 23.5.2002 tarihi ile inceleme tarihi arasında 765 sayılı TCK’nın 102/4 ve 104/2. maddelerinde öngörülen zamanaşımı süresinin gerçekleşmiş bulunduğu anlaşılması bozmayı gerektirmiştir.”²²

“Hükümlü hakkında 21.10.2003 tarihinde yüze karşı verilen 2002/45 E., 2003/33 K. sayılı hükmün temyiz edilmeden kesinleştiği görülmekle, zamanaşımı süresi işlemeyeceğinden ayrıca yargılamanın iadesinin *kabul edildiği* 31.05.2005 tarihi ile yargılamanın yenilenmesi talebinin *reddedildiği* 26.02.2007 arasında zamanaşımı süresinin de dolmadığı anlaşılmakla yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.”²³

“Hüküm kesinleştikten sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’nın 66/5. maddesinin sanık hakkında uygulama şartlarının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum karşısında suç ve kesinleşme tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’nın dava zamanaşımını düzenleyen 96-111. madde hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Buna göre; yargılamanın iadesi kararı üzerine yapılan yargılamada asli dava geri gelmeyeceğinden bu aşamada dava zamanaşımı söz konusu olamaz. Kesinleşmiş karardan önce geçen zamanaşımı süresi ile yargılamanın iadesi kararından sonra geçecek zamanaşımı süresi birlikte değerlendirilemez. İade-i muhakeme kararı üzerine mahkeme yeni de-

²¹ 14. CD. 19.12.2011, 2011/19385, 2011/5221 (Kayançığek, Zamanaşımı, sh. 36).

²² 3. CD. 01.12.2011, 2011/3615, 2011/20490; Aynı mealde: 2. CD. 14.06.2011, 2011/9660, 2011/13077; 14. CD. 27.10.2011, 2011/16280, 2011/1507 (Kayançığek, Zamanaşımı, sh. 36).

²³ 3. CD. 15.09.2011, 2011/10555, 2011/11811 (Kayançığek, Zamanaşımı, sh. 36).

lillerle önceki delilleri birlikte değerlendirerek, sonuçta yeni delilleri önceki hükmün iptalini gerektirmeyecek nitelikte görürse önceki hükmün onanmasına karar vermekle yükümlüdür. Önceki hüküm iptal edilmez de onanırsa zamanaşımından dolayı hüküm bozulamaz. Buna karşılık ister lehe isterse aleyhe olsun iade-i muhakeme kararı üzerine yapılan yargılama sonunda eski hüküm iptal olunur ve belirlenecek yeni duruma göre, bir mahkumiyet hükmü kurmak gerekirse belirlenen yeni durumun gerektirdiği zamanaşımı dikkate alınacak ve başlangıcı da suç tarihi kabul edilecektir. Ancak, yargılamanın iadesi kararı ile önceki mahkumiyet hükmü iptal olunur ve yeni duruma göre beraat kararı vermek gerekirse zamanaşımı söz konusu olamaz. Bu durumda beraat kararı verilmelidir. (Yargıtay 1. CD'nin 8.12.1999 gün 1999/3547-4139 kararı da aynı yöndedir). Bu açıklamalar ışığında incelenen dosyaya dönüldüğünde; mahkemece iade-i muhakeme kararı verildikten sonra yapılan yargılama sonucunda, ya yeni delillerle birlikte eski deliller değerlendirilerek önceki hükmün onanmasına ya da yeni delillerle birlikte durumun değiştiğinin kabul edilmesi halinde hükmün iptali ile yeni duruma göre bir karar verilmesi gerekirken zamanaşımı dolduğu gerekçesi ile önceki hükmün iptaline karar verilmesi yasaya aykırıdır.”²⁴

Lehe yargılamanın yenilenmesi kararıyla önceki mahkûmiyet hükmünün iptal olunmasını müteakip, oluşan yeni duruma göre beraat kararı verilmesi gerekiyorsa, kanunun açık hükmü karşısında itibar iadesi nedeniyle zamanaşımı söz konusu olamaz²⁵. Cezanın yerine getirilmesinden ve hatta hükümlünün ölmesinden sonra dahi yargılamanın yenilenmesini kabul eden CMK hükümleri gözetildiğinde, dava zamanaşımı lehe yargılamanın yenilenmesinde engel neden kabul edilemez.

“Yargılamanın iadesi kararı üzerine asli dava geri gelemeyeceğinden bu aşamada dava zamanaşımı söz konusu olamaz. İade kararı üzerine kantları toplayan mahkeme bunları önceki kanıtlarla birlikte değerlendirerek sonuçta

²⁴ 7. CD. 04.05.2010, 2006/9001, 2010/6517 (**Kayançicek**, Zamanaşımı, sh. 37).

²⁵ **Erem**, Yargılamanın Yenilenmesi, sh. 45-47; **Özgen**, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, sh. 53; **Karakurt**, Ahu, Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2008, sh. 63.

iki karardan birini vermekle yükümlüdür. Yeni kanıtlar önceki hükmün iptalini gerektirmeyecek nitelikte ise, önceki hükmün onanmasına karar verir. Aksi hâlde önceki hükmün iptali ile birlikte belirlenen yeni duruma göre yeni bir hüküm kurması gerekir. Önceki hüküm iptal edilmez de onanırsa zamanaşımından dolayı bozulamaz; çünkü, önceki kararı iptal ettirmeyecek delillerle zamanaşımını sağlamak kanunun amacına ve diğer hükümlerle oluşturulan dengeye aykırılık teşkil eder. Buna karşılık ister lehe ister aleyhe olsun iade kararı üzerine hüküm iptal olunur ve belirlenecek yeni duruma göre bir mahkûmiyet hükmü kurmak gerekirse belirlenen yeni durumun gerektirdiği zamanaşımı dikkate alınmalıdır. Örneğin, kasten adam öldürmekten beraat eden sanık aleyhine taksirli adam öldürmeden yargılamanın aleyhine yenilenmesi ve sonuçta bu suçtan verilen kararın iptali durumunda; taksirle ölüme sebebiyet vermenin zamanaşımı dikkate alınmalı ve başlangıcı da fiilin işlendiği zaman olmalıdır. Ancak, lehe yargılamanın iadesi kararıyla önceki mahkûmiyet hükmü iptal olunur ve yeni duruma göre beraat kararı vermek gerekirse yasanın açık hükmü karşısında (CMUK m. 335), itibar iadesi nedeniyle zamanaşımı söz konusu olamaz.”²⁶

Yargılamanın yenilenmesi talebi dava zamanaşımını kesen bir neden olmadıgından, TCK’nın 67/4. maddesi gereğince, *ipso iure* zamanaşımı süresinin yarı oranında uzaması sonucunu doğurmaz. Fakat talebin kabulüyle yeni baştan başlayan zamanaşımı süresi yönünden kesilme ve durma nedenlerinin ortaya çıkması mümkün olduğundan, sürenin uzaması pekâla mümkündür²⁷.

TCK’nın 66/5. maddesine ilişkin gerekçede, düzenlemeyle güdülen asıl amacın “*yeniden yargılama söz konusu olan hâllerde, bu nedenle dava zamanaşımı süresinin dolduğundan bahisle yargılamaya son verilmesi yönündeki taleplerin önüne geçmek*” olduğu vurgulanmıştır. Bizce bu ibare, kanunyollarından yalnızca yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozmayı kapsamaktadır. Buna rağmen ibare; bunlara benzerlik gösteren karar düzeltme, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı gibi diğer müesseseler bakımından

²⁶ 1. CD. 08.12.1999, 1999/3547, 1999/4139 (Kayançık, Zamanaşımı, sh. 38).

²⁷ Aynı yönde: Yaşar-Gökcan-Artuç, II, sh. 2155; Aksi yönde: Taner, Zamanaşımı, sh. 120; Alşahin, Zamanaşımı, sh. 137.

da düzenlemenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda taşıdığı belirsizlik nedeniyle eleştiriyeye açıktır.

“Karşılıksız çek keşide etmek suçundan sanık, R.’den olma 1944 doğumlu Ahmet A. hakkında Bursa 5. Asliye Ceza Mahkemesi’nce yapılan yargılama sonucunda, gerekçeli karar başlığına kısmen, N.’den olma 1940 doğumlu Ahmet A.’nın kimlik bilgileri yazılarak 2003/833 esas ve 2004/71 karar sayı ile 11.2.2004 tarihinde kurulan mahkumiyet hükmünün Dairemizce düzeltilerek onanmasından sonra, N.’den olma 1940 doğumlu Ahmet A.’nın yapılan yanlışlığın düzeltilmesine ilişkin dilekçesinin mahkeme tarafından yargılamanın yenilenmesi isteği olarak değerlendirildiği ve duruşma açılarak yeniden yapılan yargılama sonunda, 11.2.2004 tarihli mahkumiyet hükmünün iptaline, N.’den olma 1940 doğumlu Ahmet A.’nın beraatına ve R.’den olma 1944 doğumlu Ahmet A.’nın mahkumiyetine ilişkin olarak verilen 9.5.2008 tarihli ek kararın sanık müdafii ve katılan vekili tarafından temyiz edilmesi üzerine, dava dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırma isteyen tebliğnamesi ile 25.12.2008 tarihinde Dairemize gönderildiği anlaşılmakla Dosya incelendi ve gereği görüşülüp düşünüldü: 09.05.2008 tarihli ek kararın, daha önce kesinleşen 11.02.2004 tarihli hükümdeki maddi hataların düzeltilmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Dosya belge ve bilgilere, Mahkemenin gösterdiği gerekçeye göre temyiz itirazlarının reddiyle 09.05.2008 tarihli ek kararın onanmasına.”²⁸

Uygulamada yargılamanın yenilenmesi istemlerinin belki de en sık karşılaşılanı, başkasının kimlik bilgilerinin kullanılması sonucunda asıl fail dışında bir başkası hakkında mahkûmiyet hükmü kurulmasına sebep olunmasıdır. Yargıtay, bu durumda kimlik bilgileri kullanılan kişi değil, esasen bu bilgileri kullanarak kendisini o kişi olarak tanıtan fail hakkında kamu davası açılıp mahkûmiyet hükmü kurulduğunu kabul etmektedir. Gerçekten aksi görüşten yana olmak, uzun süren yargılama sonucunda gerçek suçlunun dava zamanaşımı sayesinde cezadan kurtulmasına bir nev’i önyak olmak demektir. Dolayısıyla böyle bir durumda ortaya çıkan kesme nedenlerinin de, esasen başkası

²⁸ 10. CD. 23.02.2010, 2008/18258, 2010/4179 (Kayançiçek, Zamanaşımı, sh. 38).

hakkında gerçekleştiği düşüncesinden hareketle dava zamanaşımını kesici etkileri bulunmadığı söylenemez.

“İsnat olunan suç nedeniyle yakalanıp tutuklanan, hakkında dava açılan, tutuklu olarak sorgusu yapılan, yargılama sonucu 06.07.1999 tarihinde mahkûmiyetine karar verilen ve hakkında 12.06.2006 tarihinde uyarlama hükmü kurulan kişi gerçekte sanık Sıddık Y.’dir. Sanık sahte kimlik kullandığı için iddianame ve kararlara yanlışlıkla Sabri Y.’nin kimlik bilgileri yazılmıştır. İddianame ile sözü edilen mahkûmiyet ve uyarlama hükümlerindeki kimlik bilgilerinin düzeltilmesi mümkündür. Bu nedenle, “06.07.1999 tarihli mahkûmiyet hükmünün ortadan kaldırılmasına” ve hakkında gerçek anlamda dava bulunmadığı halde “Sabri Y.’nin beratına” ilişkin 22.10.2009 tarihinde 1998/357 esas ve 1999/149 karar sayı ile verilen kararın “yok hükmünde” olduğu ve hukuksal geçerliliğinin bulunmadığı kabul edilmiştir./ *Sonuç*: Sanık Sıddık Y. hakkında 06.07.1999 tarihinde 1998/357 esas ve 1999/149 karar sayı ile verilen mahkûmiyet hükmü ile 12.06.2006 tarihli uyarlama hükmünün geçerliliklerini koruduğu dikkate alınarak; sözü edilen hükümlerle ilgili dava dosyalarının getirilmesi, 31.08.1998 tarihli iddianamedeki sanık Sıddık Y.’in kimlik bilgilerinin düzeltilmesinin sağlanması, düzeltilen iddianameye karşı sanık Sıddık’tan diyeceğinin sorulması; daha sonra, 06.07.1999 tarihli mahkûmiyet ve 12.06.2006 tarihli uyarlama hükümlerindeki sanık Sıddık Y.’in kimlik bilgilerinin düzeltilmesine, sanık Sıddık Y. hakkında önceden açılmış dava üzerine verilmiş hüküm bulunduğu halde, aynı fiil nedeniyle tekrar açılan bu davanın CMK’nın 223. maddesinin 7. fıkrası gereğince reddine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, sanık hakkındaki bu davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesine hükmolunması yasaya aykırıdır.”²⁹

Anayasa’nın 40/2, CMK’nın 34/2, 231/2 ve 232/6. maddelerine aykırı olarak karara karşı başvurulacak kanun yolunun, süresinin, başvuru şeklinin gösterilmemesi durumunda mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olmaz. Bahsedilen eksikliklere ve usulü hatalara rağmen, mahkemece hüküm hukuka aykırı şekilde kesinleştirilmişse, gündeme gelen yargılamanın yenilenmesi taleple-

²⁹ 10. CD. 27.11.2012, 2012/20816, 2012/17578 (Kayançecek, Zamanaşımı, sh. 39).

ri Yargıtay tarafından temyiz istemi olarak kabul edilmekte ve mahkemenin talebi kabule değer gördüğü karar yok hükmünde sayılmaktadır. Bu itibarla, uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere, hukuka aykırı biçimde kesinleştirilen mahkûmiyet hükümlerine yönelik yargılamanın yenilenmesi talepleri açısından TCK'nın 66/5. maddesi değil, zamanaşımının genel kuralları tatbik kabiliyetini haizdir.

“İzmir 19. Asliye Ceza Mah.’nin 14/09/2005 tarihli 2004/1332 Esas, 2005/639 K Karar sayılı ilk hükümde Anayasa’nın 40/2, 5271 sayılı CMK’nın 34/2, 231/2 ve 232/6. maddelerine aykırı olarak karara karşı başvurulacak kanun yolunun, süresinin, başvuru şeklinin gösterilmemesi karşısında, anılan kararın kesinleşmediği; kesinleşmeyen bu karara karşı sanık müdafinin 02.05.2006 havale tarihli yargılamanın yenilenmesi istemini içeren dilekçesinin süresinde verilmiş temyiz başvurusu olduğu ve İzmir 17. Asliye Ceza Mah.’nin 27.02.2008 tarihli 2007/70 Esas, 2008/62 Karar sayılı yargılamanın yenilenmesi isteminin kabulü ile ilk hükmün iptali ve sanığın beraatine ilişkin kararın hukuken yok hükmünde bulunduğu kabul edilerek, İzmir 19. Asliye Ceza Mah.’nin 14.09.2005 tarihli 2004/1332 Esas, 639 Karar sayılı asıl hüküm yönünden temyiz incelemesi yapılmıştır.”³⁰

C. Kanun Yararına Bozma

Kanun yararına bozma (yazılı emir), CMK’nın 309 ve 310. maddelerinde düzenlenmiş olup, esas itibarıyla hâkimler ve mahkemeler tarafından verilen, istinaf veya Yargıtay incelemesinden geçmeksizin kesinleşen kararlar aleyhine, ülkede içtihat birliğini sağlamak ve hukuk uygulamasında yeknesaklığı elde etmek amacıyla müracaat edilen olağanüstü bir kanun yoludur. Adalet Bakanlığı kanun yararına bozma yoluna başvurmamış ise, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı da hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiren veya daha hafif bir ceza verilmesini gerektiren bir bozma nedeni olduğu görüşünde ise, bu yola gidebilir.

³⁰ 15. CD. 26.01.2012, 2011/42868, 2012/4580 (**Kayançiçek**, Zamanaşımı, sh. 40).

CMK'nın 309. maddesinde, hükümdeki hukuka aykırılıkların kural olarak Yargıtay tarafından hiçbir yargılama yapılmaksızın, istisnai olarak da ilk derece mahkemesince yeniden yargılama yapılarak giderilmesi öngörülmüştür. Zira anılan maddenin dördüncü fıkrasının hükümlere ilişkin (b), (c) ve (d) bentlerine giren hâllerden (c) ve (d) durumlarında Yargıtay dairesi tarafından doğrudan işin sonuçlandırılması kabul edilmiş; yalnızca mahkûmiyet hükmüne ilişkin savunma hakkına ve işin esasına dair olmayan hususlara yönelik bozma nedenleri yönünden yeniden yargılama yapılması kabul edilmiştir. Buna göre, kanun yararına bozma sonrası kararı veren hâkim veya mahkeme tarafından yeniden karar verilmesi, yalnızca maddenin dördüncü fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen durumların varlığı hâlinde mümkündür. Bozma nedenleri hükümlünün cezasının kaldırılmasını gerektiriyorsa cezanın kaldırılmasına, daha hafif bir ceza verilmesini gerektiriyorsa bu hafif cezaya, Yargıtay ceza dairesince doğrudan hükmedilecektir³¹.

“Katılan Mine’ye karşı fiziki bir temas olmaksızın kullandığı cep telefonundan katılanın kullandığı cep telefonuna; “ay çok tatlı alo deyişin var ya, tanışmak ister misin” şeklinde mesaj gönderen sanık hakkında yerel mahkemece TCK'nın 105. maddesi yerine, aynı kanununun 103/1. maddesi uyarınca 2 yıl 6 ay hapis cezasına hükmolunması isabetsiz olup, Özel Dairece kanun yararına bozma isteminin kabulüne ve kararın bozulmasına karar verilmesi kanuna uygundur. Ancak, bu aykırılık CMK'nın 309/4-d maddesi kapsamında kalmakta olup, yargılamanın tekrarlanması yasağı bulunduğundan, belirlenen hukuka aykırılığın Özel Dairece TCK'nın 105. maddesi uygulanarak cezanın belirlenmesi suretiyle giderilmesine karar verilmesi yerine, hükmün bozulduktan sonra müteakip işlemlerin mahkemesince yapılmasına karar verilmesinde isabet bulunmamaktadır.”³²

Bu itibarla dava zamanaşımı dolmadığı hâlde, mahkemece dolduğu düşüncesiyle ceza davası düşürülmüş ve karar temyiz incelemesinden geçmeden

³¹ **Kunter**, Nurullah, *Olağanüstü Kanun Yolunda Reform*, İÜHFİM, C: 38, No: 1-4, İstanbul 1973, sh. 169; **Centel-Zafer**, Ceza Muhakemesi, sh. 768; **Yıldız**, Müzeyyen, *Kanun Yararına Temyiz*, ABD, S: 4, Temmuz-Ağustos 1995, sh. 52-57.

³² CGK. 21.05.2013, 2012/14-1538, 2013/255 (**Kayançıçek**, Zamanaşımı, sh. 45).

kesinleşmişse, söz konusu karar kanun yararına bozmaya konu edilir. Yüksek Mahkeme bu durumu saptayıp kararı bozmakla yetinir, mahkûmiyet hükmü kurulmasına işaret ederek dosyayı yerel mahkemeye gönderir. Zira kanun yararına bozma yöntemiyle, bozma hükümlü aleyhine sonuç doğurur³³. Gerçekten 1412 s. CMUK'dakinden farklı olarak 5271 s. CMK'da düzenlenen kanun yararına bozma kanun yolunda (m. 309/4-b-c) kazanılmış hak (*reformatio in peius*) kuralı saklı tutulmamıştır.

“Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 09.07.2009 gün ve 11271/8852 ve 02.12.2010 gün, 15638/13829 ve 22.04.2008 gün ve 4565/3588 sayılı kararlarında belirtildiği üzere; mahkumiyet hükmünün kurulmasından sonra hükmün taraflara tebliği aşamasında, dava zamanaşımının gerçekleşmesi nedeniyle mahkemenin resen ya da talep üzerine dosyayı yeniden ele alarak zamanaşımının dolması nedeniyle ortadan kaldırma kararı vermesinin hukuki değerden yoksun olduğu gözetilmeden davanın esasına girilerek kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”³⁴

Mahkeme tarafından suçun vasfı daha ağır (örneğin nitelikli kasten yaralama suçu adam öldürmeye teşebbüs olarak) kabul edilmiş olabilir. Kanun yararına bozma yoluna gidilirken, istem kabul edilerek daha hafif bir cezanın verilmesi gerekçesiyle bozulursa, CMK m. 309/4-d hükmü gereğince daha hafif cezaya Yargıtay ilgili ceza dairesince doğrudan hükmedilir. Bu hâlde de, yargılamanın tekrarlanması yasağı bulunduğundan, Yargıtay ceza dairesince hükmün bozulması ile yetinilmeyip, gereken kararın doğrudan ilgili daire tarafından verilmesi gerekir. Dolayısıyla hükümlü lehine ortaya çıkan sonuç dolayısıyla, dava zamanaşımı hükümleri dikkate alınır. Fakat bu hâlde TCK m. 66/5 hükmü değil, zamanaşımına ilişkin genel kurallar uygulanır³⁵.

³³ Aynı yönde: **Ünver**, Yener/ **Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2012, sh. 911-912; **Yıldız**, Kanun Yararına Temyiz, sh. 57; 1412 s. CMUK'un yürürlük döneminde geçerli aksi yönde düşünce için bkz. **Yarbaş**, Fevzi/ **Bağcı**, Basri, Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı ve Müddetler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 1999, sh. 23; **Taşdemir**, Kubilay, Ceza Davalarında Zamanaşımı, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara 2001, sh. 37; **Maçkaya**, Zamanaşımı, sh. 18-19.

³⁴ 11. CD. 05.03.2013, 2012/15627, 2013/3630 (**Kayanççek**, Zamanaşımı, sh. 45).

³⁵ **Koca-Üzülmez**, kanun yararına bozma durumunda da m. 66/5. fıkra hükmünün uygulanacağını belirtmişler, ancak bozmanın mahiyetine ilişkin bir ayırma gitmemişlerdir (**Koca-Ü-**

“Bireylere kötü davranmak suçundan sanık E.P.’ın yargılaması sonunda CYY’nın 341. maddesi uyarınca 8.10.1991 gün ve (...) sayılı hükmün iptaline ve TCY’nın 456/1, 245/son, 59, 647 sayılı Yasa’nın 6. maddeleri uyarınca 6 ay 20 gün hapis cezasıyla hükümlülüğüne, 2 ay 15 gün memuriyetten mahrumiyetine ve cezanın ertelenmesine ilişkin A. ağır ceza mahkemesinden verilen hükmün incelenmesi katılan tarafından incelenmiş olmakla; niteliği değişen suçun son kesme nedeninin olduğu tarihe göre dava zamanaşımının gerçekleştiği anlaşıldığından, katılan S.T.’ın temyiz nedenleri yerinde bulunmakla TCY’nın 102/4, 104/2 ve CYY’nın 253. maddeleri uyarınca hükmün ortadan kaldırılmasını sonucunu doğurmak üzere kamu davasının düşürülmesine.”³⁶

“Sanığın hakaret suçundan mahkumiyetine dair 28.02.2007 tarihli hükmün, cezanın miktar ve türüne göre 21.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5219 sayılı Kanunun 3-B maddesi ile değişik 1412 sayılı CMUK’nın 305/1.maddesi gereğince hüküm tarihi itibarıyla temyizinin mümkün olmadığı ve kesin hüküm niteliğinde olması nedeniyle ceza zamanaşımının işlemeye başladığı, hükmün Dairemizin 24.09.2007 tarihli ilamı ile *kanun yararına bozulması* üzerine yapılan yargılamada artık *dava zamanaşımının söz konusu olmayacağı* anlaşıl-makla, tebliğnamedeki düşünceye katılmamıştır.”³⁷

Buna karşılık kanun yararına bozma sonrası yeniden yargılama yapılması gereken hâllerde, 5237 s. TCK’nın 66/5. maddesinin uygulanması gerekir. Zira kanun yararına bozma sonrası yapılacak yargılama kesin hükümde değişiklik (uyarlama) yargılaması değildir. Bu durumda dava zamanaşımı süresinin de kanun yararına bozma kararı tarihinden itibaren başlatılması uygun olur³⁸. TCK’nın 66/5. maddesindeki, “aynı fiilden dolayı tekrar yargılama talebinin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresinin yeni baştan işlemeye başlayacağı” ibaresinden bu sonuca ulaşmak mümkündür. Gerçekten Yargıtay özel ceza dairesinin kanun kararına bozma kararı, aynı zamanda bozma (yeniden yargılama) isteminin kabulü anlamına gelmektedir.

zülmez, Genel Hükümler, sh. 553).

³⁶ 4. CD. 23.12.1997, 1997/10731, 1997/11318 (**Kayançıçek**, Zamanaşımı, sh. 46).

³⁷ 2. CD. 06.12.2011, 2011/33588, 2011/40571 (**Kayançıçek**, Zamanaşımı, sh. 46).

³⁸ *Aynı yönde: Kuyucu*, Kanun Yararına Bozma, sh. 218-219; **Tan**, Mehmet, TCK Genel Hükümler C: II, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Mayıs 2011, sh. 2413-2414.

D. 5237 Sayılı TCK'nın 66/5. Madde Kapsamına Giren Hâllere Benzerlik Gösteren Durumlar

1. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı

Prensip olarak ilk derece mahkemelerince verilen kararlar Yargıtay özel ceza dairesi tarafından onanmakla kesinleşir ve bu andan itibaren ceza zama-naşımı süresi başlar. Yargıtay ceza dairelerinin temyiz incelemesi sonucunda verdikleri kararların kesinliği evrensel ilkedir. Ancak kanunkoyucu, hukuka aykırı gördüğü özel daire kararlarına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına re'sen veya istem üzerine itiraz yetkisi tanıyarak, Yargıtay Ceza Genel Ku-rulu'nun (CGK) hakemliğine başvuru yolunu açmıştır (CMK m. 308). CGK, daire kararının kaldırılması ve yerel mahkeme hükmünün onanması veya bozulması şeklinde sonuç ortaya koyar. Başsavcılığın itirazı, aslında temyiz yargılamasının devamı niteliğinde olduğundan yapılacak inceleme hukuka uygunluk denetimidir³⁹. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itiraz yetkisine olağanüstü itiraz da denilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi gibi olağanüstü itiraz da, olağanüstü kanun yolları arasında düzenlenmiştir⁴⁰.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine başlayan CGK'daki inceleme sürecinde dava zama-naşımının işleyip işlemeyeceği, işleyecekse nasıl ve hangi andan itibaren işleyeceği, sürenin ne şekilde hesaplanacağı husus-larına CGK'nın, son uygulamasını yansıtan 21.06.2011 gün ve E: 2011/6-94, K: 2011/133 sayılı kararıyla çözüm getirilmiştir. Bahse konu karara göre, da-irenin onamasına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca CMK'nın 308. maddesine dayanılarak itiraz yoluna gidilmesi hâlinde, CGK tarafından ya-pılan inceleme sonucunda itiraz reddedilirse, inceleme sırasında zama-naşımı süresi dolmuş olsa dahi dikkate alınmaz⁴¹. Buna karşılık itiraz kabul edilirse,

³⁹ **Arslan**, Çetin, *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK Md. 308)*, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 2, S: 5, Ankara Aralık 2007, sh. 126-131; **Talas**, Serdar, *Ceza Muhakemesi Hu-kukunda Başsavcılığın İtirazı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXX, S: 1, Ocak 2012, sh. 174.

⁴⁰ **Centel**, Nur/ **Zafer**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul Ekim 2012, sh. 763-764.

⁴¹ CGK tarafından itirazın kabulü hâlinde, dava zama-naşımı süresinin bir kısıtlamaya bağlı kalmaksızın işlemeye devam edeceği görüşü için bkz. **Uzun**, Mehmet Ali, *Ceza Hukukun-da Zama-naşımı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora

Özel Daire onama kararı ile CGK'nın karar tarihi arasında geçen süre dava zamanaşımı hesabında göz önünde bulundurulmaz. İtirazın kabulü üzerine dosyanın derdest hâle gelmesi nedeniyle yargılamaya devam edildiğinde, CGK tarafından *itirazın kabulü tarihinden itibaren geçerli olmak üzere süre işlemeye devam edeceğinden*, dava zamanaşımı buna göre hesap edilir. Bu ihtimalde esasen mahkûmiyet kararının onanmasıyla başlayan ceza zamanaşımı yasal karine gereği sınırlı olarak yok sayıldığından, dava zamanaşımı da sınırlı şekilde eskiye avdet etmiş olur⁴². Dolayısıyla özel daire onama kararı hukuka aykırı görülerek kaldırılıp yerel mahkeme hükmü bozulduğu takdirde, CGK'da inceleme yapılırken dava zamanaşımı süresinin zikredilen hesap çerçevesinde dolduğu tespit olunursa, CMUK'nın 322. maddesinin verdiği yetkiye istinaden dava zamanaşımı nedeniyle kamu davasının düşürülmesi cihetine gidilir. Önemle işaret edelim ki, CGK'nın aşağıda içeriği verilen bahse konu kararı, kurulun itirazı kabul kararına, dava zamanaşımını kesen veya durduran etki tanınması nedeniyle eleştiriyeye açıktır.

“Yargıtay ilgili Ceza Dairesince bir hüküm onanmakla kesinleşmekte ve kesinleşme anına kadar işleyen dava zamanaşımı bu aşamada sona ermektedir. Nitekim 09.05.1956 gün ve 6/4 sayılı İBK'nda, onama ile hükmün kaziyeyi muhkem hale geleceği açıkça belirtilmiştir. 1412 sayılı CYUY'nın yürürlükte bulunduğu dönemde Yasanın 322. maddesindeki itiraz yoluna başvurulması halinde de zamanaşımının işleyeceği öğretide bir kısım yazarlar tarafından kabul edilmiş, nitekim CGK'nın 10.05.1993 gün ve 4-11/151 sayılı kararında Özel Daire onama kararı yerinde görüldüğü takdirde CGK'da yapılan inceleme sırasında dava zamanaşımı süresi dolmuş bulunsa bile bu hususun göz önüne alınmayacağı, ancak Özel Daire onama kararı hukuka aykırı görülerek

Tezi), İstanbul 1994, sh. 146-147; **Alşahin**, Zamanaşımı, sh. 207-208.

⁴² 1412 s. CMUK'nın yürürlük döneminde konuya hafıza yoran *Alacakaptan*, özel ceza dairesi kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından CGK nezdinde itirazda bulunulduğu takdirde hükmün kesinleşmeyeceğini, dolayısıyla CGK'nın mesele hakkında onama kararı verinceye kadar dava zamanaşımı süresinin devam edeceğini ileri sürmektedir (*Alacakaptan*, Uğur, *Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı'nın Yaptığı İtiraz Hükmün Kesinleşmesine Mani Olur mu?*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 1-4, Ankara 1967, sh. 287-291). Bu görüş CGK'nın önceki uygulamasını yansıtan 10.05.1993 gün ve 4-11/151 sayılı kararındaki muhalefet şerhine de ilham kaynağı olmuştur.

kaldırıldığı ve yerel mahkeme hükmü bozulduğu takdirde, CGK'da inceleme yapılırken dava zamanaşımı süresinin dolmuş olması halinde kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine karar verilmesi gerekeceği kabul edilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı 5271 sayılı CYY'nda olağanüstü bir yasa yolu olarak düzenlenmiş olduğundan, anılan Yasa döneminde yapılan itirazlar yönünden böyle bir ayrıma gerek bulunmamaktadır. Olağanüstü yasa yollarına ilişkin tüm ilke ve kurallar yasalarda aksi belirtilmedikçe bu yasa yolu için de uygulanmalıdır. Yasa yararına bozma ve yargılamanın iadesinde dava zamanaşımına ilişkin hükümler ancak yasanın açıkça izin verdiği hallerde uygulanabiliyorsa, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazında da aynı şekilde hareket edilmelidir. Dolayısıyla, 5271 sayılı CYY'nda olağanüstü bir yasa yolu olarak düzenlenmiş olan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı üzerine yapılan incelemede, CGK'nca **itirazın kabulü halinde, Özel Daire onama kararı ile CGK'nın karar tarihi arasında geçen sürenin dava zamanaşımının hesaplanmasında göz önünde bulundurulmaması** gerektiğinin kabulü zorunludur. Ancak itirazın kabulü üzerine dosyanın derdest hale gelmesi nedeniyle **yargılamaya devam edildiğinde CGK'nca itirazın kabulü tarihinden itibaren geçerli olmak üzere süre işlemeye devam edeceğinden dava zamanaşımı buna göre hesaplanmalıdır.**

Aksine, Özel Daire onama kararı ile Ceza Genel Kurulu inceleme tarihi arasında geçen sürenin dava zamanaşımının hesaplanmasında göz önünde bulundurulması gerektiğinin kabulü halinde, sanık lehine itirazda süre aranmadığından bahisle bir başka olağanüstü yasa yolu olan yasa yararına bozmaya dahi konu edilemeyecek nitelikte bir yasaya aykırılıktan dolayı somut olayda da olduğu gibi Özel Daire onama kararından çok uzun bir süre sonra itiraz yasa yoluna başvurulması neticesinde, itirazın kabulü ile yerel mahkeme hükmünün bozulması ve inceleme tarihi itibarıyla dava zamanaşımının dolduğundan bahisle kamu davasının düşürülmesi hak ve adalet ilkelerine aykırılık oluşturacak, yargı organına olan güvenini zedeleyecek ve ileride telafisi mümkün olmayacak sonuçların doğmasına neden olacaktır. Bu itibarla, Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Daire'nin düzelterek onama kararının kaldırılmasına, yerel mahkeme hükmünün 765 sayılı TCY'nın 522/1. maddesindeki pek hafif

değere ilişkin indirim yerine hafif değere ilişkin indirimin uygulanması, hükümden sonra yürürlüğe giren 5083 sayılı Yasa hükümlerine göre fazla para cezası tayin edilmesi, hükmolunan para cezasına gecikme cezası uygulanması ve ağır para cezasının adli para cezasına dönüştürülmemesi nedenlerinden bozulmasına, ancak yeniden yargılama gerektirmeyen bu hususta 1412 sayılı CYUY'nın 5320 sayılı Yasanın 8. maddesi uyarınca halen yürürlükte bulunan 322. maddesi uyarınca Ceza Genel Kurulunca da karar verilmesi olanaklı bulunduğundan, sair yönleri isabetli bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına karar verilmelidir.⁴³

2. Karar Düzeltme

5320 s. Kanun'un 8. maddesi gereğince halen uygulanmasına devam edilen CMK'nın 322. maddesine göre, Yargıtay ceza daireleri veya ceza genel kurulunun kararlarına karşı *karar düzeltme (tashihi karar)* usulü ancak hükmün/ kararın zat ve mahiyetine doğrudan doğruya etkili olmak üzere temyiz dilekçesinde ya da tebliğnamede ileri sürülen bir hususun ve bunlar dışında esas hükme etkili eksiklik ve hataların temyizen nazara alınmamış olması hâllerinde geçerlidir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının talebi üzerine Yargıtay incelemesi, asıl ilâmı vermiş olan daire veya CGK tarafından yapılır. Mahalli Cumhuriyet savcısı da re'sen Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak karar düzeltme isteğinde bulunabilir⁴⁴. Karar düzeltme kurumunun konusu, Yargıtay ceza dairesi ve CGK'nın kararlarındaki yazıma ilişkin maddî hatalardır. Bu hatalar, adından da anlaşılacağı üzere hükmün özüne ilişkin değildir. Dolayısıyla burada normal kanun yolu davasında söz konusu olan ve verilen hükmün sübutu veya hukukî meselede hatalı olması sonucunu doğuran bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır⁴⁵.

“Esasen olağan bir dikkat ve özenin gösterilmesi halinde gerçekleşmeyecek

⁴³ CGK. 21.06.2011, 2011/6-94, 2011/133; *Aynı mealde*: CGK. 22.11.2011, 2011/4-203, 2011/238; 11. CD. 23.11.2012, 2012/22300, 2012/20207 (**Kayançıçek**, Zamanaşımı, sh. 4142).

⁴⁴ **Baysal**, Osman, *Yargıtay Ceza Daireleri İlâmlarına Karşı Karar Düzeltme Yolu Hakkında Bir İnceleme*, ABD, S: 2, Mart-Nisan 1978, sh. 261-263; **Akbulut**, İlhan, *Ceza Hukukumuzda Karar Düzeltme*, İBD, C: 78, S: 3, Temmuz-Eylül 2004, sh. 1059 vd.

⁴⁵ **Arslan**, Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı, sh. 117.

olan isim, yaş ve hesap hataları, yargı kararlarında “maddi yanılğı” veya “yazım hatası” diye isimlendirilen beşeri hatalardır. Yargılama araçlarının belirli biçimde takdir edilmelerinden kaynaklanan değerlendirme hataları ise hukuki yanılğlardır. Hukuki yanılğlar, ancak başka bir merci tarafından ve yasa yolu başvurusuyla açılan bir tali muhakeme ile giderilebilir. Yargı kararlarındaki maddi yanılğların düzeltilmesi ise herhangi bir yöntem ve zamanla sınırlı değildir. Bu yanılğlar, bizzat bu hatayı yapan merci tarafından, kendiliğinden veya bir yasa yolu başvurusu üzerine verilen bir karardaki uyarı üzerine düzeltilir.⁴⁶

“Dairemizin 28.09.2011 gün ve 2007/13430-2011/40194 sayılı kararında sanığın işlediğı suç yönünden inceleme tarihi itibari ile 5 yıllık asli dava zamanaşımı dolduğı halde 7 yıl 6 aylık kesintili zamanaşımı dolduğı gerekçesi ile açılan kamu davasının düşmesine karar verildiğı anlaşıldığından; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının karar düzeltme istemi yerinde görülerek Dairemizin belirtilen kararının kaldırılmasına, sanık hakkında uygulanan 765 sayılı TCK’nın 491/ilk maddesindeki suçun gerektirdiğı cezanın türü ve yukarı sınırına göre, aynı Yasanın 102/4. maddesinde belirtilen zamanaşımını kesici işlemlerden herhangi birisi gerçekleşmeden 5 yıllık asli zamanaşımının, kararın verildiğı 20.12.2005 tarihinden inceleme tarihine kadar geçmiş bulunması bozmayı gerektirdiğinden hükmün bozulmasına, bozma nedeni yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi aracılığıyla 1412 sayılı CMUK’nın 322. maddesinin verdiğı yetkiye dayanılarak, sanık hakkında açılan kamu davasının 765 sayılı TCK’nın 102/4. maddesi gereğince zamanaşımını nedeniyle düşmesine karar verildi.”⁴⁷

Yukarıda zikredildiğı üzere, zamanaşımına ilişkin hükümlere aykırılık hükmün esasını ilgilendirdiğinden, karar düzeltme cihetine gidilirken, istem kabul edilerek kararın sanık lehine tashihi söz konusu olsa dâhi, dava zamanaşımı dikkate alınmaz. Dolayısıyla burada TCK’nın 66/5. maddesinin uygulanırığından söz edilemez.

⁴⁶ CGK. 07.11.2006, 2006/4-227, 2006/228 (Kayançicek, Zamanaşımı, sh. 43).

⁴⁷ 6. CD. 26.09.2012, 2011/20504, 2012/16110 (Kayançicek, Zamanaşımı, sh. 43).

“5320 sayılı Kanunun 8/1 maddesine 5560 sayılı Yasa ile eklenen son cümlesinde *“Yargıtay ceza daireleri ile Ceza Genel Kurulu kararlarındaki yazıma ilişkin maddi hataların düzeltilmesi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, ilgili ceza dairesi veya Ceza Genel Kuruluna başvurabilir.”* hükmü yer almaktadır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 12.3.2012 tarih ve 204709 sayılı yazısında sanığın üzerine atılı suçun olduğu 8.6.3004 tarihinden itibaren lehine hükümler taşıyan 765 sayılı TCK’nın 102/4, 104/2 ve 5271 sayılı CMK’nın 223. maddeleri uyarınca öncelikle, zamanaşımı söz konusu olduğundan dolayı yerel mahkemece tesis edilen hükmün bozulmasına karar verilip sonra da gerçekleşen zamanaşımı sebebiyle açılmış olan kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi gerektiği ileri sürülerek söz konusu maddi hatanın düzeltilmesi talep edilmiştir. Yapılan incelemede Dairemizin 8.2.2012 tarih ve 2011/20539-2012/2308 sayılı kararında yazım yanığı olarak nitelenebilecek herhangi bir maddi hata bulunmadığı görülmüştür. Talep yazısında belirtildiği gibi kamu davasının düşürülmesine karar verilmeden önce yerel mahkemenin kararının bozulmasına hükmedilebilmesi için halen yürürlükte bulunan 1412 sayılı CYY’nın 321. ve 322. maddelerinde de öngörüldüğü üzere yerel mahkemece verilen tarih itibarıyla hükümde bir kanuna aykırılık halinin varlığının saptanması gerekmektedir. Somut olayda yerel mahkeme hükmünün bozulmasını gerektiren herhangi bir hukuka aykırılık nedeni tespit edilmemiştir. Sanığın üzerine atılı suç tarihinden itibaren 765 sayılı TCK’nın 102/4 ve 104/2 maddeleri uyarınca 7 yıl 6 aylık dava zamanaşımı inceleme tarihinden öncesinde gerçekleşmiştir. Yargıtay’ın, inceleme yaptığı tarihte gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesine karar vermesine yasal bir engel yoktur. Yürürlükteki ceza yargılama mevzuatımızda düşme kararından önce yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmesine dayanak alınacak herhangi bir hüküm yer almamaktadır.”⁴⁸

3. Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Karardan Sonra Yeni Delil Ortaya Çıkması

CMK’nın 172/1. maddesinde, Cumhuriyet savcısının, soruşturma evre-

⁴⁸ 4. CD. 18.04.2012, 2012/7581, 2012/9604 (Kayançiçek, Zamanaşımı, sh. 44).

si sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinde, kovuşturmaya yer olmadığına dair kara vereceği belirtilmiştir. Maddeye 11.04.2013 t. ve 6459 s. Kanununun 19. maddesiyle eklenen fıkraya göre, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi üzerine, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılır. CMK'nın 173/1. maddesinde, kovuşturmaya yer olmadığına dair karara tebliğ tarihten itibaren 15 gün içinde, ağır ceza mahkemesine itiraz edilebileceği ifade edilmiştir. CMK'nın 172. maddesinin 2. fıkrasında ise; **“Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.”** hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme uygulanırlık kazandırmak için de 173. maddenin 6. fıkrasında; **“İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesinin bu hususta karar vermesine bağlıdır.”** biçiminde hüküm va'z edilmiştir.

Yukarıdaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde; soruşturma dosyasında kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil⁴⁹ bulunmasına rağmen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmişse, artık bir başka yeni delil meydana çıkmadıkça failin aynı fiilinden ötürü hakkında kamu davası açılmayacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu cihetle, Yargıtay'ın kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmeden önce dosyada bulunmasına rağmen Cumhuriyet savcısı tarafından bir şekilde değerlendirilmemiş delillerin de yeni delil olarak kabulü gerektiği yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

“Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi durumu, CMK'nın “Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar” başlıklı 172. maddesinde düzenlenmiş olup, maddeye göre; kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde

⁴⁹ Kavram için bkz. **Gökcan**, Hasan Tahsin, *Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması*, ABD, S: 1, Ocak 2012, sh. 196-199.

edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması halinde verilebileceği anlaşılmaktadır. Soruşturma evresi sonunda Cumhuriyet savcısının mevcut delillerle yaptığı değerlendirmeye göre; sanığın mahkûm olma olasılığı, beraat etme olasılığından daha kuvvetli ise kamu davası açılması için yeterli şüphe bulunduğu kabul edilmelidir. Anılan maddenin ikinci fıkrasına göre; yeni delil ortaya çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz. Buna göre, kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği sırada dosyada mevcut olmayan, mevcut olmakla birlikte varlığı bilinmeyen, *sonradan elde edilen veya dosyada bulunmakla birlikte hiçbir biçimde değerlendirilmeyen delilin, yeni bir delil olarak kabulü mümkündür.*⁵⁰

“Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından sanıklar hakkında mala zarar verme suçundan kovuşturmaya yer olmadığına karar verdikten sonra, mahkemenin mala zarar verme suçunun kovuşturmasının şikayete bağlı olmadığı gerekçesi ile hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığını ihlal suçlarından düzenlenen iddianamenin iadesi kararı üzerine Cumhuriyet Başsavcılığı’nca yeniden yapılan incelemede, mala zarar verme suçunun kovuşturmasının suç tarihi itibarıyla şikayete bağlı olmadığı kabul edilerek bu suçtan da iddianame düzenlenmesinde CMK’nın 172. maddesinin birinci fıkrasındaki şartları taşımayan kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın değerlendirilmesinde ikinci fıkradaki yeni delil mecburiyeti kuralının aranmayacağı da gözetilerek ve anılan iddianameye dayanılarak sanıkların mahkumiyetlerine karar verilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir.”⁵¹

Yukarıdaki genel izahattan sonra, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verdikten sonra, ortaya yeni delil çıktığı için, aynı fiilden ötürü ilgili mahkemesine kamu davası açılmışsa, dava zamanaşımının başlangıcının TCK’nın 66/5. maddesine göre tespit edilip edilemeyeceği hususuna açıklık getirmek gerekmektedir. Doktrinde kanunkoyucunun, kendisine bağlanan sonuçlar itibarıyla kovuşturmaya yer olmadığına dair karara hükme (CMK m. 223/1)

⁵⁰ 11. CD. CD. 14.06.2010, 2009/16787, 2010/7000 (Kayançığek, Zamanaşımı, sh. 47).

⁵¹ 13. CD. 14.05.2012, 2011/8156, 2012/11007 (Kayançığek, Zamanaşımı, sh. 47).

yakın özellik kazandırdığı ifade edilmektedir⁵². Bu görüş, söz konusu karara deyim doğruysa “kesin hüküm” etkisi tanındığı anlamına gelmektedir. Kanaatimizce, CMK’nın 172/2. maddesinde yeni delil meydana çıkmadıkça yeniden dava açılmayacağına kanunda emredilmiş olması, kovuşturmayaya yer olmadığı dair karara kesin hüküm etkisi tanındığı sonucunu doğurmaz. Her şeyden önce, burada bahis mevzuu olan karar, daha önce sürdürülen bir yargılama sonucu tesis edilmemiştir. Diğer taraftan, hükümlerle benzer ancak ona nazaran daha sınırlı sonuçlar meydana getirmektedir. Zira teknik anlamda hükümlerden anlaşılması gereken, CMK’nın 223. maddesinde açıkça ve sınırlı sayıda belirtilen hüküm çeşitleridir. Bu itibarla, CMK’nın 172/2. maddesinin, TCK’nın 66/5. maddesinde düzenlenen tekrar yargılamayı gerektiren hâllerden birini düzenlediğini kabule imkân yoktur⁵³. Bunun sonucu olarak, yeni delil ortaya çıktığında, Cumhuriyet savcısı soruşturmaya yeniden başladığı tarihte, zaten işlemekte olan dava zamanaşımı süresi işlemeye devam edecektir.

4. Lehe Yasa Uyarılama Yargılaması

Kesinleşmiş hükümlere ilişkin olarak yapılan lehe yasa uyarlaması (TCK m. 7) sırasında dava zamanaşımı süresinin işleyip işlemeyeceği hususuna, 11.05.2005 tarih ve 5349 s. Kanununun 4. maddesiyle 5252 s. Kanununun 9. maddesine 4. fıkraya eklenen; “*Kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanmaz.*” hükmüyle açıklık getirilmiştir. Düzenlemeye göre, önceki hüküm kesinleştikten sonra infaz aşamasında talep üzerine mahkemece yapılacak lehe yasa değerlendirmesi sürecinde artık dava zamanaşımının varlığından ve sürmekte olduğundan söz edilemez. Gerçekten uyarılama yargılaması, sonraki yasanın lehe hükümlerinin saptanması ve uygulanma

⁵² **Gülşen**, Recep, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi*, in: Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (SBArD), S: 6, Eylül 2005, sh. 331; *Aksi yönde: Özen*, Mustafa, *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIV, S: 1, Ocak 2010, Sh. 399-400.

⁵³ Sonucu itibariyle aynı yönde: **Alşahin**, Zamanaşımı, sh. 138; Bu konuda hatalı bir değerlendirme için bkz. **Hafizoğulları**, Zeki, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2008, sh. 520.

koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenmesiyle sınırlı ve kendine özgü bir yargılama olup, lehe yasanın tespiti amacıyla yapılan yargılamada, önceki karar dışına çıkılamayacağı gibi, kesinleşen karardaki suça uygulanması olanağı bulunan 5237 s. TCK hükümlerinin tamamının uygulanarak sonuçlarının karşılaştırılıp lehe yasanın saptanmasıyla sınırlıdır. Uyarılama yargılaması, kesinleşmiş ve infaz yeteneği bulunan hükümler ve hükümlüler için söz konusu olduğundan, aleyhe sonucu değiştirmeme ya da uygulamadaki adıyla kazanılmış hak ilkesine konu olmaz; söz konusu yargılamada 5252 sayılı Yasanın 9. maddesinin 4. fıkrası uyarınca dava zamanaşımına ilişkin hükümler de bu nedenle uygulanmaz. Nitekim Yargıtay'ın kökleşmiş uygulaması da aynı paraleldedir:

“Hırsızlık suçundan sanık Abdulkadir Yarıcı'nın 765 sayılı TCY'nin 492/1, 522, 523 ve 81/2. maddeleri uyarınca 5 ay 36 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Yerel Mahkemece verilen 23.12.1996 gün ve 1768–1436 sayılı hüküm temyiz edilmeksizin kesinleşmiş, 5237 sayılı TCY'nin yürürlüğe girmesi üzerine dosya üzerinden yaptığı değerlendirme sonucu Yerel Mahkeme yeni Yasayı lehe kabul ederek hükümlünün 5237 sayılı TCY'nin 142/1-b, 143, 145, 168 ve 53. maddeleri uyarınca sonuç olarak 3 ay 7 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiş, hükümlünün temyiziyle dosyayı inceleyen Özel Daire ise suçun işlendiği 04.11.1994 tarihinden incelemenin yapıldığı tarihe kadar 7 yıl 6 aylık sürenin geçmiş bulunması gerekçesiyle zamanaşımı nedeniyle kamu davasının düşürülmesine karar vermiştir. 5252 sayılı Yasanın 'Lehe olan hükümlerin uygulanmasında usul' başlıklı 9. maddesinin 4. fıkrasındaki, '*Kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda, sonradan yürürlüğe giren bir kanunla ilgili olarak lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımına ilişkin hükümler uygulanmaz.*' şeklindeki düzenleme nedeniyle lehe yasa uygulaması amacıyla yapılacak uyarılama yargılamasında dava zamanaşımına ilişkin kuralların uygulanma olanağı bulunmamaktadır.”⁵⁴

⁵⁴ CGK. 17.06.2008, 2008/6-140, 2008/172 (UYAP).

“18.03.2003 tarihli asıl hükmün kesinleşmesi ve *uyarlama yargılamasın-
da dava zamanaşımının söz konusu olmaması* karşısında, davanın zamanaşımı nedeniyle düşmesi yönündeki tebliğnamede ileri sürülen düşünceye iştirak edilmemiştir.”⁵⁵

Aynı şekilde 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Yasanın geçici 1. maddesinin üçüncü fıkrasında; “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesin hükümle sonuçlanmış olan davalarda lehe hükmün belirlenmesi ve uygulanması amacıyla, yapılan yargılama bakımından dava zamanaşımı hükümleri uygulanmaz.*” hükmüne yer verilmiştir. Bu özel düzenlemenin de, yalnızca söz konusu yasa değişikliği nedeniyle yapılacak kesin hükümde değişiklik yargılamasında uygulanma kabiliyeti vardır. Bu itibarla, 5252 s. Yasanın 9/4 ve 5728 s. Yasanın geçici 1/3. maddeleri gereğince yapılan kesin hükümde değişiklik yargılamalarında 5237 s. TCK’nın 66/5. maddesinin uygulanmasına imkân yoktur⁵⁶.

765 s. TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde işlenen suçlar bakımından durum bundan farklıdır. Yargıtay’a göre, daha az ceza öngörülmesine bağlı olarak zamanaşımı süresi yönünden sonraki kanunun lehe düzenleme getirmesi hâlinde, kesinleşmiş mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılamasının, o tarihte yürürlükte bulunan 765 s. TCY’nın zaman bakımından uygulanmaya dair 2. ve aynı fiilden dolayı tekrar yargılamaya ilişkin 109. maddeleri dikkate alınarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, 03.06.1942 tarih ve 36/15 sayılı İBK’dan hareketle, maddede “*her ne suretle olursa olsun tekrar yargılama yapılması*”ndan söz edilmesi karşısında, yargılamanın iadesinde olduğu gibi mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılamasında da 765 s. TCK’nın sözü edilen 109. maddesi uygulanarak sorun aşılmalıdır.

“Toplu kaçakçılık suçunun yaptırımı, somut olayda suçun işlendiği 28.11.1991 tarihinde yürürlükte bulunan 1918 s. Yasa’nın 27. maddesindeki düzenlemeye göre 8 yıldan 12 yıla kadar ağır hapidir; bu suçla ilgili kesintili dava zamanaşımı süresi de 765 s. TCY’nın 102/3 ve 104/2. maddeleri uyarınca 15 senedir. Sanıkların 10 sene süren yargılamaları sonunda mahkûmiyetleri-

⁵⁵ 10. CD. 16.02.2012, 2010/56650, 2012/1131 (**Kayanççek**, Zamanaşımı, sh. 49).

⁵⁶ Aynı yönde: **Kuyucu**, Kanun Yararına Bozma, sh. 217-218.

ne karar verildikten ve haklarındaki hükmün 14.11.2001 tarihinde onanarak kesinleşmesinden sonra yürürlüğe giren 4926 s. Kaçakçılıkla Mücadele Yasası'nın olaya uygun düşen 3/f, 4/f ve 5/3. maddelerinde gerçekleştirilen düzenlemelerle bu suçun yaptırımı ağır para cezasına dönüştürülmüş, böylelikle kesintili dava zamanaşımı süresi de 765 s. TCY'nın 102/4 ve 104/2. maddeleri uyarınca dolaylı biçimde 7 yıl 6 aya düşmüştür. Yasa değişikliğinin gerçekleştiği ve mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılamasının yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 765 s. TCY'nın, suçtan sonra yürürlüğe giren yasanın daha lehe olması halinde fail bakımından bu yasanın tatbik ve infaz olunacağını emreden 2. maddesi uyarınca yerel mahkemeden bu hususta bir karar istenmiş ve böylece mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılaması gerçekleştirilmiştir. Yasanın 109. maddesine göre de, *“aynı fiilden dolayı her ne suretle olursa olsun tekrar yargılanması gereken hükümlünün sonraki mahkûmiyeti öncekinden daha hafif bir cezayı gerektiriyorsa, zamanaşımı süresi de sonraki hüküm ile tertip olunacak cezaya göre hesap edilecektir.”* 03.06.1942 tarih ve 36/15 sayılı İBK uyarınca bu hesaplama, maddede öngörülen cezanın üst sınırına göre yapılacaktır. Öte yandan maddede, *“her ne suretle olursa olsun tekrar yargılama yapılması”*ndan söz edilmesi karşısında, yargılamanın iadesinde olduğu gibi ***mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılamasında da 109. maddenin uygulanacağı*** açıktır. Bu itibarla, sanıkların on yıl süren yargılama sonunda sorumlu tutuldukları toplu kaçakçılık suçunun yaptırımının sonradan gerçekleştirilen değişiklikle ağır para cezasına dönüşmesi, kesintili dava zamanaşımı süresinin de dolaylı biçimde 7 yıl 6 aya düşmesi ve bu sürenin önceki yargılama sırasında dolmuş bulunması karşısında, mahkûmiyet hükmünde değişiklik yargılaması sonucunda davanın gerçekleşen zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmesi ve bu hükmün sabetlidir.⁵⁷

SONUÇ

TCK'nın 66. maddesinin altıncı fıkrasında, dava zamanaşımının tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve

⁵⁷ CGK. 25.03.2008, 2008/7-39, 2008/58 (Kayançığek, Zamanaşımı, sh. 50).

zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı maddenin 29.6.2005 tarih ve 5377 s. Kanunla değişik beşinci fıkrasında; *“Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hâllerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar.”* hükmüne yer verilerek genel kurala istisna getirilmiştir.

Madde metninin kaleme alınışındaki özensizlik nedeniyle getirilen düzenlemeyle ne kastedildiği hususunda doktrinde deyim yerindeyse tam bir fikir karmaşası hâkimdir. Bir fikre göre, maddede geçen *“yeni baştan işlemeye başlar”* ibaresiyle, dava zamanaşımının kesilmesi durumu anlatılmak istenmiştir. Diğer bir fikre göre, suç tarihinden ilk hükmün kesinleşmesine kadar geçen süre ile talebin kabulüyle başlayıp ikinci hükmün kesinleşmesine dek devam eden süre toplanmak suretiyle zamanaşımı süresinin hesaplanması gerekir. Kanaatimizce, TCK’nın 66/5. maddesiyle dava zamanaşımını kesen neden değil, yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozma gibi hâllerde sürenin başlangıcını gösteren özel bir durum öngörülmüştür. Söz konusu düzenlemeyle, dava zamanaşımı süresin tekrar yargılama konusu suç bakımından belirleneceği; bu suça ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıç tarihinin de, suç tarihi değil, yeniden yargılama talebinin mahkemece kabul edildiği tarih olacağı yönündeki kabul benimsenmiştir. Bizce fıkra metninin *“Aynı fiilden dolayı tekrar yargılamayı gerektiren hâllerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi kaldığı yerden işlemeye devam eder.”* şeklinde formüle edilmesi yerinde olacaktır.

5237 s. TCK’nın 66/5. maddesindeki düzenlemenin, mahiyeti itibariyle ceza muhakemesi kurumlarından yalnızca yargılamanın yenilenmesi ve kanun yararına bozmayı kapsadığı söylenebilir. Bu itibarla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazı, karar düzeltme, kovuşturmaya yer olmadığına dair karardan sonra yeni delil ortaya çıkması ve lehe yasa uyarılama yargılaması hâllerinde anılan hükmün uygulanırlığı bulunmamaktadır. Kanaatimizce, buna rağmen zikredilen madde metninde, benzerlik gösteren kurumlar bakımından

da düzenlemenin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda değişikliğe gidilerek mevcut belirsizliğin aşılması yerinde olacaktır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Akbulut, İlhan, *Ceza Hukukumuzda Karar Düzeltme*, İBD, C: 78, S: 3, Temmuz-Eylül 2004.

Alacakaptan, Uğur, *Temyiz Mahkemesi Başsavcılığı'nın Yaptığı İtiraz Hükümün Kesinleşmesine Mani Olur mu?*, AÜHFD, C: 24, S: 1-4, Ankara 1967.

Alşahin, Mehmet Emin, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2010.

Arslan, Çetin, *Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İtirazı (CMK Md. 308)*, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 2, S: 5, Ankara Aralık 2007.

Bakım, Sevi, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, in: *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 19, S: 2 (Özel Sayı), İstanbul 2013.

Baysal, Osman, *Yargıtay Ceza Daireleri İlâmlarına Karşı Karar Düzeltme Yolu Hakkında Bir İnceleme*, ABD, S: 2, Mart-Nisan 1978.

Centel, Nur/ **Zafer**, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 9. Bası, Beta Yayınları, İstanbul Ekim 2012.

Centel, Nur/ **Zafer**, Hamide/ **Çakmut**, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul Ekim 2005.

Certel, Abdülkadir, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2008.

Demirbaş, Metin, *Tekerrür, Erteleme, Koşullu Salıverme ve Zamanaşımı*, in: *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı - Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar (Sempozyum)*, TCHD Yayınları, İstanbul Nisan 2008.

Donay, Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul Eylül 2007.

Dönmezer, Sulhi/ **Erman**, Sahir, Nazarı ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Hükümler C: III, 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul Eylül 1994.

Erem, Faruk, *Muhakemenin Yenilenmesi Hakkında Genel Bilgiler*; AÜHFD, C: 19, S: 1-4, Ankara 1962.

Erem, Faruk, *Yargılamanın Yenilenmesi ve Zamanaşımı*, Yargıtay Dergisi, C: 18, S: 1-2, Ocak-Nisan 1992.

Gökcan, Hasan Tahsin, *Cumhuriyet Savcısının Delilleri Değerlendirme Yetkisi ve Yargıtay Uygulaması*, ABD, S: 1, Ocak 2012.

Gülşen, Recep, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında Non Bis İn İdem İlkesi*, in: Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi (SBArD), S: 6, Eylül 2005.

Günel, Yılmaz, *Adli Yolla Memnu Hakların İadesi*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Yayınları, Sevinç Matbaası, Ankara 1961.

Hafizoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara 2008.

Karakurt, Ahu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İzmir 2008.

Kayançicek, Murat, *Ceza Hukuku ve Kabahatler Hukukunda Zamanaşımı*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2014.

Koca, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Nisan 2008.

Kunter, Nurullah, *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), İstanbul 1946.

Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş* 2. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1964.

Kunter, Nurullah, *Olağanüstü Kanun Yolunda Reform*, İÜHFMD, C: 38, No: 1-4, İstanbul 1973.

Kuyucu, A. Aydın, Ceza Yargılaması Hukukunda Kanun Yararına Bozma, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ağustos 2012.

Maçkaya, Halil, 765 ve 5237 Sayılı Ceza Kanunlarımıza Göre Dava Zamanaşımı ve Müddetler, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale 2005.

Malkoç, İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu C: 1, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005.

Özbek, Veli Özer, Türk Ceza Kanunu (İzmir Şerhi) C: I, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Mayıs 2005.

Özbek, Veli Özer/ **Kanbur**, M. Nihat/ **Bacaksız**, Pınar/ **Doğan**, Koray/ **Tepe**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Özen, Mustafa, *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIV, S: 1, Ocak 2010.

Özgen, Eralp, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1968.

Özgenç, İzzet, *Banka Yolsuzlukları ve Zamanaşımı Sorunu*, Türk Hukuk Dergisi, S: 71, Ocak 2003.

Öztürk-Erdem, Bahri/ **Erdem**, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Kasım 2005.

Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt: I (m. 1-140), 1. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul Nisan 2006.

Talas, Serdar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Başsavcılığın İtirazı*, İÜHFİM, C: LXX, S: 1, Ocak 2012.

Tan, Mehmet, TCK Genel Hükümler C: II, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Mayıs 2011.

Taner, Fahri Gökçen, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Kasım 2008.

Taşdemir, Kubilay, Ceza Davalarında Zamanaşımı, 1. Baskı, Adil Yayınevi, Ankara 2001.

Uzun, Mehmet Ali, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 1994.

Ünver, Yener/ **Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2012.

Yarbaş, Fevzi/ **Bağcı**, Basri, Türk Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı ve Müddetler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 1999.

Yaşar, Osman/ **Gökcan**, Hasan Tahsin/ **Artuç**, Mustafa, Yorumlu – Uygulamalı Türk Ceza Kanunu C: II, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara Ocak 2014.

Yıldız, Müzeyyen, *Kanun Yararına Temyiz*, ABD, S: 4, Temmuz-Ağustos 1995.

Yüce, Turhan Tûfan, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 1985.

DENETÇİ MİMAR VE MÜHENDİSLERİN YAPI DENETİMİNE İLİŞKİN CEZAI SORUMLULUKLARI

*Auditor's Architects and Engineers Parliamentarians
doing Criminal Responsibilities*

Nuh UZUN *

ÖZET

Ülkemizde 1999 yılında meydana gelen deprem neticesinde önemli sayıda can ve mal kaybı yaşanmıştır. Bu hadise, ülkemizde yapılaşma ve denetim konuları ile ilgili birçok hususun yeniden değerlendirilmesi gerektiği gerçeğini ortaya koymuştur. Bunun üzerine yapıların daha sağlam ve dayanıklı inşa edilmesi ile daha sıkı denetim koşullarına tabi tutulması fikri benimsenmiştir. Bunun sonucu olarak, yapılaşma ve yapı denetimi konusunda bu amaca matuf düzenlemeler ihdas edilmiştir. Bu anlamda, can ve mal güvenliğini teminen, imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacı ile, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun 13.07.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

Proje ve yapı denetiminin, ortaklarının tümü mühendis ve mimarlardan oluşan, ilgili idareye karşı sorumlu olan ve Kanunun belirlediği kamu otoritesi tarafından denetim altında tutulan yapı denetim kuruluşları tarafından yapılacağı öngörülmüştür. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla getirilen düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek görevi verilmiştir. Ancak bu görevin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi ve işlerliğin sağlanması amacıyla, denetim görevini yerine getirenlerin cezai sorumlulukları bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasında, denetçi mimar ve mühendisler hakkında özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçu; 2. fıkrasında ise, Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine atıf yapılarak resmi belgede sahtecilik suçu kaleme alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Denetçi Mimar ve Mühendis, Yapı Müellifi, Yapı, Yapı Denetimi, Yapı Denetim Kuruluşu, Cezai Sorumluluk, Görevi Kötüye Kullanma, Resmi Belgede Sahtecilik.

* Lapseki Cumhuriyet Savcısı, uzunnuh@gmail.com

ABSTRACT

In our country, as a result of the earthquake that occurred in 1999, a significant number of experienced the loss of life and property. This incident, in our country construction and control issues related to the fact that many reconsidering of the issue has revealed. On top of that with a more robust and durable structures to be built, the idea has been adopted more stringent terms of keeping control. As a result, construction and building inspection has been established for this purpose, aiming for regulations. In this sense, to the safety of life and property, zoning plan, science, art, and health rules, standards, quality control of the project to build and build and build, organize the procedures and principles concerning the control, with the goal of Building No. 4708 Law was put into force 13.07.2001 was published in the Official Gazette dated.

Project and build all of the engineers and architects of the partners of the relevant public authority, which is responsible for the Administration and held under control by the Law by building inspection agencies by will. Public safety and the public interest are brought to the editing to meet the needs of building control bodies with local technical support for a joint mission. However, this task is fulfilled in a healthy manner and to reliably monitor functionality in order to ensure, in terms of criminal responsibilities, who created a special, instead of the task of the control regulation. Building Control Act No. 4708 9. item 1. paragraph of the auditor's special about qualified architects and engineers misconduct crimes; 2. the relevant provisions of the Turkish Penal Code paragraph is cited by the official document counterfeiting crime.

Key Words: Auditor, architect and engineer, Construction Of the Building, building Control, building Control, criminal liability, Misconduct, Falsifying Official.

◆◆◆

GİRİŞ

Geçmişten günümüze yapı ve yapılaşma birçok aşamalardan geçerek önemli bir konu haline gelmiştir. Zira dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, temel insan hakları arasında yer alır. Bu açıdan, can ve mal güvenliğinin sağlanması için, yapıların imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun yapılması ve yapı denetiminin sağlanması gerekmektedir. Yapının sağlam ve projeye uygun inşa edilmesi ile yapı denetiminin işletilmesi, düzgün bir yapılaşma için önem arz eder. Ülkemizde 1999 yılında meydana gelen Marmara

depreminde yaşananlar, yapılaşma bakımından yapı denetiminin önemini üzücü bir şekilde ortaya koymaktadır.

Bir yapının inşa edilmesi sırasında birçok kişi görev alır. Bir yapının meydana getirilmesi için öncelikle onun fikri temelini oluşturan plan ve projelerin hazırlanması gerekir. Yapının fikri temelini oluşturan plan ve projeler ise, proje müellifleri ile mimar ve mühendisler tarafından hazırlanır. Binayı projelendiren ve inşa eden bu kişilerin yapacakları hata ve kusurlardan dolayı sorumlu tutulmasının ilk örneklerine M.Ö. XVIII. yüzyılda Hammurabi Kanunlarında rastlanmaktadır¹. Bu bağlamda, ülkemizde de yapılaşma sürecinin T.C. Anayasası başta olmak üzere, değişik kanun, tüzük, yönetmelik ve ilgili mevzuatta düzenlendiği ve kamusal denetim altına alındığı görülmektedir.

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunu ile sağlıklı bir yapılaşmanın temel taşı olan yapı denetimi özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. Buna göre, proje ve yapı denetimi ortaklarının tümü mühendis ve mimarlardan oluşan, ilgili idareye karşı sorumlu olan ve kanunun belirlediği kamu otoritesi tarafından denetim altında tutulan özel kuruluşlar eliyle yapılır. Bu kuruluşlar, başkaca ticari faaliyette bulunmazlar, yalnızca yapı denetim alanında faaliyet gösterirler ve bu alanda uzmanlaşırlar. Ayrıca bu kuruluşların Yapı Denetim Kuruluşu niteliğini kazanabilmeleri için, bünyelerinde yeteri kadar mimar ve mühendis istihdam etmeleri zorunluluğu getirilmiştir. Proje ve yapı denetçisi mimar ve mühendislerin, yalnızca denetim alanında çalışmalarını sağlamaya yönelik kurallar konulmuştur. Buna göre, denetçi mimar ve mühendisler, yalnızca uzmanı oldukları yapı denetimi alanında görev yaparlar ve yapıların proje ve eklerine uygun yapılmasını kamu adına denetlerler.

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunu'nun 9. maddesinde 23.01.2008 tarihinde değişiklik yapılarak, burada tanımlanan suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesine uygun hale getirilmiş, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na yapılan yollama 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa göre yeniden kaleme alınmıştır. Söz konusu madde ile Kanunun 9. maddesine eklenen 2.

¹ Bkz: Ergünay, Oktay; Yapı Denetimi, Afet Zararlarının Azaltılması Eğitimi Semineri, 11-15 Eylül 2006.

fıkra ile maddede sözü edilen görevlilerin gerçeğe aykırı belge düzenlemeleri halinde, 5237 sayılı Kanunun resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümleri uyarınca cezalandırılacakları öngörülmüştür.

Denetçi mimar ve mühendislerin kamu adına yaptıkları denetim sonucunda bir kısım sorumlulukları doğmaktadır. Bu çalışma kapsamında, denetçi mimar ve mühendislerin yapı denetimi görevlerine ilişkin cezai sorumlulukları incelenmektedir.

I. YAPI DENETİMİ İLE İLGİLİ KAVRAMLAR VE TANIMLARI

Bu bölümde, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifi ile yapı denetim kuruluşları kavramları genel olarak tanımlanmaktadır.

A. Denetçi Mimar ve mühendis ile proje müellifi kavramları

Bir yapının tamamlanması işine birçok kişinin katılması gerekir. Yapının fikri temelini oluşturan plan ve projeler, proje müellifleri ile mimar ve mühendisler tarafından yapılır². Bu plan ve projelerin teknik bakımdan yapıda uygulanması ve yapının mesleki yapı kontrol hizmetleri yine bu meslek grubunca yürütülür. Bir yapının gerçekleştirilmesinde ve denetiminin yapılmasında sorumlular, plan ve projeyi hazırlayan, projenin uygulanmasını kontrol eden ve yapının kontrol ve idaresini yürüten mimar, mühendis ve proje müellifleridir³.

Yapıya ait projeleri düzenlemek, yapının müteahhit tarafından bu projelere uygun olarak yürütülmesini mesleki ve teknik bakımdan denetlemek mimarın görevidir. Yapının gerek düşünce gerek icrası safhasında mimar tarafından yürütülen proje düzenleme, proje uygulamasının mesleki kontrolü, yapının teknik yönden denetim ve yönetimine ilişkin hizmetlere “mimarlık hizmetleri” denilir⁴.

Denetçi mimar ve mühendis; İlgili mühendis ve mimar meslek odalarına üyeliği devam eden ve Bakanlıkça denetçi belgesi verilmiş mühendis ve mimarları ifade eder⁵.

² Kaplan, İbrahim; Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarların Sorumluluğu, Ankara, 1983, s. 1 vd.

³ Kaplan, Mimarların Sorumluluğu, s. 1; Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği, madde 7/2.

⁴ Kaplan, Mimarların Sorumluluğu, s. 8 vd.

⁵ 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, madde 1/1; Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği, mad-

Proje müellifi; mimarlık, mühendislik ve tasarım hizmetlerini iştigal konusu olarak seçmiş, yapının etüt ve projelerini hazırlayan gerçek ve tüzel kişiyi ifade eder⁶. Proje müellifi, yapı ruhsatına esas olan uygulama projelerini ve zemin etüdü raporları da dahil olmak üzere her türlü etüde dayalı çalışmalarını mevzuatına uygun olarak yapmak yada yaptırmak ve incelenmek üzere sicil durum belgesi ile birlikte yapı denetim kuruluşuna vermek ile görevlidir. Ruhsat eki projelerin birbiri ile uyumlu olması şarttır. Uyumlu olmayan projelerden doğan sorumluluk, öncelikle proje müelliflerine ait olmak üzere, sırası ile yapı denetim kuruluşuna, proje ve uygulama denetçisi mimar ve mühendislere ve ilgili idareye aittir⁷.

B. Genel Olarak Yapı Denetim Kuruluşları

Aşağıda yapı, yapı denetimi, yapı denetim sistemi, yapı denetim kuruluşu ve yapı denetim kuruluşunun görevlerine sırasıyla değinilmektedir.

1. Yapı, yapı denetimi ve yapı denetim kuruluşu kavramları

Yapı kavramı, İmar Kanunu'nun 5.maddesine göre şöyle tanımlanmaktadır; *"Karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir"*⁸. Yapı, binadan farklı bir kavramdır ve ondan daha geniştir. Bina ise, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme ve dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılar şeklinde tanımlanmaktadır⁹.

de 3/1b.

⁶ 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, madde 1/k; Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği, madde 7/1.

⁷ Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği, madde 7/2.

⁸ İmar Kanunu uygulamasında "yapı" ve "bina" kavramları aynı anlama gelmemektedir. Yapı kavramı bina kavramını da kapsamaktadır. Bu anlamda, her bina bir yapıdır, ama her yapı bir bina değildir. Örneğin, bahçe, istinat duvarı, yüzme havuzu, iskele, gösteri çadırı, köprü, tünel, yol, telefon ve elektrik tesis ve direkleri, kanalizasyon, gaz, su ve benzeri yer üstünde ve yer altında yapılan tesisler, toprak doldurmalar, kazılar, sergi ve kamping yerleri, yer altında yapay olarak açılan boşluklar gibi tesisler yapı oldukları halde bina değildirler.

⁹ Yapı ve bina kavramları konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz: Semercioğlu, Mustafa Kemal/ Bayraktutan, Serhat/Hürmüz, Peyman; İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Meslek içi Eğitim Notları, TAA Yayınları-16, Ankara 2013, s. 215

Denetim; bir kuruluşun ekonomik faaliyetlerine ve olaylarına ilişkin açıklanan bilgilerin, önceden belirlenmiş ölçütlere uygunluk derecesini belirlemek ve raporlamak amacıyla bu ekonomik faaliyetlere ve olaylara ilişkin bilgilerle ilgili kanıtların tarafsızca toplanması, değerlendirilmesi ve sonucun raporlanması olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Başka bir deyişle, denetim bir bilginin geçerliliğinden ve güvenilirliğinden emin olmak ve aynı zamanda bir sistemin iç kontrolü için bir değerlendirme sağlamak amacıyla yapılan işlemdir.

Yapı denetim; güvenli, sağlıklı, ekonomik yapı elde edebilmek amaçlarıyla yapıların, ilgili idare ve yükleniciden bağımsız olarak, proje ve inşaa aşamalarında yürürlükteki yapı yönetmelikleri ve standartlara uygun olarak yapılmasının sağlanması süreci olarak tanımlanabilir¹¹. Bu yönüyle yapı denetim, can ve mal güvenliğini birinci planda tutan, çağdaş ölçü ve standartlara göre düzenlenmiş, kontrolsüz ve kalitesiz yapılaşmayı önlemek amacıyla taşıyan, yapıyı ve yapılaşmayı denetleyen bir sistemdir. Başka bir deyişle, yapı denetim sistemi, yapının fen ve sanat kurallarına, yapı ile ilgili mevzuatın yanı sıra konu ile ilgili standart, fen ve sanatın bilinen kaidelerine uygun olarak inşasını sağlamak, ülkemizdeki çarpık, kontrolsüz ve kalitesiz yapılaşmayı önleyecek can ve mal güvenliğini sağlamak için hazırlanmıştır¹².

Yapı denetim kuruluşu; Bakanlıktan¹³ aldığı izin belgesi ile münhasıran yapı denetimi görevini yapan, ortaklarının tamamı mimar ve mühendislerden oluşan tüzel kişiyi ifade eder¹⁴. Yapı denetim kuruluşu, Yapı denetim Kanunu'nun 2. maddesinde belirtilen görevleri, Kanun ile belirlenmiş süreler içerisinde, imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara, yürürlükteki mevzuata ve mesleki ahlak kurallarına uygun ve tam olarak yerine getirmek zorundadır.

vd.; 3194 sayılı İmar Kanunu, madde 5.

¹⁰ Bkz: Anayasa Mahkemesi'nin, 13.01.2011 tarihli, 2007/2 E., 2011/13 K. sayılı kararı.

¹¹ Ergünay, Oktay; Yapı Denetimi, Afet Zararlarının Azaltılması Eğitimi Semineri, 11-15 Eylül 2006.

¹² Deprem Şurası "Mevcut Yapıların İncelenmesi ve Yapı Denetimi Komisyonu Raporu", Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Ankara, 2004; Ergünay, Yapı Denetimi, ilgili sayfa.

¹³ Burada ilgili Bakanlık, Bayındırlık ve İskan Bakanlığıdır. Bkz: 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, madde 2/a.

¹⁴ 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, madde 1/i; Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği, madde 3/11.

Proje ve yapı denetimi, ortaklarının tümü mühendis ve mimarlardan oluşan, ilgili idareye karşı sorumlu olan ve Kanunun belirlediği kamu otoritesi tarafından denetim altında tutulan özel kuruluşlar eliyle yapılır. Bu kuruluşlar başkaca ticari faaliyette bulunamazlar, yalnızca yapı denetim alanında faaliyet gösterirler, gelirini bu faaliyetlerden elde ederler ve yalnızca bu alanda uzmanlaşırlar¹⁵. Bu kuruluşların Yapı Denetim Kuruluşu niteliğini kazanabilmesi için, bünyelerinde yeteri kadar mimar ve mühendis istihdam etmeleri zorunluluğu getirilmiştir. Proje ve yapı denetçisi mimar ve mühendislerin de, yalnızca denetim alanında çalışmalarını sağlamaya yönelik kurallar konulmuştur.

2. Yapı denetim kuruluşlarının görevleri

Yapı denetim kuruluşları, aşağıda belirtilen görevleri yerine getirmekle yükümlüdür¹⁶:

- Proje müelliflerince hazırlanan, yapının inşa edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek, ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmek,
- Yapı denetimini üstlendiğine dair ilgili idareye taahhütname vermek, yapı ruhsatının ilgili bölümünü imzalamak, bu yapıya ilişkin bilgileri yapı ruhsatı düzenleme tarihinden itibaren yedi gün içinde Bakanlığa bildirmek,
- Yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek,
- Yapım işlerinde kullanılan malzemeler ile imalatın proje, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek ve sonuçlarını belgelen-dirmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak,

¹⁵ 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, madde 2;

¹⁶ Meran, İmar Kirliliğine Neden Olma, s. 288; 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, madde 2; Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği, madde 5; Azar, Hasan; SMM ve Yapı Denetiminde Çelişen Uygulamalar, s. 158, http://www.emo.org.tr/ekler/986175af92548ba_ek.pdf (T.,15.11.2013).

- Yapılan tüm denetim hizmetlerine ilişkin belgelerin bir nüshasını ilgili idareye vermek, denetimleri sırasında yapıda kullanılan malzeme ve imalatın teknik şartname ve standartlara aykırı olduklarını belirledikleri takdirde, durumu bir rapor ile ilgili idareye ve il sanayi ve/veya ticaret müdürlüklerine bildirmek,
- İş yerinde, iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda gerekli tedbirlerin alınması için yapı müteahhidini yazılı olarak uyarmak, uyarıya uyulmadığı takdirde durumu ilgili bölge çalışma müdürlüğüne bildirmek,
- Ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ilgili idareye bildirmek,
- Yapının ruhsat eki projelerine uygun olarak kısmen veya tamamen bitirildiğine dair ilgili idareye rapor vermek,
- Zemin, malzeme ve imalata ilişkin deneyleri, şartname ve standartlara uygun olarak laboratuvarlarda yaptırmak,

Yapı denetim kuruluşlarına yukarıda ifade edilen birçok görev verilmiş ve ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ile kusurları oranında sorumlu tutulmuştur. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek görevi verilmiştir¹⁷.

II. YAPI DENETİMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Bilgiler

İnsanların düzenli, güvenli ve sağlıklı yapılarla, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı en temel insan hakları arasında yer alır. Bu açıdan, can ve mal güvenliğinin sağlanması için, yapıların imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına uygun yapılması ve yapı denetiminin sağlanması gerekmektedir. Ülkemizde yapılaşma 1999 yılında meydana gelen depremden sonra önemli bir süreç haline gelmiştir. Buna bağlı olarak; TC Anayasası, değişik kanunlar, Kanun Hükmünde Kararnameler, tüzük ve yönetmeliklerde yapılaşmaya ilişkin hü-

¹⁷ Bkz: Anayasa Mahkemesi'nin, 03.11.2011 tarihli, 2010/75 E., 2011/150 K. sayılı kararı.

kümlere yer verilmiştir. TC Anayasasının 56. maddesinde “herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir” ve 57. maddesinde “devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeterek bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır” denilmek suretiyle düzenli ve dengeli bir yapılaşma öngörülmektedir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, sağlıklı yapılarda yaşama İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve T.C. Anayasası ile güvence altına alınmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25/1. maddesinde; “Herkesin kendinin ve ailesinin sağlık ve gönenci için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır” hükmü yer almaktadır¹⁸. Ülkemizde ise, T.C. Anayasası ile düzenlemeye kavuşturulan yapılaşma ve buna bağlı olarak denetim süreci, değişik kanunlarda ve ilgili mevzuatta ifade bulunduğu, böylece yapılaşma kamusal denetim altına alındığı görülmektedir.

B. 3194 Sayılı İmar Kanunu

İmar ve yapı denetimine ilişkin temel düzenleme, 3194 sayılı İmar Kanunu'dur. Bu kanun, “yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen ve sağlık şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacı ile 03.05.1985 tarihinde kabul edilmiş ve 09.05.1985 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur.

3194 sayılı İmar Kanununda, imar planlarının hazırlanması, yapıların inşa edilmesi ve denetlenmesi, mevzuatta belirtilen normlara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımların belirlenmesi ile birçok hususun düzenlendiği görülmektedir. Bu açıdan, söz edilen Kanunun 28. maddesinde, yapı denetimi yapan kişilerin, denetim sebebiyle ruhsat veren idareye karşı sorumlu oldukları şu şekilde ifade edilmiştir; “Yapının fenni mesuliyetini üzerine alan meslek mensupları yapıyı ruhsat ve eklerine uygun olarak yaptırmaya, ruhsat ve eklerine aykırı yapılması halinde durumu üç iş günü içinde ruhsatı veren belediyeye veya valiliklere bildirmeye mecburdurlar”¹⁹. Burada İmar Kanunundaki fenni mesullerin sorumluluğu, Yapı Denetim Kanunu ile denetim görevini yerine

¹⁸ <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> (T. 13.11.2013)

¹⁹ 3194 sayılı İmar Kanunu, madde 28.

getiren denetçi mimar ve mühendisler açısından da getirilmiştir. Yapının fenni mesuliyetini üzerine alan meslek grupları deyiminden, yapı denetimi gerçekleştiren yapı denetim şirketi ortak ve yöneticileri ile denetçi mimar ve mühendisleri anlaşılmalıdır.

Bu Kanunun uygulanmasında, yapı denetim kuruluşları imar mevzuatı uyarınca öngörülen fennî mesuliyeti ilgili idareye karşı üstlenir. Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar.

C. 4708 Sayılı Yapı Denetimi Kanunu

Ülkemizde meydana gelen deprem hadisesinde önemli sayıda can kaybı yaşanmıştır. Bu üzücü hadise yapılaşma ile ilgili birçok hususun yeniden değerlendirilmesini gerektirmiştir. Bunun üzerine yapıların daha sağlam ve dayanıklı inşa edilmesi ile daha sıkı denetim koşullarına tabi tutulması fikri benimsenmiştir. Bu anlamda, öncelikle 595 sayılı²⁰ ve 601 sayılı²¹ Kanun Hükmünde Kararnameler ile yapı denetimi hususunda reform niteliğinde yenilikler getirilmiştir. Ancak sözü edilen KHK'ler Anayasa Mahkemesi tarafından bazı maddelerinde mülkiyet hakkına sınırlama getirildiği gerekçesi ile iptal edilmiştir²²

Bu gelişmelerin sonucunda, can ve mal güvenliğini teminen, imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek için 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun 29.06.2001

²⁰ 595 Sayılı KHK ile getirilen yapı denetim sisteminde kural olarak, etkin ve verimli bir yapı denetim sisteminin ancak, bağımsız, deneyimli, yetkin ve sorumlu kişi ile kuruluşlar eliyle sağlanabileceği temel fikri kabul edilmiştir.

²¹ 601 sayılı KHK çıkartılarak "Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Kanun" ile "Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanununun" bazı maddeleri değiştirilmiş, uzman mühendis ve mimar olma koşulları yeniden belirlenmiş, hizmet kalitesini yükseltmek ve üyeleri üzerinde etkin mesleki denetim yapılmasını sağlamak amacıyla mühendis ve mimar odalarına geniş yetkiler verilmiştir.

²² Bu konuda detaylı bilgi için Bkz: Anayasa Mahkemesi'nin, 24.05.2001 tarihli, 2000/35 E., 2001/90 K.

tarihinde kabul edilmiş ve 13.07.2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulmuştur. Yapı denetim kanunu ile sağlıklı bir yapılaşmanın temel taşı olan yapı denetimi özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun; 3194 sayılı İmar Kanununun 26. maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler ile 27. maddesinde belirtilen ruhsata tabi olmayan yapılar ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam iki yüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar hariç, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak yapıların denetimini kapsar²³.

Bu Kanun kapsamına giren her türlü yapı; Bayındırlık ve İskan Bakanlığın- dan aldığı izin belgesi ile çalışan ve münhasıran yapı denetimi ile uğraşan tüzel kişiliğe sahip yapı denetim kuruluşlarının denetimine tabidir. Yapı denetim hizmeti; yapı denetim kuruluşu ile yapı sahibi veya vekili arasında akdedilen hizmet sözleşmesi hükümlerine göre yürütülür. Yapı sahibi, yapım işi için anlaşma yaptığı yapı müteahhidini vekil tayin edemez²⁴.

Türkiye genelinde inşa edilen yapıların denetimi bu kanuna tabidir ve inşa edilen her yapının bir yapı denetim kuruluşu tarafından denetlenmesi gerekmektedir.

III. YAPI DENETİMİNE İLİŞKİN CEZAI SORUMLULUK

Sorumluluk, uyulması gereken bir norma aykırı davranışın hesabını vermek olarak tanımlanabilir²⁵. Sorumluluk; idari, hukuki ve cezai olmak üzere üçe ayrılır. Ancak bu çalışmanın kapsamı dışında kalması sebebiyle, çalışmada idari ve hukuki sorumluluk türlerine değinilmemektedir²⁶.

²³ 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, madde 1; Meran, İmar Kirliliğine Neden Olma, s. 288.

²⁴ Bu hususta detaylı bilgi için Bkz: 4. Ceza Dairesi 2008/9511 E., 27/66 K. Sayılı kararı; 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, madde 2/1.

²⁵ <http://web.ogm.gov.tr/birimler/merkez/teftis/Dokumanlar/Hukuk%20Sisteminde%20Sorumluluk%20ve%20unsurlar%C4%B1%20Lutfi%20G%C3%9CL%C5%9EAN.pdf> (T., 15.11.2013)

²⁶ Bu konuda Bkz: Yılmaz, Mustafa; İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, Ankara, 2002, s. 120 vd.

A. Genel Olarak

Yapı denetim kuruluşları ile denetçi mimar ve mühendislerin yapı denetimine ilişkin cezai sorumlulukları, 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. Sözü edilen kanunun 9. maddesinde denetçi mimar ve mühendislerin cezai sorumlulukları şu şekilde kaleme alınmıştır²⁷;

“Bu Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında, yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmali davranışla görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Yapı denetim kuruluşunun ortak ve yöneticileri, mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileri bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapmaları gereken denetimi yapmadıkları hâlde yapmış gibi veya yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemeleri hâlinde Türk Ceza Kanununun resmi belge- de sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır.

Yapı denetim kuruluşunun izin belgesi alma aşamasında gerçeğe aykırı belge düzenlendiğinin izin belgesi verildikten sonra anlaşılması hâlinde, izin belgesi derhal iptal edilir.

Bu Kanuna aykırı fiillerden dolayı hükümlenmiş mahkeme ka-

²⁷ 08/02/2008 tarih ve 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 23/01/2008 tarih ve 5728 sayılı kanunun 497. maddesi ile değiştirilen madde metni şu şekildeydi; “Bu Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında görevini ihmal eden veya kötüye kullanan yapı denetim kuruluşunun ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, proje müellifi ile laboratuvar görevlileri 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 3'üncü bab, 4'üncü faslındaki görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma ile ilgili hükümlerine göre cezalandırılır.

Yapı denetim kuruluşunun izin belgesi alma aşamasında gerçeğe aykırı belge düzenlendiğinin izin belgesi verildikten sonra anlaşılması halinde, izin belgesi derhal iptal edilir ve ayrıca gerçeğe aykırı belge düzenlemekten, bu belgeleri düzenleyenler hakkında suç duyurusunda bulunulur.

Yapılar ile ilgili diğer düzenlemeler ile yapıların uğramış olduğu yıkım ve zararlardan dolayı genel hukuk hükümleri uygulanır.

Bu madde uyarınca hükümlenilecek cezalar paraya çevrilemez ve tecil edilemez.

Bu Kanuna aykırı fiillerden dolayı hükümlenmiş mahkeme kararları, Cumhuriyet savcılıklarınca Bakanlığa ve mimar ve mühendislerin bağlı olduğu meslek odalarına bildirilir.

Yapı denetim kuruluşu ile denetçi mimar ve mühendisleri; eylem ve işlemlerinden 3194 sayılı İmar Kanununun fenni mesul için öngörülen hükümlerine tabidirler.”

rarları, Cumhuriyet başsavcılıklarınca Bakanlığa ve mimar ve mühendislerin bağlı olduğu meslek odalarına bildirilir.

Yapı denetim kuruluşu ile denetçi mimar ve mühendisleri; eylem ve işlemlerinden 3194 sayılı İmar Kanununun fenni mesul için öngörülen hükümlerine tabidirler". Bu hükümle yapı denetim kuruluşu ile denetçi mimar ve mühendislerin ceza sorumluluğu açısından kapsamlı bir düzenleme getirilmiştir. Yapıda inşaat ve tesisat işleri ile kullanılan malzemelerin kamu adına denetimine ilişkin fenni mesuliyet, ruhsat eki etüt ve projelerin gerektirdiği uzmanlığı haiz meslek mensupları tarafından ayrı ayrı üstlenilmek zorundadır. Fenni mesul mimar ve mühendisler, uzmanlık alanlarına göre yapının, tesisatı ve malzemeleri ile birlikte, İmar Kanununa, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa edilmesini denetlemekle görevlidir.

Diğer taraftan, projenin mimarı olan proje müellifi, aynı zamanda sözleşme ile kontrolörlük göreviyle binanın yapılmasına nezaret eden mimar olabilir. Ancak burada yapıya nezaret eden mimar, yapı denetim kuruluşundaki denetçi mimar olamaz. Yapı denetim şirketi ile denetçi mimar ve mühendislerin yapı denetim dışında başka bir işle uğraşmaları ve ticari faaliyette bulunmaları yasaktır. Bu açıdan sözleşme ile kontrolörlük görevini üstlenmiş mimarın bu hükme göre sorumlu tutulması söz konusu olamaz. Zira söz konusu düzenleme, yapı denetim kuruluşu ile denetçi mimar ve mühendisleri ilgilendiren bir hükümdür. Dolayısıyla proje müellifi veya özel bir sözleşme ile kontrolörlük görevini yerine getiren mimarın bu hüküm kapsamında değerlendirilmeleri mümkün değildir. Ancak proje müellifinin özel hukuk hükümleri kapsamında kontrol görevini yerine getiren mimar veya mühendis sıfatıyla özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğunun olduğu söylenebilir.

Bunun yanında, yapı denetçisi mimar ve mühendisin, denetlemekle görevli olduğu yapının proje ve eklerine aykırı olarak yapıldığını tespit etmesi halinde, mevzuatta belirlenen şekilde davranarak bu aykırılıkların giderilmesini, giderilmediği takdirde durumu ilgili kuruluşlara bildirerek inşaatın durdurulmasını sağlaması gerekir.

Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar. Yapıda, yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılacak esaslı tadilattan doğacak yapı hasarından, izinsiz tadilat yapan sorumludur. Yapı denetim kuruluşu; yazılı ihtarına rağmen yapı sahibi tarafından önlemleri alınmayan, parsel dışında meydana gelen ve yapıda hasar oluşturan yer kayması, çıkış düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskınından doğan hasarlardan sorumlu değildir. Yapı denetim kuruluşlarının yöneticileri, ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi; bu Kanunun uygulanmasından dolayı ortaya çıkan yapı hasarından sorumludur.

B. Tasarımın gerekçesi ve yapılan değişiklikler

Hükümet tasarısının gerekçesi²⁸, maddenin yüz otuz dördüncü fıkrasıyla,

²⁸ Tosun, Kerim/Artuç, Mustafa; Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 1697. Ayrıca 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu'nun gerekçesinde; Ülkemizin yeryüzünün en aktif deprem kuşaklarından birisinin içerisinde bulunduğu bölgede yer aldığı ve topraklarının %96'sının farklı oranlarda deprem tehlikesi riski taşıdığı, nüfusunun %98'sinin bu bölgelerde yaşadığı, uzun yıllardır yürürlükte olan imar ve afetler mevzuatındaki çeşitli hükümlere rağmen uygulamada etkili bir yapı denetiminin sağlanamadığının açık bir gerçek olduğu, ülkemizde son 20 yıl içerisinde meydana gelen depremlerden sonra bu durumun olumsuz sonuçları açıklıkla görülmüş olmasına karşın, bugüne kadar yapı denetimi konusunda olumlu bir gelişme sağlanmadığı, aksine hızlı nüfus artışı ve göçler, denetimsiz şehirleşme ve sanayileşme, yoğun kaçak yapılaşma ve sık sık başvuru alan imar afları ülkemizdeki deprem ve diğer afet risklerini her geçen gün daha da artırdığı, 17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 tarihlerinde yaşanan depremler sonrasında meydana gelen can ve mal kayıpları, denetimsiz yerleşme ve yapılaşmaların yol açabilecekleri zararları bütün açıklığı ile yeniden gözler önüne serdiği, yapılan araştırmalarda, proje denetimi aşamasında dahi projelerin %91'inde tasarım, hesap ve çizim hataları olduğu, uygulamanın ise hiç denetlenmediği ve şantiyelerin %90'ında yönetmelik ve standartlara aykırı beton döküldüğü ve beton mukavemet değerlerinin projesinde öngörülen ortalama olarak %40 daha az olduğu tespit edildiği, bu araştırmalar ve yaşanan son depremler, 3194 sayılı Kanunda yapı işlerinde rol alan teknik uygulama sorumlusunun (fenni mesul); yapı projelerini ve uygulamalarını denetlemekle sorumlu olan belediyeler ve valiliklerin; uygulamayı hiç denetleyemediklerini bütün çıplaklığı ile ortaya koyduğu, bu eksikliği gidermek amacıyla, sağlam yapılar yaparak muhtemel afetlerde can ve mal güvenliğini sağlamak, yapıların; imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına ve standartlara uygun, kaliteli yapılması için denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere bu Kanun Tasarısı hazırlandığı hususlarına yer verilmiştir. Bu

4708 sayılı kanunun 9. maddesinde değişiklik yapılarak, burada tanımlanan suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesine uygun hale getirilmiş, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanununa yapılan yollama 5237 sayılı Kanuna göre yeniden kaleme alınmıştır. Söz konusu madde ile Kanunun 9. maddesine eklenen 2. fıkra ile yapılan işin önemi de gözetilmek suretiyle maddede sözü edilen görevlilerin gerçeğe aykırı belge düzenlemeleri halinde, 5237 sayılı Kanunun resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümleri uyarınca cezalandırılacakları öngörülmüştür²⁹. Maddede yer alan, “yapılar ile ilgili diğer düzenlemeler ile yapıların uğramış olduğu yıkım ve zararlardan dolayı genel hukuk hükümleri uygulanır” şeklindeki hükme, bu hususta genel hükümlerin uygulanmasının tabii olması nedeni ile madde metninde yer verilmemiştir. Ayrıca maddede yer alan “bu maddede öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezalar paraya çevrilemez ve tecil edilemez” hükmüne, 5237 sayılı Kanunun 5, 50 ve 51. maddelerinin hükümleri karşısında madde metninde yer verilmemiştir.

TBMM genel kurulda yapılan değişikliğin gerekçesi³⁰, tasarının çerçeve 530. maddesi ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun’un değiştirilen 9. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan fiiller dolayısı ile faillerin Türk Ceza Kanunu’nun görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılacağı öngörülmüştür. Ancak bu fıkrada tanımlanan suçun faillerinin, kamu görevlisi olmaması ve görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak TCK’ da aranan objektif cezalandırılabilme şartlarını bu fıkrada tanımlanan fiiller bakımından bir koşul olarak aranması ceza yatırımı uygulanmasını çok güçleştireceği mülahazasıyla bu fiiller karşılığında müstakil yaptırım belirlemek amacıyla iş bu değişiklik önergesi verilmiştir.

hususla detaylı bilgi için Bkz: Anayasa Mahkemesi’nin, 03.11.2011 tarihli, 2010/75 E., 2011/150 K. sayılı kararı.

²⁹ 13/11/2004 tarih ve 25642 S.R.G. de yayımlanan 04/11/2004 kabul tarihli ve 5252 sayılı Kanunun 3. maddesince yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır. Bkz: UYAP Mevzuat 2013.

³⁰ Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1697.

C. YDK m. 5/1’de İfade Edilen Görevi Kötüye Kullanma Suçu

1. Suçun Tanımı

4708 sayılı Yapı denetim Kanununun ceza hükümleri başlıklı 9. maddesinin 1. fıkrasında, yapı denetim kuruluşları ile proje müellifleri, denetçi mimar ve mühendisler hakkında özel bir icrai ve ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmiştir. Bu husus, sözü edilen hükümde “*Bu Kanun hükümlerinin uygulanması sırasında, yapı denetim kuruluşunun icrai veya ihmali davranışla görevini kötüye kullanan ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı TCK’nın 257. maddesinde genel hüküm olarak düzenlenmektedir. Ancak YDK m. 9/1 hükmü, görevi kötüye kullanmanın özel bir şeklini oluşturmaktadır³¹. Bu açıdan, söz konusu hüküm müstakil bir suç şeklinde düzenlenmektedir. Bu durumda, genel norm-özel norm ilişkisi söz konusu olup, olaya genel normun uygulanmasını engelleyen özel norm uygulanır³². Bu çerçevede proje müellifi ile mimar ve mühendislerin icrai ve ihmali davranışla görevi kötüye kullanmaları durumunda TCK’nın 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma değil, görevi kötüye kullanmanın özel bir türü niteliğindeki YDK m. 9/1 hükmünün uygulanması gerekir.

2. Suçun Faili

4708 sayılı Yapı Denetim Kanununun 9. maddesinin 1. fıkrasında kaleme alınan suçun faili, yapı denetim kanunun uygulanması sırasında yapı denetim kuruluşunun ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, proje müellifi gerçek kişileri ile laboratuvar görevlileridir. Sözü edilen suç, yalnızca bu kişiler tarafından işlenebilir³³. Bu açıdan söz konusu suç, özgü suç niteliğindedir³⁴.

³¹ Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1697.

³² Özgenç, İzzet; Türk ceza Kanunu, Gazi Şerhi (Genel Hükümler), B. 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 586; Özbey, Özcan; İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunda İçtima Uygulanması, Yargıtay dergisi, C. 39, S. 3, Temmuz 2013, s. 95-96.

³³ Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1697.

³⁴ Kanuni tanımında faille ilgili olarak, herhangi bir insanın olmanın ötesinde belirli özel ve

Yapı denetim kuruluşunun ortakları, yöneticileri, mimar ve mühendisleri, yapı müteahhidi, proje müellifi gerçek kişiler ile laboratuvar görevlileri dışındaki kimselerin bu suçu işleyebilmeleri mümkün değildir. Ancak bu kişiler dışındaki kimselerin, azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak etmeleri mümkündür³⁵.

Yapı Denetim Kanunu'nun 1. maddesinde yapı müteahhidi; yapım işini, yapı sahibine karşı taahhüt eden veya ticari amaçla ya da kendisi için şahsi finans kaynaklarını kullanarak üstlenen, ilgili meslek odasına kayıtlı gerçek ve tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. Buradan anlaşılacağı üzere yapı müteahhidi, yapının oluşturulmasını yapı sahibine karşı üstlenen gerçek veya tüzel kişidir. Ancak bazen bir yapının oluşturulması birden çok yapı müteahhidi tarafından gerçekleştirilebilir. Burada yapının tamamlanmasına kadar yapıma dahil olan ilgili meslek odasına kayıtlı her türlü taşeron veya müteahhidin, yapı müteahhidi kavramında değerlendirilmesi gerekir. Yapı müteahhidi ve şantiye şefi; yapıyı, tesisatı ve malzemeleriyle birlikte İmar Kanunu'na, ilgili diğer mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa etmek, neden olduğu mevzuata aykırılığı gidermek mecburiyetindedir.

Proje müellifi: mimarlık, mühendislik, tasarım hizmetlerini iştirak konusu olarak seçmiş, yapının etüt ve projelerini hazırlayan gerçek ve tüzel kişiyi ifade eder³⁶. Başka bir deyişle proje müellifi, mimarlık veya mühendislik ya da tasarım hizmetleri alanında çalışan ve bu alanda uzmanlaşan ve buna bağlı olarak yapının etüt ve projelerini hazırlamakla mükellef olan kişidir. Projeyi hazırlayan proje müellifi, müelliflik anlamında sorumludur. Proje müellifi

objektif vasıflardan söz edilen suçlara, özgü suç denilmektedir. Bu tür suçlarda suçun faili, diğer insanlara nazaran özel bir yükümlülük altında bulunmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için Bkz: Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 5. Bası, Ankara, 2010, s. 178-179; Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara, 2007, s. 1781; Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1697; Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, 2005, s. 1216 vd; Gökcan, Hasan Taksin/Artuç, Mustafa; Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 36.

³⁵ Azmettiren ve yardım eden konularında detaylı bilgi için Bkz: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 464-474; Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1697.

³⁶ 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu, madde 1/k.

tarafından hazırlanan etüt ve projelerin, yapının oluşturulması aşamalarında tedrici olarak yapı denetim kuruluşu ile denetçi mimar ve mühendisler tarafından denetlenmesi gerekir. Bu durum 4708 sayılı Yapı Denetim Kanunu ile kamusal denetimin kabul edilmesinin bir sonucudur. Proje, yapı denetim şirketi ile denetçi mimar ve mühendisler tarafından kontrol edilmeli, mevzuata uygun olması durumunda onaylanmalıdır. Bu konuda görev ve sorumluluk yapı denetim şirketindeki denetçi mimar ve mühendisler aittir. O halde kamusal anlamda yapı denetimi, bu alan dışında faaliyet göstermeyen ve bu alanda uzmanlaşmış yapı denetim şirketi ile denetçi mimar ve mühendisler tarafından gerçekleştirilir. Proje müelliflerinin etüt ve proje hazırlamaları ile icrai veya ihmali bir davranışla görevlerini kötüye kullanmaları halinde ise, 4708 sayılı kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen özel görevi kötüye kullanma suçu kapsamında cezalandırılmaları söz konusu olmaktadır.

Yapı denetim kuruluşları ile denetçi mimar ve mühendisler tarafından yapılacak olan denetim, proje müelliflerince hazırlanan, yapının inşa edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek, ilgili idareler dışında başka bir kurum veya kuruluşun vize veya onayına tabi tutulmadan, ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmektir. Yapı denetim konusunda iştigal eden yapı denetim kuruluşları, denetim faaliyeti dışında başka ticari faaliyette bulunamaz. Zira bu kuruluşun denetçi mimar ve mühendislerinin, denetim faaliyeti süresince başkaca mesleki ve inşaat işleri ile ilgili ticari faaliyette bulunmaları yasaktır. Bu açıdan, yapı müteahhidi veya proje müellifi bir mimar ya da mühendisin aynı zamanda yapının kamusal denetimini gerçekleştirmesi teorik olarak mümkün değildir. Çünkü Yapı denetim kuruluşu ile denetçi mimar ve mühendislerin, denetim faaliyeti süresince denetim faaliyeti dışında başkaca mesleki ve inşaat işleri ile ilgili ticari faaliyette bulunmaları yasaktır. Diğer taraftan, proje müellifinin çizdiği proje, yapı denetim şirketi ile denetçi mimar ve mühendisler tarafından kontrol edilir, uygun olması durumunda onaylanır. Bu anlamda denetimin konusu proje müellifi tarafından oluşturulan etüt, rapor ve projedir. Kişinin kendi kendini ve kendi yaptığı işi denetlemesi,

kamusal denetimin ruhuna aykırıdır. Bu sebeple, bir yapının projesini çizen ve zemin etütlerini hazırlayan bir proje müellifinin, yapının kamusal denetimi sırasında denetçi mimar ve mühendis olarak görev yapması mümkün değildir. Buna karşılık, yapı sahibi veya müteahhidin, özel bir kontrolörlük sözleşmesi ile yapıyı denetleme ihtiyacı duymaları mümkündür. Ancak bu denetleme, gerçek anlamda bir kamusal denetim değil, özel sözleşme ile kurulmuş bir ön denetim niteliğindedir. Özel kontrolörler tarafından gerçekleştirilen bu ön denetim ise, prosedüre uygun bir kamusal denetim olmadığı için, denetçi mimar ve mühendisin sorumluluğu kapsamında değerlendirilemez. Buradaki ilişki kamusal tarafı olmayan tamamen özel hukuk ilişkisinden kaynaklanan ve özel hukuk hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gereken bir sözleşme ilişkisidir. Bu sebeple, özel bir kontrolörlük sözleşmesi ile denetim yapan özel mimar ve mühendisin, 4708 sayılı kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen özel görevi kötüye kullanma suçu kapsamında fail olarak kabul edilmesi ve bu şekilde cezalandırılmaları mümkün değildir. Zira söz konusu hükümden kimlerin bu kapsamda sorumlu olacakları tahdidi olarak sayılmıştır, sayılan kişiler dışındakilerin bu hüküm kapsamında sorumlu tutulmaları söz konusu olamaz.

Belediye başkanı, belediye fen işleri müdürü ve zabıta müdürü olan kişilerin, Belediye Kanunu ve 3194 sayılı İmar Kanunu kapsamında icrai ve ihmali davranışla görevlerini kötüye kullanmaları söz konusu olabilir. Ancak bu görevliler hakkında 4708 sayılı Yapı denetim Kanununun 9. maddesine göre işlem yapmak mümkün değildir³⁷. Zira yukarıda ifade edilen kişilerin sorumlulukları, özel bir kanun maddesi ile kaleme alınmış değildir. Mesela, kendilerine yapı denetim yetkisi verilmiş kişiler dışındaki kamu görevlilerinin kaçak yapıyı görmezden gelme, koşulları olmadığı halde binaya ruhsat verme, koşulların varlığına rağmen binaya ruhsat vermeme veya geciktirme gibi eylemlerinin TCK m. 257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bu sebeple, bu kişilerin icrai ve ihmali davranışla gerçekleşen eylemlerinin TCK m. 257'de genel bir şekilde düzenlenen görevi

³⁷ Meran, Necati; İmar Kirliliğine Neden Olma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 290.

kötüye kullanma suçunu oluşturacağı kanaatindeyiz.

Diğer taraftan, proje müellifleri ile denetçi mimar ve mühendislerin cezai sorumlulukları, 4708 sayılı Yapı Denetim Kanununda görevi kötüye kullanma, müstakil olarak özel şekilde düzenlenmekle birlikte, bu kişilerin genel hükümlere göre cezalandırılmaları da mümkündür. Başka bir deyişle, proje müellifi ile denetçi mimar ve mühendislerin görevlerini icrai ve ihmali davranışla kötüye kullanmaları neticesinde, genel hükümlere göre cezalandırılması gereken başka bir suç meydana gelmiş ise, faillerin özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçundan değil, genel hükümlere göre oluşan başka suç kapsamında yargılanıp cezalandırılmaları gerektiği kanaatini taşıyoruz³⁸. Mesela, binadaki hatalı bir yapıdan dolayı kişilerin yaralanmaları veya hayatını kaybetmeleri durumunda, faillerin TCK'nın ilgili maddeleri gereğince taksirle yaralama ya da taksirle ölüme neden olma suçundan yargılanarak kusurları oranında cezalandırılmaları gerekir. Başka bir deyişle, bu kişilerin görevi ile ilgili yükümlülüklerinin ihlali sonucunda bir kişinin ölmesi veya yaralanması söz konusu ise, artık faillerin özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçundan dolayı cezalandırılmaları mümkün değildir. Bu durumda, faillerin ihmali davranışları neticesinde gerçekleşmiş öldürme veya yaralama suçlarından dolayı cezalandırılmaları gerektiği kanaatindeyiz.

3. Suçun Unsurları

4708 sayılı Yapı Denetim Kanununun 9. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen suçun hareket unsuru, söz konusu Kanunun uygulanması esna-

³⁸ TCK m. 257'de kaleme alınan görevi kötüye kullanma suçu, kamu görevlilerinin görevleri ile ilgili ve onlara özgü suçlar arasında yer alır. Bu suç, hukuki niteliği itibari ile genel, tali ve tamamlayıcı bir görev suçudur. Bu sebeple, değişik kanunlarda düzenlenen özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçları karşısında, bu hüküm uygulanma alanı bulmaz. Zira özel normun önceliği ilkesi gereği, özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen hüküm uygulanır. Buna karşılık, bu hususta özel bir hükmün bulunması, başka bir suçu düzenleyen genel hükmün uygulanmasına engel teşkil etmez. Bu açıdan, özel nitelikte görevi kötüye kullanma suçu, failin eylemi sonucu başka bir suçun oluşmadığı durumlarda uygulanma alanı bulur. Nitekim proje müellifi ile denetçi mimar veya mühendisin eylemi sonucu, özel nitelikli görevi kötüye kullanma suçu ile taksirle öldürme ya da yaralama suçu birlikte işlenmiş olabilir. Bu durumda, failer hakkında özel hüküm olan YDK m. 9/1 hükmünün değil, TCK'nın taksirle yaralama ya da taksirle ölüme neden olma suçlarını düzenleyen hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatini taşıyoruz.

sında proje müellifleri ile denetçi mimar ve mühendislerin icrai veya ihmali davranışla görevlerini kötüye kullanmalarındadır. Ancak denetçi mimar ve mühendislerin görevlerini kötüye kullanıp kullanmadıklarının nasıl anlaşılacağı hususunda maddede açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple, failin icrai veya ihmali davranışla görevini kötüye kullanması hususunun TCK'nın 257. maddesi kapsamında belirlenmesi gerektiği mülahazasını taşıyoruz³⁹.

Genel hüküm niteliğindeki görevi kötüye kullanma suçu TCK'nın 257. maddesinde, "*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi altı aydan iki yıla kadar, hapis cezası ile cezalandırılır.*

Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklinde kaleme alınmıştır.

YDK m. 9/1'de düzenlenen suçun oluşması bakımından failin görevi kötüye kullanıp kullanmadığı, TCK m. 257/1-2'deki hususların ve koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılması ile belirlenebilir⁴⁰. Bu açıdan yapı müellifi ile denetçi mimar ve mühendislerin icrai davranışı, görevlerinin gereklerine aykırı hareket etme şeklinde aktif bir işlem veya eylemde bulunma olarak gerçekleşir.⁴¹ Mesela, proje müellifinin yapı ruhsatına esas olan uygulama projelerini ve zemin etüdü raporlarını mevzuata uygun yapmaması veya denetçi mimar ve mühendisin yapı denetimini mevzuata uygun yapmamasında durum böyledir. İhmali davranışları ise, görevlerinin gereği yerine getirmek için aktif davranma yükümlülükleri bulunduğu halde, hareketsiz kalma veya gecikme şeklinde cereyan eder⁴². Mesela, proje ve yapı denetimini yapmama

³⁹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5. maddesi, bu hususu aydınlatıcı niteliktedir. Buna göre; "*Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır*".

⁴⁰ Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1698.

⁴¹ Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1770 vd.

⁴² Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1777 vd.

veya geç yapma şeklindeki davranışlar proje müellifi ile denetçi mimar ve mühendisin ihmali davranışı şeklinde değerlendirilebilir.

Bunun yanında, söz konusu suçun oluşması ve failin cezalandırılabilmesi için, TCK m. 257/1-2’de öngörülen kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişileri haksız kazanç sağlama koşullarının gerçekleşmesi gerekir⁴³. Başka bir deyişle, proje müellifi ile denetçi mimar ve mühendislerin icrai ve ihmali davranışları neticesinde, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız kazanç sağlama unsurları aranmalıdır. Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2008/9511 E., 27/66 K. sayılı kararında bu durum şu şekilde ifade edilmektedir; *“Yapı sahibi ve yapı müteahhidi bakımından, sanığın eyleminin suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı TCK’nın görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu, ancak anılan hükmün karşılığını oluşturan 5237 sayılı TCK’nın 257/1.maddesinde suçun gerçekleşmesi için görevin gereğine aykırı davranmaktan başka suç nedeniyle kişilerin mağduriyetine, kişilere haksız kazanç sağlanmasına veya kamu zararına neden olunmasının gerekmesi nedeniyle, dosyadaki kanıtlar incelenerek ve gerekirse suç öğeleri yönünden gereken inceleme yapılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken...”*

Yapı sahibi veya müteahhidin, özel bir kontrolörlük sözleşmesi ile proje müellifine yapıyı denetletmeleri mümkündür. Ancak bu denetleme, gerçek anlamda bir kamusal denetim değil, özel sözleşme ile kurulmuş bir ön denetim niteliğindedir. Bu açıdan, yapının projesini çizen proje müellifi aynı zamanda özel kontrol görevini üstlenmiş olabilir. Burada özel kontrolör olarak görev yapan proje müellifinin işiyle ilgili davranışları, yapı müteahhidi ile aralarında kabul edilen özel sözleşme hükümleri kapsamında değerlendirilir. Ancak burada yapı müteahhidinin davranışlarının Yapı Denetim Kanunu veya özel hukuk kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışmalıdır. Özel hukuk ilişkisine dayanan bir kontrolörlük denetimi, kamusal anlamda bağlayıcılığı olmayan bir denetimdir. Bu anlamda, bir ön denetim olan proje müelli-

⁴³ Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin yerleşik uygulamaları bu yöndedir. Bkz: 4. Ceza Dairesi 2008/9511 E., 27/66 K.

finin yaptığı denetim, kamusal denetim değildir. Proje müellifi olan mimarın kontrolü sırasında, yapı müteahhidinin davranışları da özel hükümler kapsamında değerlendirilebilir. Mesela, yapı müteahhidinin proje müellifi özel kontrolöre yanlış bilgi vermesinde denetim gerekli ve doğru unsurları içermemektedir. Mesela, yapının projede belirtilen kriterler dışına taşırılması veya daha büyük yapılması ya da projenin uygulanmasında farklılıkların olması durumunda da proje müellifi özel kontrolörün yaptığı mevzuata aykırı kontrol yine bu şekildedir. Ancak yapı müteahhidi ruhsat almadan yapıyı yapmaya çalışmış veya ruhsata aykırı unsurlar eklemişse, artık burada yapı müteahhidi açısından görevi kötüye kullanma suçunun unsurları gerçekleşmiştir ve yapı müteahhidinin Yapı Denetim Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca görevi kötüye kullanma suçu kapsamında cezalandırılacağını söylemek mümkündür. Buna göre, yapının zemin etüdü ve projesinin müellif tarafından hazırlanmasından başlayıp ruhsat alma ve ilgili mevzuat gereği yapıyı yapı sahibine karşı taahhüt eden kamusal denetimin yapılmasına imkan sağlayan ve yapının mevzuata uygun bir şekilde tamamlanmasını sağlayan yapı müteahhidi, bu aşamalarda gerçekleştirdiği ihmal ve icrai davranışlar dolayısıyla Yapı Denetim Kanunu'nun 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca görevi kötüye kullanma suçu kapsamında cezalandırılır. Proje müellifinin özel kontrolör olarak hazırladığı raporun kamusal anlamda bir bağlayıcılığı yoktur. Yani bu denetim ek olarak yapılmış, bir ön denetim şeklindedir. Mesela, özel kontrolör tarafından yapılaşma, Yapı Denetim Kanunu ve ilgili diğer mevzuatta belirtilen taşınması gereken unsurlar yerine getirilmeden denetim yapılmış olabilir. Burada yapıyı olduğundan farklı göstermenin, eksik veya fazlalıkları görmezden gelmenin yapı sahibi ya da yapı müteahhidine hiçbir pratik faydası yoktur. Zira yapı, bu ön denetimden geçse de yapı denetim kuruluşu ile denetçi mimar ve mühendisler tarafından gerçekleştirilen kamusal denetimden geçemeyecektir.

Suçun manevi unsuru, kasttır⁴⁴. Kastın asıl kusurluluk hali olması sebebiyle

⁴⁴ Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1698; Meran, İmar Kirliliğine Neden Olma, s. 290; Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1780-1781; Semercioğlu/Bayraktutan/Hürmüz, İmar Kirliliğine Neden Olma, s. 227.

Ayrıca kast konusunda Bkz: Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A.Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1091; Özgenç,

le, suçun taksirle işlenebileceğinin kabul edilmesi için kanunda ayrıca taksirle işlenebileceği düzenlenmiş olması gerekir⁴⁵. Bu açıdan sözü edilen suç, kast ile işlenebilen bir suçtur, taksirle işlenme imkanı bulunmamaktadır. Suçun işlenebilmesi için, proje müellifi ile denetçi mimar veya mühendislerin genel kastla hareket etmesi yeterlidir, ayrıca belli bir amaç dahilinde hareket etmelerine gerek yoktur.

Görevli mahkeme 5235 sayılı kanunun 11. maddesi gereğince Asliye Ceza Mahkemesidir⁴⁶.

Suçun takibi, şikayete bağlı olmayıp, resen kovuşturmaya tabidir⁴⁷.

D. Md 5/2’de ifade edilen Resmi belgede sahtecilik suçu

1. Suçun Tanımı

4708 sayılı Yapı Denetim Kanununun 9. maddesinin 2. fıkrasında, yapı denetim kuruluşları ile denetçi mimar ve mühendisler hakkında özel bir sahtecilik suçuna yer verilmiştir. Bu husus sözü edilen fıkrada, “*Yapı denetim kuruluşunun ortak ve yöneticileri, mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileri bu Kanun hükümleri çerçevesinde yapmaları gereken denetimi yapmadıkları hâlde yapmış gibi veya yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemeleri hâlinde Türk Ceza Kanununun resmi belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerine göre cezalandırılır.*” şeklinde kaleme alınmıştır⁴⁸.

Resmi belgede sahtecilik suçu, 5237 sayılı TCK m. 204 vd. maddelerinde kaleme alınmaktadır. TCK’da yer alan söz konusu düzenlemeler, genel hükümler içermektedir⁴⁹. Ancak YDK m. 9/2 hükmü ile belgede sahteciliğin özel

Türk Ceza Hukuku, s. 213 vd.; Noyan, Erdal; Ceza Davası, Ankara, 2007, s. 72 vd.

⁴⁵ Semercioğlu, Mustafa Kemal/Bayraktutan, Serhat/Hürmüz, Peyman; İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Meslek içi Eğitim Notları, TAA Yayınları-16, Ankara 2013, s. 227.

⁴⁶ Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1783.

⁴⁷ Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1782.

⁴⁸ 13/11/2004 tarih ve 25642 sayılı resmi gazetede yayımlanan 04/11/2004 kabul tarihli ve 5252 sayılı Kanunun 3. maddesince yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılı, hükmü getirilmiştir. Bkz: UYAP Mevzuat 2013.

⁴⁹ Albayrak, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, 10. Baskı, Ankara, 2012, s. 718; Parlar, A./Hati-

bir şekli öngörülmektedir. Buna karşılık, sözü edilen hüküm ile müstakil bir ceza öngörülmemekte, TCK'da yer alan resmi belgede sahtecilik hükümlerine atıf yapılmaktadır. Bu açıdan, resmi belgede sahteciliğin düzenlendiği ilgili hükümlere değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

TCK m. 204 hükmü, şu şekilde kaleme alınmaktadır; “*Bir resmî belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmî belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmî belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

Görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmî bir belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren, gerçeğe aykırı olarak belge düzenleyen veya sahte resmî belgeyi kullanan kamu görevlisi üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Resmî belgenin, kanun hükmü gereği sahteliği sabit oluncaya kadar geçerli olan belge niteliğinde olması hâlinde, verilecek ceza yarısı oranında artırılır.”

TCK m. 205 hükmü, şöyle düzenlenmektedir; “*Gerçek bir resmî belgeyi bozan, yok eden veya gizleyen kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”*

TCK m. 206 hükmünde ise, şu ifade bulunmaktadır; “*Bir resmî belgeyi düzenlemek yetkisine sahip olan kamu görevlisine yalan beyanda bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”*

2. Suçun Faili

4708 sayılı Yapı Denetim Kanununun 9. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun faili, bu kanun hükümleri kapsamında yapmaları gereken denetimi yapmadıkları halde yapmış gibi veya yapmalarına rağmen gerçeği yansıtmayan belge düzenleyen yapı denetim kuruluşunun ortak ve yöneticileri, mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileridir⁵⁰. Bu suç, sadece yukarıda

poğlu, M., s. 1488 vd; Gökçen, Ahmet; Belgede Sahtecilik Suçları, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 151 vd.

⁵⁰ 4708 sayılı Yapı Denetim Kanununun 9. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen görevi kötü-

sözü edilen kişiler tarafından işlenebilir. Başka bir deyişle, bu suçun failleri sözü edilen hükümde tahdidi olarak sayılmıştır. Fail konusunda özel bir düzenlemeye gidildiği için bu suçun faili herkes olamaz. Bu sebeple, söz konusu suç faili bakımından özgü suç niteliğindedir⁵¹.

Yapı denetim kuruluşunun ortakları, yöneticileri, denetçi mimar ve mühendisleri ile laboratuvar görevlileri dışındaki kimselerin bu suçu işleyebilmeleri mümkün değildir. Bu bağlamda, denetçi mimar veya mühendisler, kendilerine kanun ile yapı denetim yetkisi verilmiş kişiler olmaları sebebiyle bu suçun faili olabilirler. Sözü edildiği üzere, denetçi mimar veya mühendislerin yapı denetimi ile ilgili sahte belge düzenlemeleri eylemi bu hüküm kapsamında değerlendirilir. Buna karşılık, bu kişiler dışındaki kimselerin suçu azmettiren veya yardım eden olarak iştirak etmeleri mümkündür⁵².

Yapı ruhsatına esas olan uygulama projelerini ve zemin etüdü raporları da dahil her türlü etüde dayalı çalışmaları mevzuata uygun olarak yapmak veya yaptırmak ve incelenmek üzere sicil durum belgesi ile birlikte yapı denetim kuruluşuna vermekle görevli proje müellifleri, bu suçun faili olamazlar. Zira bu suç kapsamında fail olabilecek kişiler tahdidi olarak sayılmaktadır. Buna karşılık, sayılan kişiler arasında proje müellifleri yer almamaktadır. Proje müelliflerinin bu kapsamda yaptıkları eylemler ve sahtecilikler, bu suç kapsamında değil, TCK 204 vd. maddelerinde yer alan genel hükümler çerçevesinde cezalandırılır. Diğer taraftan, yapı denetim kuruluşlarının ortağı veya yöneticisi olan proje müelliflerinin bu suçun faili olabilmeleri pekala mümkündür.

3. Suçun Unsurları

4708 sayılı Yapı Denetim Kanununun 9. maddesinin 2. fıkrasında kaleme alınan suçun maddi unsuru, denetçi mimar ve mühendislerin bu kanun hükümleri çerçevesinde yapmaları gereken denetimi yapmadıkları halde yapmış gibi veya

ye kullanma suçunda fail olarak kabul edilen proje müellifi, 2. Fıkra düzenlenmiş resmi belgede sahtecilik suçu kapsamında fail olarak sayılmamıştır.

⁵¹ Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 193-194; Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1698; Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1495.

⁵² Azmettiren ve yardım eden konularında detaylı bilgi için Bkz: Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 464-474; Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1698; Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1495.

yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemeleridir. Bu eylemleri gerçekleştiren denetçi mimar ve mühendislerin, TCK m. 204 vd. maddeleri gereğince cezalandırılmaları gerektiği söylenebilir. Burada failin eyleminin belirlenmesi açısından öncelikle belge, resmi belge ve sahteciliğin nasıl oluşacağı hususlarına değinmek gerekir. Belge, hukuki anlamda hüküm ifade eden ve bir hakkın doğmasına, hukuki ilişkinin veya bir olayın ya da olduğunun kanıtlanmasına yarayan yazı olarak tanımlanabilir⁵³. Resmi belge, kamu görevlisi veya hukuken yetkili kılınan görevli tarafından, kanun gereğince yerine getirdiği fonksiyon sebebiyle düzenlenen belgedir⁵⁴. Bu anlamda, resmi belgenin kamu görevlisi veya hukuken yetkili kılınan görevli tarafından düzenlenmesi gerekir⁵⁵. Bu bağlamda, denetçi mimar veya mühendislerin kendilerine kanun ile denetim yetkisi verilmiş kişiler olduklarını söylemek mümkündür.

Sözü edilen suç, seçimlik hareketli bir suçtur⁵⁶. Suçun birinci hareket unsuru, denetçi mimar veya mühendisin denetim yapmadığı halde yapmış gibi belge düzenlemesi eylemidir. Burada Yapı Denetim Kanununa göre denetim yapmaya yetkili fail yapması gereken denetimi yapmamakta ve denetimi yapmış gibi göstererek belge düzenlemektedir. Denetim yapılmadığı halde yapılmış gibi belgenin düzenlenmesi ve fail tarafından imzalanması, suçun oluşması bakımından yeterlidir⁵⁷. Ayrıca suçun oluşması için, belgenin kullanılması

⁵³ Bir belgeden söz edebilmek için, bazı özelliklerin bulunması gerekir. Bu özellikler, belgenin yazılı olması, düzenleyicisinin bulunması, yazının içeriğinin olması ve hukuki anlamda hüküm ifade etmesi şeklinde sıralanabilir. Bkz: Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1489; Gökçen, Belgede Sahtecilik Suçları, s. 71 vd.

Ayrıca belgenin nitelikleri hususunda bkz: Malkoç, İsmail/Güler, Adnan; Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-3, Basım-1, Ankara, s. 2493 vd; Ekinci, Mustafa/Esen, Sinan; Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal, Bilişim alanında Suçlar ile Müşterek Hükümler, Ankara 2003, s. 1-8.

⁵⁴ Bir belgede sahteciliğin oluşabilmesi için; hukuki anlamda hüküm ifade eden bir belgenin bulunması, belgedeki gerçeğin değiştirilmesi ve iğfal kabiliyetinin (aldatma yeteneği) koşullarının gerçekleşmesi gerekir.

⁵⁵ Artuç, Mustafa/Akkaya, Çetin /Gedikli, Cemil; Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Ankara, 2008, s. 1082 vd; Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1492.

⁵⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku, s. 161 vd.; Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1498.
Kanuni tanımlarında suçun icrasının birden fazla alternatif hareketle gerçekleşebileceği belirtilen suçlara, seçimlik hareketli suç denilir. Söz konusu suç bakımından *"yapmaları gereken denetimi yapmadıkları halde yapmış gibi veya yapmalarına rağmen gerçeğe aykırı olarak belge düzenleme"* şeklinde iki alternatif hareket öngörülmektedir.

⁵⁷ Ancak burada fail tarafından düzenlenen söz konusu belgenin, iğfal kabiliyetini haiz olması

gerekmez. Fail tarafından sahte olarak düzenlenen belgenin, sahte olduğunu bilerek kullanılması durumunda ise, TCK m. 204 hükmünün uygulanma alanı bulacağını söylemek mümkündür.

Suçun ikinci hareket unsuru, denetçi mimar veya mühendisin yapması gerekli olan denetimi yapmasına rağmen gerçeğe aykırı olarak belge düzenlemesi eylemidir. Başka bir deyişle, denetçi mimar veya mühendis fiili olarak yapması gereken denetimi yapmaktadır, ancak düzenlediği belge gerçeği yansıtmamaktadır. Bu bağlamda, denetçi mimar veya mühendisin eyleminin belgede sahteciliğin bir türü olan fikri sahteciliği oluşturduğunu söylemek mümkündür. Fikri sahtecilik, belgenin özüne ve içeriğine ilişkin bir sahtecilik olup, bu durumda belgenin içeriği gerçek ve doğru değildir⁵⁸. Burada denetçi mimar ve mühendisin düzenlediği rapor, yapı denetimi ile ilgili gerçekleri yansıtmakta, doğru bilgiler içermemekte, gerçekte olmayan hususlara yer vermekte, olmayan unsurlar ve koşullar varmış gibi gösterilmekte veya mevcut olan koşullar farklı şekillerde neşredilmektedir. Kısaca düzenlenen raporda gerçek dışı unsurlar yer almakta ve böylece failin eylemi sahtecilik suçuna vücut vermektedir. Mesela, denetçi mimar veya mühendis tarafından hatalı olarak yapılmış sağlam olmayan bir yapıya sağlam raporu düzenlenmesinde durum bu şekildedir.

Suçun manevi unsuru, kasttır⁵⁹. Kastın asıl kusurluluk hali olması sebebiyle, suçun taksirle işlenebileceğinin kabul edilmesi için kanunda ayrıca taksirle işlenebileceği düzenlenmiş olması gerekir⁶⁰. Bu açıdan sözü edilen suçun, kast ile işlenebilmesi mümkün olup, taksirle işlenme imkanı bulunmamaktadır. Su-

gerektiği unutulmamalıdır.

⁵⁸ Fiziki sahtecilikte, biçimlere ve merasimlere uyularak, görünüşte gerçek bir belge düzenlenmekte olup içeriği ile özü gerçek ve doğru değildir. Bu sebeple, belgede maddi iz veya fiziki değişiklik söz konusu olmamaktadır.

⁵⁹ Tosun K./Artuç, M., Asliye Ceza Davaları, s. 1698; Meran, İmar Kirliliğine Neden Olma, s. 290; Parlar, A./ Hatipoğlu, M., s. 1780-1781; Albayrak, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, s. 719-721.

Ayrıca kast konusunda detaylı bilgi için Bkz: Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A.Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 632-635; Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 5. Bası, Ankara, 2010, s. 213 vd; Noyan, Erdal; Ceza Davası, Ankara, 2007, s. 72 vd.

⁶⁰ Semercioğlu/Bayraktutan/Hürmüz, İmar Kirliliğine Neden Olma, s. 227.

çun işlenebilmesi için, denetçi mimar veya mühendislerin genel kastla hareket etmesi yeterlidir, ayrıca belli bir amaç dahilinde hareket etmelerine gerek yoktur.

E. YDK m. 9/5'te İfade Edilen Mimar ve Mühendislerin Eylem ve İşlemleri

4708 sayılı Yapı denetim Kanununun 9. maddesinin 5. fıkrasında, yapı denetim kuruluşları ile denetçi mimar ve mühendislerin eylem ve işlemlerinin hükümlerine yer verilmiştir. Bu husus, sözü edilen fıkrada, "*Yapı denetim kuruluşu ile denetçi mimar ve mühendisleri; eylem ve işlemlerinden 3194 sayılı İmar Kanununun fenni mesul için öngörülen hükümlerine tabidirler.*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümle, denetçi mimar veya mühendislerin sorumluluğu bakımından kapsamlı bir düzenleme getirildiği söylenebilir.

Yukarıda anlatılanlar ışığında, yapı denetçisi mimar veya mühendis, denetlemekle görevli olduğu yapının proje ve eklerine aykırı olarak yapıldığını tespit etmesi halinde, mevzuatta belirlenen şekilde davranarak bu aykırılıkların giderilmesini, giderilmediği takdirde durumu ilgili kuruluşlara bildirerek inşaatın durdurulmasını sağlamakla görevlidir.

Fenni mesullerce denetime ilişkin mimarlık ve mühendislik raporları hazırlanan, yapı sahibi, fenni mesuller ve ilgili idare elemanlarının birlikte düzenlediği tespit tutanağı ile tamamlandığı belirlenen, ancak, yapı müteahhidinin yapım işlerinden doğan vergi ve sigorta primi borçlarının ve diğer sorumluluklarının gereğinin yerine getirilmemesi sebebiyle yapı kullanma izin belgesi verilmesi işlemleri tamamlanamayan yapılar için, yapının müteahhidi olmayan yapı sahibinin talebi üzerine, ilgili idarece durum tespit edilerek yapı kullanma izin belgesi verilir. Bu belgenin bir örneği, ilgili kurumlara ve ilgililerin kayıtlarına işlenmek ve değerlendirilmek üzere ilgili meslek odalarına ve Bakanlığa gönderilir.

Yapı sahibi, ruhsat süresi dolmamış olan bir yapının etüt ve proje müellifliği, yapı müteahhitliği ve şantiye şefliği görevlerinden herhangi birini üstlenmemiş ise bütün sorumluluk, ilgisine göre etüt ve proje müelliflerine, yapı müteahhidine, şantiye şefine ve ilgili fenni mesullere aittir.

SONUÇ

Ülkemizde Marmara bölgesinde meydana gelen deprem hadisesinde önemli sayıda can kaybı yaşanmıştır. Bu üzücü hadise yapılaşma ile ilgili birçok hususun yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Bunun üzerine yapıların daha sağlam ve dayanıklı inşa edilmesi ile daha sıkı denetim koşullarına tabi tutulması fikri benimsenmiştir. Bu anlamda, öncelikle 595 sayılı ve 601 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameler ile yapı denetimi hususunda reform niteliğinde yenilikler getirilmiştir. Ancak sonrasında sözü edilen KHK'ler, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu gelişmelerin sonucunda, can ve mal güvenliğini teminen, imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacı ile 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun yürürlüğe konulmuştur.

Yukarıda ifade edildiği üzere, ülkemizde son yıllarda sağlıklı, güvenli, düzenli ve kaliteli kentleşmeyi ve depremlere dayanıklı yapılaşmayı sağlayacak kanuni düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak bu düzenlemeler, değişik sebeplerle etkin olarak uygulanamamaktadır. Yapının fikri temelini oluşturan plan ve projeleri hazırlayan mimar, mühendis ve proje müellifleri, bu plan ve projelerin teknik anlamda yapıda uygulanmasını sağlamakta ve mesleki anlamda yapı denetimini yapmaktadırlar. Ancak yapı denetimi konusunda ortaya çıkan aksaklıklar sebebiyle, bu denetimin sağlıklı bir şekilde yapılmadığı anlaşılmaktadır. Zira birçok kentimizde kanuna aykırı ve kaçak yapıların olduğu gözlenmektedir. Mesela, İstanbul, Ankara, İzmir, Bursa gibi büyük kentler, projeye ve kurallara aykırı yapıların inşa edildiği sistematik yerleşme mekanları olarak gösterilebilir. Bu bağlamda, ülkemizde yapı denetimi konusunda olumlu bir gelişme sağlanamadığı, aksine hızlı nüfus artışı ve göçlerin, denetimsiz şehirleşme ve sanayileşmenin, yoğun kaçak yapılaşmanın ülkedeki deprem ve diğer afet risklerini her geçen gün daha da arttırdığı gözlenmektedir. Diğer taraftan, toplumun sağlıklı, güvenli, kaliteli ve düzenli bir çevrede veya yapıda yaşama arzusunun olduğunu da söylemek gerçekten zordur.

Yapı denetçisi mimar ve mühendisler ile proje müellifleri, yalnızca dene-

tim alanında çalışmalarını sağlamaya yönelik kurallar konulmasına rağmen, bu durumun gereğini yerine getirmedikleri görülmektedir. Uygulamadaki denetimlerde, zaman zaman imza karşılığı denetim yapılmakta veya denetime gidilmemekte ya da sahte belge düzenlenmektedir. Bu durum, yapı denetim kuruluşlarının mali yükünü hafifletmek amacıyla denetçilerinden fiilen görev yapmaları yerine “sadece imza atmalarını” istedikleri, denetçi mimar ve mühendislerin bir kısmının ise “işe gelmeyerek sadece imza atma” karşılığında belgelerini kullanmak istedikleri yönündeki izlenimleri kuvvetlendirmektedir. Böylece denetçi mimar ve mühendislerin icrai veya ihmali davranış ile gerçeğe aykırı belge düzenleme şeklindeki eylemleri ya görevi kötüye kullanma ya da resmi belgede sahtecilik suçunu oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak, yapı denetim kuruluşları ile denetçi mimar ve mühendislerin cezai sorumlulukları doğmaktadır. Ancak uygulamada denetim eksikliği ve etkinlik sorunu varken, denetçi mimar ve mühendisleri sağlıklı bir şekilde denetleyip, onları cezai açıdan sorumlu tutmak oldukça zor olmaktadır.

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin tekrar gözden geçirilmesi, alt yapı sorununun çözülmesi, yapı denetim kuruluşlarının hak görev ve sorumlulukları ile denetim konusunda geniş kapsamlı değişiklikler yapılması ve yenilikler getirilmesi gerekmektedir. Yukarıda açıklanan gerekçelerle, yapılaşma ve yapı denetimi hususunda uygulamadaki aksaklıkları ve çelişkileri, siyasi ve ticari kaygıları, kanuni boşlukları, etkinlik sorununu ortadan kaldıracak yeni bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır.

◆◆◆◆

KAYNAKÇA

Albayrak, Mustafa; Türk Ceza Kanunu, 10. Baskı, Ankara, 2012.

Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A.Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

Azar, Hasan; SMM ve Yapı Denetiminde Çelişen Uygulamalar, s. 158, http://www.emo.org.tr/ekler/986175af92548ba_ek.pdf (T.,15.11.2013).

Deprem Şurası “Mevcut Yapıların İncelenmesi ve Yapı Denetimi Komisyonu Raporu”, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı, Ankara, 2004.

Ekinci, Mustafa/Esen, Sinan; Sahtecilik, Hırsızlık, Gasp, Dolandırıcılık, Emniyeti Suistimal, Bilişim alanında Suçlar ile Müşterek Hükümler, Ankara 2003.

Ergünay, Oktay; Yapı Denetimi, Afet Zararlarının Azaltılması Eğitimi Semineri, 11-15 Eylül 2006.

Erol, Haydar; Yeni Türk Ceza Kanunu, 2005.

Gökcan, Hasan Taksin/Artuç, Mustafa; Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, 3. Baskı, Ankara, 2012.

Gökcen, Ahmet; Belgede Sahtecilik Suçları, 3. Baskı, Ankara, 2013.

Kaplan, İbrahim; Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarların Sorumluluğu, Ankara, 1983.

Malkoç, İsmail/Güler, Adnan; Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler-3, Basım-1, Ankara.

Meran, Necati; İmar Kirliliğine Neden Olma, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Noyan, Erdal; Ceza Davası, Ankara, 2007.

Parlar, Ali/ Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, Ankara, 2007.

Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 5. Bası, Ankara, 2010.

Özgenç, İzzet; Türk ceza Kanunu, Gazi Şerhi (Genel Hükümler), B. 3, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

Özbey, Özcan; İmar Kirliliğine Neden Olma Suçunda İçtima Uygulaması, Yargıtay dergisi, C. 39, S. 3, Temmuz 2013.

Semercioğlu, Mustafa Kemal/Bayraktutan, Serhat/Hürmüz, Peyman; İmar Kirliliğine Neden Olma Suçu, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Meslek içi Eğitim Notları, TAA Yayınları-16, Ankara 2013.

Tosun, Kerim/Artuç, Mustafa; Asliye Ceza Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara.

Yılmaz, Mustafa; İmar Yaptırımları ve Yargısal Korunma, Ankara, 2002.

Anayasa.gov.tr

UYAP Mevzuat 2013.

UYAP İçtihat Programı 2013.

Yargitay.gov.tr

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>
(T. 13.11.2013).

<http://web.ogm.gov.tr/birimler/merkez/teftis/Dokumanlar/Hukuk%20Sisteminde%20Sorumluluk%20ve%20unsurlar%C4%B1%20Lutfi%20G%C3%9CL%C5%9EAN.pdf> (T., 15.11.2013).

**CEZALARIN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ BAKIMINDAN
İMAR KANUNUNUN 42 NCİ MADDESİNDE BELİRTİLEN
“YAPININ SAHİBİ” KAVRAMI**

*The Concept of Owner of the Building Described
in Article 42 of the Construction Law From the Perspective of the Principle
of Individual Criminal Responsibility*

Şenol COŞKUN*, Fatma KURŞUN **

ÖZET

Evrensel bir ilke olan cezaların şahsiliği ilkesi gereğince, bir kimsenin işlediği suçtan dolayı başka birisinin cezalandırılması mümkün değildir. Herkes kendi fiilinden sorumlu tutulmalıdır. Cezaların şahsiliği ilkesi, idari yargı alanında da geçerlidir. İmar para cezaları, imar mevzuatına aykırı olarak yapıyı yapan kişiye, yani yapının sahibine verilmelidir. Yapının sahibi kavramından maksat, mevzuata aykırı olarak yapılan inşai faaliyeti yapan kişidir. İdare, yapının sahibini şüpheye yer bırakmayacak biçimde belirlemekle yükümlüdür. İmar Kanunu'nun 42 nci maddesine göre bir kimsenin cezalandırılabilmesi için ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıyı yaptığının somut ve inandırıcı tespitlerle ortaya konulması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: İmar para cezası, cezaların şahsiliği ilkesi, yapının sahibi, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapı.

ABSTRACT

The universal principle of individual criminal responsibility demands that no one be punished for an offense committed by someone else. Every individual must be kept responsible for their own actions. The principle of individual criminal responsibility is also applicable to administrative justice. Construction fine should be applied to the person who infringed the construction legislation, i.e. owner of the building. The owner of the building means the person who has built in violation of the legislation. The administration has the obligation to identify the owner without leaving any room for doubt. Article 42 of the Construction Law provides that the determination that a per-

* Şenol COŞKUN, Mersin İdare Mahkemesi Hakimi, senol.coskun@adalet.gov.tr

** Fatma KURŞUN, Yargıtay Tetkik Hakimi, fontkursun@gmail.com

son has built without a license or in violation of the license shall be substantiated with concrete and credible evidence.

Keywords: Construction fine, principle of individual criminal responsibility, owner of the building, unlicensed construction or construction in violation of the license.

◆◆◆◆

GİRİŞ

İmar Kanunu (İK) md. 42 de yer alan idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeksizin, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usuller çerçevesinde verilen ve uygulanan yaptırımlardır. Maddeye göre idari para cezaları, maddede belirtilen kriterler çerçevesinde yapı sahibine, yapı müteahhidine veya fenni mesullere verilmektedir.

İdareler tarafından yapının sahibinin tespiti yapılırken gerekli özenin gösterilmediği bilinmektedir. İdarelerin, ruhsata aykırı ya da ruhsatsız inşai faaliyeti yapan kişiye idari para cezası verdikleri gibi, aynı zamanda taşınmazın malikine (mülk sahibine) de para cezası verilmesi yolunda işlem tesis ettikleri görülmektedir.

Bu çalışmamızda madde metninde yer alan “yapının sahibi” kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Yapının sahibi kavramı ve bu kapsamda “cezaların şahsiliği ilkesi” irdelenirken, Anayasa Mahkemesi, Danıştay Altıncı ve Ondördüncü Daire kararlarından faydalanılmıştır.

I. İMAR HUKUKUNA İLİŞKİN İDARİ PARA CEZASI

İmar düzeninin tesis edilmesi amacıyla, kanunlar, imar planları ve diğer düzenleyici işlemler ile kurallar getirilmiştir. Bu kuralların ihlali durumunda da fiil, çeşitli idari yaptırımlara bağlanmıştır. Ruhsat verilmemesi, yapı kullanma izni verilmemesi, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı taşınmazın yıkımı, idari para cezası uygulanması gibi yaptırımlar imar düzeninin korunmasını sağlar. Bununla birlikte bu yaptırımlar bozulan düzenin de yeniden inşasına katkıda bulunur.¹

¹ Melikşah YASİN, “İMAR KANUNUNUN 42.MADDESİ –Anayasa Mahkemesinin İptal

İmar hukukunda idare tarafından uygulanan idari yaptırımların belki de en sık kullanılanı idari para cezası uygulanmasıdır. İdari para cezaları, adli para cezalarından farklı bir nitelik taşımaktadır. İdari para cezalarında, hem cezayı gerektiren fiilin işlendiğini saptamak hem de cezayı uygulamak idare tarafından gerçekleştirilmektedir. Dava açılması halinde yargının vereceği karar, para cezasının idari niteliğini değiştirmemektedir.

İmar para cezasının, yargısal denetim sonucunda yargı kararıyla verilen adli para cezalarından ayrıldığı nokta, bu cezaların bir yargı organı tarafından ve ceza usul kurallarına göre verilmemesidir.²

İdari yaptırımların iki temel amacı vardır. Birincisi cezalandırma, diğer amacı ise kişilerin kamu düzeninin korunmasına yönelik hukuk kurallarına uymalarını sağlamaktır. İdari para cezalarının bu amaçlardan cezalandırma amacına yönelik bir yaptırım olduğu söylenebilir.³

A. İmar Kanunu'nun 42 nci Maddesi Uyarınca Verilen Para Cezaları

Anayasa Mahkemesine göre İK md. 42 de düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesine yönelik olarak verilmektedir.⁴ Bu maddede, hukuka aykırı olarak yapılan yapılar hakkında idare tarafından uygulanacak olan idari para cezaları düzenlenmiştir.

İK md. 42/1 hükmü⁵ 2008 yılında Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. Maddenin Anayasa Mahkemesince iptali üzerine kanun koyucu tarafından madde yeniden düzenlenmiştir. Madde hükmünün iptal edilmeden önceki halinde, uygulanacak idari para cezalarının tespiti konusunda, alt ve üst sınırı belirlemek şartıyla, idareye takdir yetkisi tanınmıştı. Bu dönemdeki temel sorun,

Kararı ve Yeniden Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD.) Y. 2010, C.16, S.3-4, s. 377.

² **Sercan Coşkun KULAK**, "İmar Kanunu'nun 42.Maddeleri Kapsamında Yıkım ve Para Cezası", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVI, Y.2012, S.4, s. 277.

³ **YASİN**, s.392-393.

⁴ AYM, T.17.4.2008, E.2005/5, K.2008/93, R.G. 5.11.2008-27045.

⁵ İK md. 42/1 hükmü iptal edilmeden önce "Ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuata aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine, istisnalar dışında özel parselasyon ile hisse karşılığı belirli bir yer satan ve alana 500.000 liradan 25.000.000.-liraya kadar para cezası verilir. Ayrıca fenni mesule bu cezaların 1/5'inin uygulanır" şeklindeydi.

para cezasının miktarı belirlenirken idare tarafından takdir yetkisinin kullanımında ortaya çıkmıştır⁶.

Anayasa Mahkemesi iptal kararında şu temel tespitlere yer vermiştir:

- İdari makamların kanunun belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacağı objektif ölçütler kanunda gösterilmemiştir.
- Kanunda, idari para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır.
- İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak kanunda yer almadığından, kuralın bu anlamda belirli ve öngörülebilir olmadığına vurgu yaptıktan sonra itiraza konu kuralı, Anayasa'nın 2.maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.⁷

İptal kararı üzerine 9.12.2009 tarih ve 5940 sayılı Kanunun 2. maddesiyle İmar Kanununun 42 nci maddesi yeniden düzenlenmiştir. Maddenin yeni şekline⁸ idari para cezasının kime/kimlere verileceği, cezanın miktarı, bu miktar belirlenirken baz alınacak kriterler, artırım nedenleri ve oranları ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Kanun koyucu, maddenin yeni metninde objektif ölçütler getirmeye çalışmıştır.

Kişinin sahip olduğu parseller üzerinde imar mevzuatına uygun olmak şar-

⁶ **YASİN**, s. 378.

⁷ 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42.maddesinin birinci fıkrasının “... 500.000 TL. dan 25 000.000 liraya kadar para cezası verilir” bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir. AYM, T.17.4.2008, E.2005/5, K.2008/93, R.G. 5.11.2008-27045.

⁸ 09/12/2009 günlü 5940 S.K./2.madde ile değişik 3194 sayılı Yasanın 42.maddesinde “ *Bu maddede belirtilen ve imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde ilgili idare encümenince sorumlular hakkında, üstlenilen her bir sorumluluk için ayrı ayrı olarak bu maddede belirtilen idari müeyyideler uygulanır. Ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre, beşyüz Türk Lirasından az olmamak üzere, aşağıdaki şekilde hesaplanan idari para cezaları uygulanır*” kuralına yer verildikten sonra Bakanlıkça belirlenen yapı sınıflarına ve gruplarına göre yapının inşaat alanı üzerinden hesaplanmak üzere, mevzuata aykırılığın her bir metrekaresi için verilecek cezaları, artırım nedenlerini ve oranlarını düzenlemiştir.

tıyla yapılaşmaya gidebilmesi mülkiyet hakkının⁹ bir gereğidir.¹⁰

Bilindiği üzere ruhsatı vermekle yetkili kamu idaresinin bilgisi ve izni dışında yapı yapılması imkânı bulunmamaktadır. İmar Kanunu'na göre yapılaşma hakkının kullanılabilmesi için ruhsat alınması zorunluluk arz etmektedir. Ruhsat alınıp, inşaat yapıldıktan sonra, ruhsatlı yapılarda değişiklik yapılması, ilave inşai faaliyet de yine ruhsata tabidir (İK. md.21).¹¹

Ancak, bütün inşai uygulamaların ruhsata tabi olduğunu söylemek de mümkün değildir. Kanunlar gereğince, mevcut ruhsatlı yapılar üzerinde esaslı değişiklik getirmeyen düzeltmeler izne bağlı değildir.

Ruhsatsız ya da yapının ruhsat ve eklerine aykırı olarak kaçak yapı yapılması durumunda, uygulanacak yaptırım, sadece bu yapıların idare tarafından yıkılması olmayıp hukuka aykırı yapılaşmanın sorumlularına idari para cezası verilmesidir.¹²

İdari para cezası verilmesine ilişkin işlemin sebep unsuru nedir?

Maddede, ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere veya imar mevzuatına aykırı olarak yapı yapılması halinde bunun idari para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.¹³ İmar para cezası verilmesine ilişkin işlemin sebep unsurunu bu fiiller oluşturmaktadır.

Maddenin ilk fıkrasında ceza verilebilecek bazı fiiller sayılmış, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise İK'nin bazı maddelerine atıfta bulunarak bu mad-

⁹ 1982 Anayasasının 'mülkiyet hakkı' başlıklı 35.maddesinde "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*" şeklinde düzenlenmiştir.

¹⁰ **Gürsel ÖNGÖREN-Nusret İlker ÇOLAK**, İmar planları, İmar Uygulamaları ve İptal Davaları, Öngören Hukuk Yayınları, Kocaeli 2011, s.129.

¹¹ Derz, iç ve dış sıva, boya, badana, oluk, dere, doğrama, döşeme ve tavan kaplamaları, elektrik ve sıhhi tesisat tamirleri ile çatı onarımı ve kiremit aktarılması ve yönetmeliğe uygun olarak mahallin hususiyetine göre belediyelerce hazırlanacak imar yönetmeliklerinde belirtilecek taşıyıcı unsuru etkilemeyen diğer tadilatlar ve tamiratlar ruhsata tabi değildir (İmar K. md.21).

¹² **ÖNGÖREN-ÇOLAK**, s.140.

¹³ **Cafer ERGEN**, İmar Davaları Rehberi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010,s. 631;**Celal KARAVELİOĞLU**, İmar Kanunu Mevzuatı, C:II, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Ankara 2002, s.1302.

delerdeki fiillerin işlenmesi durumunda ilgili idare tarafından (belediye veya il özel idaresi) tarafından idari para cezası uygulanması öngörülmüştür.

Maddede hangi fiillerin işlenmesi halinde para cezası uygulanacağı madde numaraları belirtilerek sayıldığı için 42 nci maddede sayılmayan maddelerde işlenen fiiller için idari para cezası uygulanamayacaktır.¹⁴

İmar para cezalarına ilişkin işleme karşı açılacak davalar idari yargının görev¹⁵ alanına girdiğinden, bu işlem yetkili idare mahkemesinde dava konusu edilmelidir.¹⁶

Bu madde uyarınca verilecek olan idari para cezaları kime uygulanacak?

Ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, eki etüt ve projeye yahut imar mevzuatına aykırı olarak yapılan *yapının sahibine, yapı müteahhidine* veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili *fenni mesullere* verilebilecektir. Cezanın kime uygulanacağı kanun koyucu tarafından sayma yoluyla belirlenmiştir. Bu kural uyarınca, bu kişiler dışındakilere 42 nci madde uyarınca para cezası verilemeyecektir.

İmar para cezasının miktarının tespitinde, yapının mülkiyet durumu, bulunduğu alanın özelliği, durumu, niteliği ve sınıfı, yerleşmeye ve çevreye etkisi, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediği ve aykırılığın büyüklüğü ve maddede belirtilen ölçütler dikkate alınacaktır.

¹⁴ **Suat ŞİMŞEK**, İmar Hukuku, Milli Emlak Kontrolörleri Derneği Yayını, Ankara 2010, s.903.

¹⁵ İdari uyuşmazlıkların (özellikle de para cezaları ve tazminat davaları) kimi zaman yanlış yargı yerinde açılmakta ve uygulamada yaşanan sorunlar nedeniyle dava açma süresi kaçırılmaktadır. Kimi zamanda usulü uygulayalım derken mahkemeye erişim hakkı zedelenmektedir. Görevsiz yargı yerine dava açılması halinde idari dava açma süresinin adil yargılanma ve mahkemeye erişim hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi konusunda geniş bilgi için bkz. **Şenol COŞKUN**, *Görevli Olmayan Yargı Yerine Başvurulması Halinde İdari Dava Açma Süresi Sorunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Mesutoğlu/Türkiye Kararı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAA’sinin 10.Kuruluş Yılı Armağanı), Temmuz 2013, S.14, s.1093-1124.

¹⁶ İK md. 42/1 de düzenlenen ceza hükümlerine karşı yedi gün içinde sulh ceza mahkemesine itiraz edileceğine ilişkin kanun hükmü Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine götürülmüştür. Yüksek Mahkeme T.15.5.1997, E.1996/72, K.1997/51 sayılı karar ile itiraz konusu kuralın iptaline karar vermiştir.

Uygulamada idarenin bu cezayı uygularken çok da dikkatli olmadığını görmekteyiz. Özellikle de ruhsata aykırı ya da ruhsatsız inşai faaliyetin yapıldığı taşınmazın maliki ile söz konusu inşai faaliyeti yapan kişinin ayrı kişiler olması halinde her ikisine de idari para cezası verildiği görülmektedir. Bu nedenle yapı, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapı, yapının sahibi kavramı ile bu bağlamda cezaların şahsiliği ilkesinin açıklanması gerekmektedir.

B. İmar Hukuku Anlamında ‘Yapı’ Kavramı

Kavram olarak yapı; insan eliyle oluşturulan, karada ve suda, daimi veya geçici, sabit ya da hareketli, resmi veya özel yer altı veya üstü tesisler ile bunların eklerini, değişikliklerini ve tamirlerini kapsamaktadır (İmar K. md. 5)¹⁷ İnsan eliyle yapılmış olma koşulu yapıdan kaynaklanan hukuki sorumluluğu doğru tespit etmek için zorunlu bir unsurdur. Yapıya benzerlik gösteren ama doğal olarak oluşan oluşumlar, insan eliyle yapılmamalarından dolayı yapı olarak nitelendirilemez.¹⁸

İmar hukukunda, ister hareketli olsun ister sabit olsun ana yapının yanında, ana yapıya ek olarak yapılan ilaveler, ana yapıda yapılan değişiklikler, onarımlar yapı olarak nitelendirilmektedir (İmar K. md 5).

Danıştay kararlarında LPG Tankı,¹⁹ prefabrik yapı niteliğinde ofis binası, oto yıkama tesisi,²⁰ insan ve araç geçişine olanak sağlayacak olan demir köp-

¹⁷ Bina kavramı, yapı kavramından daha dar içerikli bir kavramdır. Bir inşai faaliyet sonucunda ortaya çıkan tesisin yapı ya da bina olmasındaki önemli nokta, bu oluşumlara karşı üçüncü kişilerin gerçekleştirmiş oldukları fiillerin cezalandırılması noktasıdır. Binaların, bina olmayan yapılara göre daha fazla korunmaya layık bulunduğu bilinmektedir. **ÖNGÖREN-ÇOLAK**, s.125.

¹⁸ **Halil KALABALIK**, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s.446,

¹⁹ D6D, T.10.10.2002, E.2001/3934, K.2002/4267 sayılı kararı, LPG tankının 3194 sayılı Yasanın 5.maddesi uyarınca “yapı” niteliğinde olduğu ve 3194 sayılı Yasanın 21.maddesi anlamında değerlendirilemeyeceğine ilişkindir.

“...LPG tanklarının yer altına konulacağı, etrafının sarılacağı, saatler yerleştirileceği ve belli bir yerde sabitleneceği düşünüldüğünde yapılan işlemin 3194 sayılı Yasanın 21.madde hükmünde sayılan ruhsat dışı değişiklik ya da basit tadilat ve tamiratlar kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı...” D6D, 15.10.2004, E.2003/1090, K.2004/4932.

²⁰ D6D, T.21.12.2000, E.1999/5078, K.2000/6547 sayılı kararı , prefabrik yapı niteliğinde ofis binası, ... m.ebadında lastik tamir ünitesi, ... m. ebadında çok maksatlı salon, ... m.ebadında oto aksesuar ... m.oto döşeme, ... m.ebadında büfe, ... m.ebadında 3 bölmeli takriben 4 araçlık açık otopark, ... m.ebadında bekçi evi, ... m.ebadında oto yıkama tesislerinin,

rü,²¹ baz istasyonu,²² dış cephe tadilatları (bazı pencerelerin açığa çıkarılması, bazı pencerelerin kapatılması),²³ çevre duvarı²⁴ yapı kavramı kapsamında ve ruhsata tabi olduğu değerlendirilmiştir.

C. Yapı Yapma (İnşaat) ve Bu Kavramın Yapı (Bina) ile Farkı

İmar hukuku bakımından yapıdan kasıt, yukarıda belirtilen ve İK md. 5/8 deki işlemlerdir. Bina ise, kendi başına kullanılabilen, üstü örtülü ve insanların içine girebilecekleri ve insanların oturma, çalışma, eğlenme veya dinlenmelerine veya ibadet etmelerine yarayan, hayvanların ve eşyaların korunmasına yarayan yapılardır (İK. md.5/9).

İmar hukukunda yapı yapma (inşaat) kavramıyla, tamamlanmış yapı (bina) kavramı arasında bir fark var ise de, imar prensiplerine bağlılık, ruhsata tabiilik bakımından bu iki kavram arasında bir fark bulunmamaktadır.²⁵

D. Ruhsatsız Yapılaşma Kavramı

İdareden (belediye veya il özel idaresi) izin alınmadan inşaat yapılması durumunda ruhsatsız yapılaşmadan söz edilir. Ruhsat alınmadan inşai faaliyette

arsanın etrafının tel kafes ve özel imalat bahçe duvarı ile çevrili olduğunun idarece tespit edildiğine ve bu yapıların ruhsata tabi olduğuna ilişkindir.

²¹ D14D., T.21.12.2011, E.2011/8132, K.2011/5180 sayılı kararı ile insan ve araç geçişine olanak sağlayacak olan demir köprü'nün yapı niteliğinde olduğu, davalı idare ile Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nden izin alınmaksızın yapılması karşısında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi uyarınca tespit edilerek mühürlenmesine ilişkin dava konusu 14.05.2005 günlü yapı tatil tutanağında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolundaki ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır.

²² D14D, T.13.12.2011, E.2011/5668, K.2011/4550 ve T.13.7.2011, E.2011/10179, K.2011/418 sayılı kararları baz istasyonunun ruhsata tabi olduğuna ilişkindir.

²³ D6D, T.21.10.1999, E.1998/3975, K.1999/5041 .

“...gömme balkonun kapatılması suretiyle taban alanı dışında yeni ve fazladan bir alan kazanılmadığından ve çekme mesafesinin ihlal edilmesi söz konusu olmadığından, cephe görünümünde meydana gelen değişikliğin ise yukarıda anılan Yasa hükümleri uyarınca ruhsat gerektirmediği...” D14D, T.20.06.2011, E.2011/277, K.2011/229 .

Danıştay bu kararında, dava konusu, gömme balkon niteliği taşıması, diğer bir anlatımla balkonun çıkma niteliğinde olmaması, açık bir kullanım mekanı olan bu balkonun ön ve yan cephesinin kapatılmak suretiyle açık kullanım alanının kapalı kullanım alanına dönüştürülmesi nedeniyle söz konusu inşai faaliyetin ruhsat gerektirmediğine karar vermiştir.

²⁴ D6D, T.22.11.2001, E.2000/4341, K.2001/5841;D14D, T.4.11.2011, E.2011/3939, K.2011/2473 .

²⁵ Halil KALABALIK, İmar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, C.2, s.1103.

bulunulması durumunda yapılan yapı, kaçak yapı (kaçak inşaat) olarak nitelendirilir.²⁶

Yapılaşmanın kaçak olup olmadığının tespitindeki ölçüt, ruhsat alınmadan inşai faaliyette bulunulmuş olmasıdır. Uyuşmazlığa konu taşınmazın bulunduğu yerde yürürlükte bulunan imar planına²⁷ göre, parselde inşaat hakkı bulunup bulunmamasının ve inşaatın imar hakkına uygun olup olmamasının kaçak yapılaşmaya bir etkisi bulunmamaktadır.

İlgili idareden izin alınmaksızın yapılan yapının imar durumuna uygunluğu, inşaatın ruhsata bağlanması imkânını veren bir durumdur.²⁸ Yapının sonradan ruhsatlı hale getirilmesi, para cezası uygulanmasını engellemeyecektir.²⁹

E. Ruhsata Aykırı Yapılaşma Kavramı

Yapı sahibi, imar mevzuatında belirtilen yükümlülüklerle uyarak yapı ruhsatı almış ve hatta yapıyı inşa etmeye başlamış olsa bile, yapıyı imar hukukuna uygun bir biçimde devam ettirmek durumundadır. Diğer bir anlatımla, yapı, ruhsat ve eklerine uygun olarak yapılmalıdır.

İnşai faaliyetlerin yapı ruhsatı ve eklerine aykırı biçimde inşa edilmesi durumunda ruhsata aykırı yapılaşmadan bahsedilir.³⁰ Yapının tamamen ruhsatsız olması ile ruhsatlı yapıya ruhsata aykırı eklentiler yapılması kanun metninde farklı oranlarda artırım nedeni olarak belirlenmiştir.³¹

“Olayda; yapının tamamen ruhsatsız olmadığı, ruhsatlı olan yapıya ruhsat-

²⁶ Halil KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, s.556; ÖNGEREN/ÇOLAK, s.138.

²⁷ İmar planlarına karşı açılacak iptal davalarında süre konusunda geniş bilgi için bkz. Halit Eyüp ÖZDEMİR, Nazım İmar Planları ve Uygulama İmar Planlarına Karşı İptal Davası Açma Süresi, Kazancı Hukuk Dergisi, Ocak-Şubat 2012, S.89-90, s.134-152; Şevki DAVUT/Şenol COŞKUN, İmar Planlarına Karşı Açılacak İptal Davalarında İdari Dava Açma Süresi, İÜHFM, İlhan Özey’ a Armağan, C.69, S.1-2 İstanbul 2011, s.1209-1241.

²⁸ ÖNGEREN/ÇOLAK, s.138.

²⁹ ŞİMŞEK, s.904; Aynı doğrultudaki Van 3. İdare M. T.4.10.2013, E.2013/134, K.2013/1382 sayılı kararı, Van Bölge İdare Mahkemesinin T.16.4.2014, E.2014/90, K.2014/438 sayılı kararı ile onanmıştır.

³⁰ KALABALIK, İmar Hukuku Dersleri, s.556-557; ÖNGEREN/ÇOLAK, s.138.

³¹ İK md. 42/2-c bendinde yer alan 8.alt bentde; yapı ruhsatsız ise cezanın % 180’i oranında artırılacağı belirtilmiştir. Bu bende göre temel para cezasına artırım yapılabilmesi için, yapının tamamen ruhsatsız olarak yapılmış olması gerekmektedir.

sız olarak eklentiler yapıldığı anlaşıldığından, söz konusu artırım nedeninin uygulanması suretiyle hesaplanan para cezasının iptali istemiyle açılan davanın reddine ilişkin İdare Mahkemesi kararının bu kısmında hukuka uyarlık bulunmamıştır...”³²

F. Ruhsata Aykırı Yahut Ruhsatsız İnşai Faaliyetin Tespiti

İK md. 32 de yer alan düzenlemeye göre, bu kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı hususunun ilgili idarece tespiti, fenni mesulce tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilerek yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.

Mevzuata aykırı yapılaşmanın tespiti için mahallinde yapı tatil tutanakları³³ tutulmaktadır. Yapı tatil tutanağı alanında uzman personel tarafından düzenlenmelidir. Ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı yapı hakkında kanunda öngörülen yaptırımların uygulanabilmesi, ihtilaf konusu inşai faaliyetin ilgili fen elemanları tarafından açık ve tereddüte yer bırakmayacak şekilde saptanarak usule uygun şekilde düzenlenecek bir tutanağa bağlanması ile mümkün gözükmektedir.³⁴

³² Ruhsatlı yapıda ruhsata aykırı eklenti yapılması halinde bu bent nedeniyle % 180 oranında artırım uygulanamaz. D14D, T.28.1.2014, E.2013/9043, K.2014/967.

³³ *Yapı tatil tutanağından* söz edebilmek için henüz bitmemiş bir inşaatın uyuşmazlık konusu olması gerekmektedir. Ruhsat ve eklerine aykırı veya ruhsatsız olarak inşa edilmiş olan yapının inşaat süreci tamamlandı ise durdurulacak bir inşaatın bulunmaması nedeniyle, düzenlenerek yapıya asılması gereken *yapı tespit tutanağıdır*. Yapı tatil tutanağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **KULAK**, s.265-274. Danıştay uygulamasında, yapı tatil tutanakları icrai işlem olarak kabul edilmektedir. D14D, 27.12.2011, E.2011/2976, K.2011/5253;D6D, 14.11.1996, E.1995/6171, K.1996/4996;T.12.10.2004, E.2003/6222, K.2004/4842.

³⁴ “...*dava konusu işleme dayanak oluşturan ... günlü tespit tutanağında, davacı tarafından yapılan inşaatın yapı ruhsatı ve eki onaylı projesine aykırı kısımların bulunduğu belirtilmiş ise de, tutanağı düzenleyen davalı idare görevlilerinin fen elemanı olup olmadığının anlaşılmadığı ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinde öngörüldüğü biçimde tutanağın yapı yerine asıldığına ve bir nüshasının muhtara bırakıldığına ilişkin bir belirlemeye yer verilmediği görülmüştür.*

Bu durumda, davacıya ait taşınmaz üzerindeki ruhsatlı yapıda ruhsata aykırı olarak yapılan imalata yönelik olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesinde öngörülen usule uygun olarak düzenlenmeyen tespit tutanağına dayalı olarak tesis edilen dava konusu yıkım işleminde hukuka uyarlık bulunmadığından, davanın bu kısmının reddi yolundaki

Yapı tatil tutanağı ayrıntılı bir şekilde inşaatın mevcut durumunu tespit etmelidir. Gerek idarenin yaptırımı sağlıklı bir biçimde uygulayabilmesi, gerekse davaya konu olması halinde mahkemenin incelemesine sunulması için, mümkünse teknik elemanlarca yapılan tespit görsel verilerle desteklenmelidir.

Yapı tatil tutanağı düzenlendikten sonra yapının mühürlenebilmesi, idari yaptırım uygulanabilmesi için inşaatın ne kadarlık kısmının (m²) ruhsatsız olduğu, hangi kısımlarının ruhsat ve eklerine aykırı olduğunun yapı tatil tutanağına belirgin ve açık bir biçimde yazılması gereklidir.³⁵

Yapının grubu ve sınıfı tutanakta yer almalıdır. Para cezasında artırım nedenleri uygulanmış ise, bu nedenleri ortaya koyan somut verilere tutanakta veya tutanağın eki niteliğindeki (para cezasınının hesaplama biçimini gösterir hesap tablosu vs.) belgede yer verilmelidir.

Taşınmazdaki ruhsata aykırılığın sonradan giderilmiş olması halinde, bu durum düzenlendiği tarihteki ruhsata aykırılığı ortaya koyan yapı tatil tutanağını hukuka aykırı hale getirmez.³⁶ Görüldüğü üzere inşaatta ruhsata aykırı hususlar tespit edilmeden idari para cezası verilmesine ilişkin encümen kararı tesis edilememektedir³⁷.

II. İK MD. 42 BAĞLAMINDA ‘YAPININ SAHİBİ’ KAVRAMI

Yapı sahibi, mevzuat hükümlerine aykırı olarak ruhsatsız veya ruhsata aykırı yapıyı, mülkiyet durumuna bakılmaksızın, yapan veya yapılması yönünde harekete geçen kişidir. Diğer bir anlatımla, yapıyı yaptıran kişi olarak algılanmalıdır. Bu anlamda yapı sahibi, idari para cezasına konu idari yaptırım kararının sebebi olan fiili işleyen kişidir.

Malik konumunda bulunan kişiden habersiz, taşınmazı üzerine yapılmış ruhsata tabi bir yapı için taşınmaz malikine idari para cezası verilmemelidir.

temyize konu mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir...” D14D, T.7.12.2011, E.2011/9661, K.2011/4362 ;T.7.12.2011, E.2011/9397, K.2011/4358 .

³⁵ **Melikşah YASİN**, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, On iki levha Yayıncılık, İstanbul 2009, s.68.

³⁶ D14D, T.18.6.2012, E.2012/4151, K.2012/4855 .

³⁷ **Mustafa TAMER**, Yerel Yönetimlerde İmar, Mustafa Tamer Stratejik Araştırmalar Vakfı Yayınları, İzmir 2010, s.189.

Aksi halde bu durum cezaların şahsiliği ilkesine ve hakkaniyete uygun düşmeyecektir.

Ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıyı yapan ile yapının inşa edildiği taşınmazın sahibi (mülk sahibi) çoğunlukla aynı kişidir. Taşınmaz maliki ile yapının sahibinin farklı kişiler olabileceği ihtimali karşısında, yapıyı yapanın tespiti önemli hale gelmektedir. Danıştay kararlarında “yapının sahibi” kavramı ile ilgili olarak sıkça hüküm kurulduğu, yapıyı yapanın net olarak belirlenmesi gerektiğinin vurgulandığı görülmektedir.³⁸

“Taşınmazın maliki olarak görünen davacının, sadece bu nedenle ruhsatsız yapıları yaptığı kabul edilerek, yapı sahibi olarak nitelendirilemeyeceği, yapıları yapanın açık ve net olarak belirlenmesi ve yapıyı yapana para cezası verilmesi gerekirken, davacı adına para cezası verilmesine ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmadığından, İdare Mahkemesince idari para cezasına ilişkin olarak verilen kararda hukuki isabet görülmemiştir”³⁹

Danıştay kararlarında, haklı olarak, mülkiyet sahibi olan kişinin, yalnızca bu nedenle ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıları yaptığının kabul edilmemesi gerektiği belirtmiştir. Sırf bu nedenle yapı sahibi olarak nitelendirilerek cezalandırma yoluna gidilmemesi üzerinde özellikle durulmuştur.⁴⁰

Para cezasına konu yapının bulunduğu taşınmazın tapu kayıtlarında, davacının kanuni temsilcisi olduğu “... Limited Şirketi”ne ait bulunduğu, 27.10.1998 tarihinde, söz konusu taşınmaz üzerinde ürün satış ve sergileme yeri yapılması amacıyla davacı “...” isimli kişi adına yapı ruhsatı düzenlendiği, 26.4.2010 tarihinde yapılan denetimde ruhsat süresi dolmuş olan yapıda ruhsatsız olarak inşaata devam edildiğinin tespit edildiği, söz konusu yapı tatil tutanağında yapı

³⁸ D14D, T.19.12.2012, E.2011/14509, K.2012/9759;T.10.5.2013, E.2012/3290, K.2013/3598;T.28.3.2013, E.2011/15578, K.2013/2265;T.10.4.2013, E.2011/16408, K.2013/2663; T.10.4.2013, E.2011/13757,K.2013/2624; T.11.4.2013,E.2011/15084 ,K.2013/2709; T.4.4.2013,E.2011/15881, K.2013/2536; T.18.4.2013, E.2011/13667, K.2013/3044.

³⁹ D14D, T.23.11.2011, E.2011/2005, K.2011/3517;Aynı Dairenin T.28.5.2013, E.2012/892, K.2013/4056; T.10.4.2013, E.2011/16408, K.2013/2663 ile D6D, T.18.3.2009, E.2007/4359, K.2009/2901; T.14.11.2007, E.2005/6334, K.2007/6451 sayılı kararları da aynı doğrultudadır.

⁴⁰ D14D T.4.4.2013,E.2011/15881, K.2013/2536 .

sahibi olarak davacının adının yer aldığı, belediye encümeni kararı ile davacı adına para cezası verilmesi üzerine açılan davaya temyizden bakan Danıştay Öndördüncü Dairesi;

*“Cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca, 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 42. maddesine göre verilecek olan para cezasının ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıyı fiilen yapan ya da yaptıran kişi adına, yani yapı sahibi adına verilmesi gerekmektedir. **Yapı sahibinin ise her zaman taşınmaz maliki ile aynı kişi olması zorunlu olmadığından, ruhsatsız yapıyı yapan kişinin taşınmaz malikinden farklı bir kişi olduğunun anlaşılması durumunda, taşınmaz maliki adına değil yapıyı yapan adına para cezası verilmesi gerekmektedir.**”⁴¹*

Öte yandan; tüzel kişiler adına da idari para cezası verilebileceğinden, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapının bir tüzel kişi tarafından yaptırıldığıının anlaşılması durumunda, tüzel kişinin cezanın muhatabı olacağıında şüphe bulunmamaktadır. Bir yapının tüzel kişi tarafından yaptırıldığıının kabulü için ise, yapıyı yapan ya da yaptıran kişi ya da kişilerin (kanuni temsilci vs.) tüzel kişi adına hareket ettiğinin belirlenmesi gerekmekte olup, tüzel kişinin kanuni temsilcisinin tüzel kişi adına hareket etmediği, kendi adına hareket ettiği durumlarda, tüzel kişinin yapı sahibi olarak kabul edilerek para cezasına muhatap kılınması olanaklı değildir.

Olayda ise; ruhsatsız olarak inşaat yapılan taşınmazın tapuda ...Limited Şirketi”ne ait olduğu, davacı “...” adlı kişinin ise adı geçen şirketin kanuni temsilcisi olduğu görülmekle birlikte; süresi dolduğundan bahsedilen yapı ruhsatının şirket adına değil “...”kanuni temsilci adına düzenlendiği, öte yandan, ruhsat süresi dolduktan sonra da yapıyla ilgili işlemlerin (imar durumu isteme vs.) ve yapıda bulunan işyerlerinin kiralanmasının davacı(kanuni temsilci) tarafından şirket unvanı kullanılmaksızın yapıldığı, yapı tatil tutanağında da yapı sahibi olarak davacının belirlendiği dikkate alındığında, davacının 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 42. maddesi anlamında “yapı sahibi” olduğu sonucuna varılmıştır.

⁴¹ Karardaki koyulaştırma ve italik yazı tarafımızdan yapılmıştır.

Bu durumda; dava konusu işlemde cezaların şahsiliği ilkesi yönünden hukuka aykırılık bulunmamakta olup, işlemin diğer unsurları yönünden bir inceleme ve değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerekirken, cezaların şahsiliği ilkesi nedeniyle dava konusu işlemin iptali yolundaki temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediğine”⁴² hükmetmiştir.

Danıştay Ondördüncü Dairesinin bozma kararında yer alan temel tespitleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

- Taşınmaz maliki ile yapıyı yapan kişinin farklı kişiler olması halinde, para cezası verilmesine ilişkin yaptırım kararı, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı yapıyı yapan adına tesis edilmelidir.
- Tüzel kişilerin imar hukukuna ilişkin idari para cezasının muhatabı olabileceği ancak mevzuata aykırı bir yapının tüzel kişi tarafından yaptırıldığı kabulü için, yapıyı yapan ya da yaptıran kişi/kişilerin(kanuni temsilci gibi) tüzel kişi adına hareket ettiğinin belirlenmesi gereklidir.
- Kanuni temsilcinin tüzel kişi adına değil, kendi adına hareket ettiğinin ortaya konulması halinde tüzel kişinin yapı sahibi olarak kabul edilerek, tüzel kişiye idari para cezası verilmesi yoluna gidilmemelidir.

Yapının sahibi kavramının tam olarak ortaya konulabilmesi için Anayasal bir ilke olan “Cezaların Şahsiliği İlkesi”ni ve bu ilkenin idari cezalar için geçerli olup olmadığının ortaya konulması önem arz etmektedir.

III. CEZALARIN ŞAHSİLİĞİ İLKESİ

Anayasa'nın “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, “*Ceza sorumluluğu şahsidir*” hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel ilkelerindedir. Cezaların şahsiliğinden kasıt, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır.

⁴² D14D, T.11.12.2012 , E.2011/13371, K.2012/9456.

“...davacının; işleme konu yapının sahibi olmadığını yapı sahibinin (...)Şti.olduğu, kendisinin sözkonusu şirketin müdürü olduğunu öne sürerek bu iddalara ilişkin olarak (...)günlü, noter onaylı imza sirkülerini dosyaya eklediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; cezaları şahsiliği ilkesi uyarınca davacının sözkonusu iddianın araştırılması suretiyle yeniden karar verilmesi gerekmektedir” D14D, T.11.6.2013, E.2011/15491, K.2013/4761.

Diğer bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır.⁴³

Bu ilke uyarınca, herkesin kendi fiilinden sorumlu tutulması, cezanın yalnız, suçu işleyenlerle iştirak edenlere verilmesi, suça katkısı bulunmayanlara ceza sorumluluğu yükletilememesi gereklidir.

Cezaların şahsiliği ilkesi gereğince, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı inşai faaliyeti yapanın açık ve net olarak belirlenmesi ve yapıyı yapana para cezası verilmesi gereklidir.⁴⁴

Anayasa’da belirtilen suç ve cezalara ilişkin esaslar ve bu arada cezaların şahsiliği ilkesi idari yargı alanında ve konumuz açısından değerlendirdiğimizde ise idari para cezalarında (imar hukukuna ilişkin idari para cezasında vb) da geçerli olacak mıdır?

Anayasa Mahkemesi 1988 yılında baktığı bir davada bu soruya olumlu yanıt vermiştir. 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile ilgili olarak gelen davada, Anayasa’da yer alan suç ve cezalara ilişkin esasların disiplin hukukunda ve doğal olarak idari yargı alanında da uygulanabileceğine karar vermiştir.⁴⁵

Anayasa’nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bu nedenle idari para cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tabi olduğunu kabul etmek gerekir. Anayasa Mahkemesinin kararları bu yönde olmakla birlikte, Danıştay’ın istikrar kazanan kararları da bu görüşü desteklemektedir.⁴⁶

Yapının sahibi ibaresi genel olarak karışıklığa yol açmamakla birlikte, ruhsatlı bir yapıda sonradan ruhsata veya projeye aykırı inşai faaliyet yapılması

⁴³ Modern ceza hukukunda kişi, yalnızca kendi fiilinden sorumludur. İçinde bulunduğu aile ya da topluluğa dâhil olanların işlemiş oldukları suçtan dolayı sorumlu tutulması olanaksızdır. **Sedat BAKICI**, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.264.

⁴⁴ D6D, T.7.7.2010, E.2008/59, K:2010/7282;D14D, T.19.09.2013, E.2013/3117, K.2013/6185; T.25.4.2013, E.2012/6845, K.2013/3246;Van Bölge İdare Mahkemesi, T.30.09.2013, E.2013/386 sayılı YD Kabul kararı.

⁴⁵ AYM, T.19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8 .

⁴⁶ D14D, T.25.4.2013, E.2012/6845, K.2013/3246; T.23.11.2011, E.2011/2005, K.2011/3517; T.4.4.2013, E.2011/15881, K.2013/2536; D6D, T.10.11.2008, E.2006/6735, K.2008/7576.

halinde buradaki inşai faaliyetin sahibinin belirlenmesi önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁷

Ruhsatlı bir yapıda, ruhsata aykırı ilaveler yapıldığının tespiti halinde, aksi yönde açık bir tespit mevcut değil ise, ruhsata aykırı ilaveleri yapan kişinin, ruhsat sahibi olduğunun kabulü gerekir.⁴⁸

Bu durumu özellik arz eden ve uygulamada karşımıza çok çıkan durumları Danıştay kararları ile örneklendirelim:

A. Taşınmaz Malikinın Tespit Tarihinde Değişmiş Olması

Ruhsatsız ya da ruhsata aykırı ilavelerin tespit edildiği tarihte taşınmazın malikinın değişmiş olması ihtimalinde(ölüm, satış vs. ile), davalı idare teknik elemanlarınca, mevzuata aykırı yapının ne zaman ve kim tarafından yapıldığı hususu tereddüte yer bırakmayacak biçimde ortaya konulmalıdır.⁴⁹

Uyuşmazlığa konu taşınmazdaki mevzuata aykırı inşai faaliyeti yapan bulunmadan, örneğin, doğrudan doğruya taşınmazın malikinın öldüğünden bahisle mirasçıları adına idari para cezası verilmesi yoluna gidilmemelidir. Aksi halde para cezasına ilişkin encümen kararı mahkeme tarafından iptal edilecektir.

Konu ile ilgili olarak Danıştay Ondördüncü Dairesi;

*“... yapı tatil tutanağı ile uyuşmazlığa konu olan yapıda, bir kısım alanın eskiden yapılan imalatla balkon olarak kullanıldığı ve çatıda tamir olarak başlanılan faaliyet sırasında ilaveler yapıldığının tespit edilmesi üzerine, söz konusu ruhsata aykırılıklar nedeniyle taşınmazın maliki olan (...)’nın varisleri olan davacılara idari para cezası verildiği, yapı tatil tutanağında malik olarak gösterilen (...)’nın (...)1999 tarihinde vefat ettiği, bu nedenle **para cezasının varislerine verildiği**, yapı tatil tutanağında ve dava konusu işlemde uyuşmazlığa konu ruhsata aykırılıkların vefat eden (...) tarafından mı yoksa varisleri*

⁴⁷ Erhan TUTAL, “İmar Kanununun 42 nci Maddesinde Yer Alan “Yapının Sahibi” İbaresinin Cezaların Şahsiliği ve Belirlilik İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, Adalet Dergisi, Y.2013, S.46, s.90.

⁴⁸ D14D, T.19.12.2012, E.2011/14436, K.2012/9767.

⁴⁹ D14D, T.10.4.2013, E.2011/16408, K.2013/2663.

tarafından mı yapıldığının belirtilmediği anlaşılmaktadır.

Bu durumda; davacıların, sadece vefat eden yapı malikinin mirasçıları olmaları nedeniyle, ruhsata aykırı ilaveleri yaptıkları kabul edilerek yapı sahibi olarak nitelendirilemeyecekleri, ruhsata aykırı ilaveleri yapanın açık ve net olarak belirlenmesi ve ruhsata aykırı ilaveleri yapana para cezası verilmesi gerekirken, ruhsata aykırı ilaveleri yapan veya yapanlar tespit edilmeden yapı malikinin varislerine para cezası verilmesine ilişkin dava konusu işleminde hukuka uyarlık bulunmadığına...” karar vermiştir.⁵⁰

Başka bir kararında Danıştay Ondördüncü Dairesi,

“... nolu taşınmaz üzerindeki yapının asıl malikinin davacının babası olduğu, babasının ölümü ile 1999 tarihinde yapının bir kısmının davacıya miras yoluyla intikal ettiği, 2004 yılında davacının diğer mirasçıların paylarını satın alarak yapının tek başına maliki olduğu, öte yandan davacının babası tarafından 1990 yılında söz konusu yapının ilave 4. Katı için ruhsat talebiyle idareye başvuruda bulunulmuş olduğu anlaşılmıştır.

Bu durumda; cezaların şahsiliği ilkesi gereği para cezasının, para cezasına konu yapıyı yapan şahsa veya kuruluşa verilmesi gerektiğinden ilave katın davacının babasının hayatta olduğu tarihte babası tarafından yapıldığının anlaşılması karşısında, ruhsatsız ilave yapıyı taşınmazdan önce veraset yoluyla pay alan, akabinde diğer mirasçıların paylarını 08.01.2004 tarihinde satın alarak tek başına maliki haline gelen davacıya denetimin yapıldığı tarihte mülk sahibi olduğu gerekçesiyle para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına” karar vermiştir.⁵¹

Danıştay Ondördüncü Dairesinin yukarıda belirtilen her iki kararından yola çıkarak şu temel tespitlerde bulunabiliriz:

- Ruhsata aykırı faaliyetin yapıldığı taşınmazın malikinin ölmesi halinde, idari para cezasının varisler adına düzenlenmesi konusunda aceleci davranılmamalıdır.

⁵⁰ D14D, T.5.12.2011, E.2011/8798, K.2011/4043.

⁵¹ D14D, T.11.10.2012, E.2012/438, K.2012/6999.

- Yalnızca vefat eden yapı malikinin mirasçısı olması nedeniyle, ruhsata aykırı ilaveleri yaptığı kabul edilerek yapı sahibi olarak nitelendirilmemelidir.
- Öncelikle inşai faaliyetin ne zaman ve kim tarafından (muris mi, mirasçılardan biri mi yoksa 3.bir kişi mi) tarafından yapıldığı açık ve net olarak belirlenmelidir. Bu belirleme uyarınca idari para cezasının verilmesi yoluna gidilmelidir.

İmar para cezasının muris adına verilmesi halinde, mirasçı tarafından bu işleme karşı dava açılabilir mi?

İdari işlemlerin iptali istemiyle açılacak davaların, güncel, kişisel ve meşru menfaatleri ihlal edilen kişiler tarafından açılması gerektiği Danıştayın içtihatları ile istikrar kazanmıştır. Muris adına tesis edilen idari para cezasının mirasçısından tahsil edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle mirasçı tarafından, muris adına düzenlenen idari para cezasının iptali istemiyle açılan dava, mirasçının kişisel ve güncel bir menfaatinin bulunmaması nedeniyle ehliyet yönünden reddedilecektir.

“Dava konusu olayda; işleme konu para cezasının davacı murisi (...) adına verildiği, cezaların şahsiliği prensibi uyarınca (...) adına verilen para cezasının mirasçısı olan davacıdan tahsil edilmesinin mümkün olmadığı, bu nedenle davacının kişisel ve güncel bir menfaat bağının bulunmadığı açıktır.

Bu durumda, davanın bu kısmının ehliyet yönünden reddine karar verilmesi gerekmekte iken, dava konusu işlemin para cezasına ilişkin kısmının iptali yolundaki İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır”⁵²

Taşınmazın satış yoluyla el değiştirmesi halinde de imar mevzuatına aykırı yapılaşmanın hangi malik döneminde yapıldığının ortaya konulması ve yapıyı yapana idari yaptırım uygulanması yoluna gidilmelidir. Aksi durum cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır.

⁵² D14D. T.17.09.2013, E.2011/15222, K.2013/6026;T.24.9.2013, E.2012/681, K.2013/6308;T.11.12.2012, E.2011/11266, K.2012/9454;D6D, T.19.6.2009, E.2008/5970, K.2009/7630; T.11.9.2006, E.2006/331, K.2006/4026 sayılı kararları da aynı yöndedir.

“...yapının kim tarafından yapıldığı hususunda gerekli araştırma yapılarak mevzuata aykırı inşai faaliyeti yapan kişinin tespit edilmesi ve idari yaptırımın da bu kişiye uygulanması gerekirken, bu yönde herhangi bir tespit yapılmaksızın, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı şekilde, taşınmazı 2004 yılında **satın aldığı** anlaşılan davacının yapı sahibi olarak para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin işlemlerde hukuka uyarlık bulunmadığı...”⁵³

B. Yapının Bir Başkasına Kiralanmış Olması Hali

Ruhsatsız ya da ruhsata aykırı inşai faaliyetin yapıldığı taşınmazın, maliki tarafından kiraya verilmesi halinde, idari para cezası verilirken failin doğru bir biçimde belirlenmesi para cezasının muhatabı açısından önemlidir. Cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca, kaçak inşaatın taşınmaz maliki tarafından mı yoksa kiracı tarafından mı yapıldığının tespiti önem arz etmektedir.

Uyuşmazlığa konu ruhsatsız olarak inşa edilen yapının, taşınmaz malikinin sahibi olduğu taşınmaz üzerinde inşa edildiği tartışmasız olsa bile kira sözleşmesi söz konusu ise, bu durum ayrıca dikkate alınmalıdır. Kaçak yapılaşmanın tespit edildiği tarih itibarıyla kira sözleşmesinin mevcut olup olmadığı belirlenmelidir. Kira ilişkisi var ise aykırılığı kimin yaptığı ortaya konulmalıdır.

Uygulamada, aynı mevzuata aykırı yapı nedeniyle hem yapıyı yapan kiracıya hem de yapı sahibine (taşınmaz malikine) ceza verildiği görülmektedir. Bir fiilden iki ceza çıkarılmaktadır. Bunun da temel nedeni, idarelerin, mevzuata aykırı yapılar nedeniyle para cezası vermek suretiyle bu yapıları gelir elde etme aracı olarak kullanmasıdır. İdarelerin hukuka aykırı yapıları yıkmak yerine, yapıyı yapana para cezası vermesi hali sıkça karşımıza çıkmaktadır.

Para cezasının yapı malikine verilmesi durumunda, inşai faaliyetin kiracı tarafından yapıldığı belirlenir ise, para cezası inşai faaliyeti yapan kiracı adına tesis edilmelidir. Aksi durum işlemi hukuka aykırı hale getirecektir.

Danıştay Ondördüncü Dairesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davacı ile kiracısı arasında 13.06.2008 tarihinde noter huzurunda 3 yıllığına yapılan kira sözleşmesinde görüleceği üzere kiralanan taşınmazın mevcut durumunun boş

⁵³ D14D, T.18.4.2013, E.2011/13667, K.2013/3044; D6D,T.4.7.2006, E.2004/4326, K.2006/3587;T.12.1.2009, E.2008/9282, K.2009/97;T.3.3.2006, E.2004/6954, K.2006/2972 sayılı kararları da aynı yöndedir.

arsa olduğu ve tespit yapıldığı 17.09.2008 tarihinde kira sözleşmesinin devam ettiği tespitini yaptıktan sonra;

“... ruhsatsız olarak yapılan yapı nedeniyle para cezası verilmesinde mevzuata aykırılık bulunmamakla birlikte, cezaların şahsiliği ilkesi gereği para cezasının, para cezasına konu yapıyı yapana verilmesi gerektiğinden, olayda davalı idarece somut olarak yapıyı yapan tespit edilmeden davacıya para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına...” karar vermiştir.⁵⁴

İdari para cezasına konu idari yaptırım kararının sebebi olan fiili işleyen kişi, yapının sahibidir. Zira, malik konumunda bulunan kişiden habersiz, taşınmazı üzerinde yapılmış bir yapı için taşınmaz malikine ceza verilemez. Şayet verilmiş ise idari para cezasına konu idari yaptırım kararı, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı düşecektir.⁵⁵

Konu ile ilgili olarak verilen yüksek mahkeme kararında;

Mülkiyeti davacı vakfa ait taşınmazın 40 yılına özel bir şirkete **kiralandığı**, kira sözleşmesinde; taşınmazın vasfının **arsa** niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

Dava konu yapıya yönelik olarak düzenlenen yapı tatil tutanağı ve dava konusu encümen kararında, mülkiyeti davacı vakfa ait taşınmaz üzerinde, bir inşaat firması tarafından ruhsatsız kazı yapıldığı belirtilmiştir.

Buna rağmen ruhsatsız yapıdan dolayı davacı vakfa idari para cezası verilmesi üzerine açılan davayı temyizen inceleyen Danıştay Ondördüncü Dairesi,

“...cezaların şahsiliği ilkesi gereği para cezasının, para cezasına konu yapıyı yapan şahsa veya kuruluşa verilmesi gerekirken, davacı vakıf tarafından kiraya verilen taşınmazda başka bir şahıs tarafından yapılan ruhsatsız yapı nedeniyle davacıya para cezası verilmesi yönünde tesis edilen işlemde hukuka uyarlık görülmediğine...” karar vermiştir.⁵⁶

⁵⁴ D14D, T.21.10.2011, E.2011/7031, K.2011/1894 .

⁵⁵ “...davacının taşınmazın maliki olduğu, taşınmazın davacı tarafından kiraya verildiği, ruhsatsız yapıların kiracı tarafından yapıldığının anlaşıldığı, bu durumda cezaların şahsiliği ilkesi gereği taşınmaz maliki olan davacıya imar para cezası verilemeyeceği gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline...” D6D, T.11.6.2008, E.2006/5000, K.2008/4002.

⁵⁶ D14D, T.12.12.2012, E.2011/13511, K.2012/9526 ;D14D, T.29.1.2013, E.2011/11744, K.2013/204 sayılı kararı da aynı yöndedir.

Taşınmaz maliki ile kiracı arasında yapılan kira sözleşmelerinde çoğu zaman, kiralanan taşınmazın içinde ve dışında herhangi bir ilave, tadilat veya tesisatın yaptırılmayacağına ilişkin hüküm konulmaktadır.

Taşınmaz malikleri, kira sözleşmelerinde, tadilatların ancak ilgili kurumlardan alınan izin ve ruhsatlar uyarınca yapılabileceğine ilişkin sözleşme hükümleri de koymaktadır. Bu tür sözleşme hükümlerinin amacı, kiracı tarafından yapılması muhtemel ruhsatsız inşai faaliyetler nedeniyle hukuki ve cezai sorumluluktan kurtulmaktır.⁵⁷

“... Uyuşmazlık konusu olayda, taşınmaz maliki olan davacıların kira kontratında tadilatların ancak ilgili kurumlardan alınan izin ve ruhsatlar uyarınca yapılabileceğini belirterek açık olarak kiracıya muvafakat vermediği ve tadilatların kira kontratından sonraki bir dönemde idarece tespit edildiği anlaşıldığından, bu tadilatların mülk sahibi olan davacıların açık muvafakatı olmaksızın **kiracı** tarafından yapıldığı ve bu tadilatlar nedeniyle taşınmaz maliki olan davacı adına imar para cezası verilmesine ilişkin işlemde cezaların şahsiliği ilkesi de gözönünde bulundurulduğunda mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varılmış, para cezasına yönelik davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında isabet görülmediğine...” karar vermiştir.⁵⁸

Danıştay Altıncı Dairesi bu kararında haklı olarak, taşınmazda yapılan değişikliklerin mülk sahibinin rızası dışında yapılması nedeniyle imar hukukuna ilişkin idari para cezasının taşınmaz malikine verilemeyeceğini belirtmiştir. Burada idari para cezasının muhatabı, inşai faaliyeti yapan kiracı olmalıdır, ceza kiracıya uygulanmalıdır. Aksi durum cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır.

Danıştay kararlarında kiraya verilen taşınmazın vasfının (tarla, arsa, daire

⁵⁷ “...dosyadaki belgelerden tadilatı yapanın yapının **kiracı**sı olduğunun sabit olduğu, davacıların yapılan tadilatlardan haberdar oldukları, rızalarının bulunduğu, muvafakat ettiklerinin kanıtlanamadığı, cezaların şahsiliği ilkesi gereği tadilatı yapan kiracıya para cezası verilmesi karşısında, tadilatı yapmadıkları sabit olan davacılar adına para cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemde mevzuata uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptaline...” D6D, T.8.11.2006, E.2004/5612, K.2006/5109.

⁵⁸ D6D, T.3.5.2006, E.2006/941, K.2006/2410;T.17.3.2004, E.2002/6286, K.2004/1629; T.15.12.2008, E.2007/581, K.2008/8937 sayılı kararı da aynı yöndedir.

vs.)⁵⁹ ve kiralanan taşınmazın ne olarak kullanılacağı (ofis, oto yıkama kuaför salonu, baz istasyonu), idari para cezasının muhatabını belirleme açısından önemli olduğuna vurgu yapılmaktadır. Güncel bir kararla konuyu açıklığa kavuşturalım:

Uyuşmazlığa konu arsa niteliğindeki taşınmaz kiralananmıştır. Kira sözleşmesinde; kiralanan taşınmazın “*Oto Yıkama Kuaför Salonu*” olarak kullanılacağı belirtilmiştir.

Mahallinde tutulan yapı tatil tutanağı ile anılan taşınmaz üzerinde ruhsatsız demir profilden yanları ve çatısı ondülinle kapatılarak ...metre ebatlarında tek katlı işyeri yapıldığı tespit edilmiştir.

Bu tespit üzerine taşınmaz malikine idari para cezası verilmiştir. Söz konusu işleme karşı açılan davada İdare Mahkemesi para cezasının iptaline karar vermiştir.

İdare Mahkemesi iptal kararında, işleme konu yapının, arsa malikinin muvafakati alınmaksızın ve bilgisi dışında yapıldığından, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca davacı adına para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığına hükmetmiştir.⁶⁰

Danıştay Ondördüncü Dairesi ise bozma kararında;

Taraflar arasındaki kira sözleşmesiyle taşınmazın arsa olarak kiraya verilmesine karşın “*Oto Yıkama Kuaför Salonu*” olarak kullanılacağı belirtilmediğini vurgulamıştır.

Ayrıca taşınmazda bu faaliyetin yerine getirilmesi için bir yapı yapılması gerekeceğinin kiralaayan tarafından bilinmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu belirtmiştir.

Kira sözleşmesinde, taşınmaz üzerinde yapı yapılmayacağı yönünde bir kı-

⁵⁹ “...davacının mülkiyetindeki *boş durumdaki parsel* üzerinde ruhsatsız yapı yapıldığının tesbitine ilişkin tutanak tarihinde üçüncü şahsa kiralandığından, cezaların şahsiliği ilkesi gereği ruhsatsız yapıyı yapana para cezası verilmesi gerektiğinden, davacı şirket adına para cezası verilmesinde hukuka uyarlık görülmemiştir...” D6D, T.8.11.2006, E.2006/4621, K.2006/5102.

⁶⁰ Trabzon İdare Mahkemesi, T.14.4.2011, E.2010/1560, K.2011/470.

sıtlama da getirilmediği dikkate alındığında, işleme konu yapının davacının muvafakatı ve bilgisi dışında yapıldığından bahsetmenin olanaklı olmadığını belirtmiştir.

Tüm bu veriler ışığında, dava konusu para cezasının, cezaların şahsiliği ilkesi açısından hukuka aykırı olmadığına hükmetmiş ve kararı bozmuştur.⁶¹

Danıştay kararından şu sonuçları çıkartabiliriz:

- Öncelikle boş bir arsayı “oto yıkama ve kuaför salonu” olarak kiraya veren malik, bu faaliyetin yerine getirilmesi için arsaya yapı yapılması gerektiğini bildiği kabul edilmelidir. Aksi durum hayatın olağan akışına aykırıdır.
- Kira sözleşmesinde kiraya konu taşınmazda yapı yapılmayacağına ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde, uyuşmazlığa konu yapıya taşınmaz malikinin onayının var olduğu kabul edilmelidir.

C. Baz İstasyonları

Uygulamada uyuşmazlık olarak mahkeme önüne gelen konulardan bir diğeri ise baz istasyonları nedeni ile verilen idari para cezasıdır. GSM baz istasyonu kurulması ve işletilmesi için İK'nin yapı ruhsatı ve yapı kullanma izninden muafiyet tanıyan 406 Sayılı Kanunun ek 35. maddesi Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. GSM baz istasyonu kurulması için İK'deki yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesinden muafiyet sağlayan kanun hükmü ortadan kalkmıştır. Bu nedenle GSM baz istasyonu kurulması için belediyeden ruhsat ve izin alınması gerektiği açık hale gelmiştir.⁶²

Öncelikle şunu belirtmekte fayda var: GSM şirketlerine ait baz istasyonu güç üniteleri ile antenleri çoğu zaman aynı yere konulmaktadır. Böyle bir durumda, yalnızca ilgili GSM şirkete ait baz istasyonunun etkilediği alan dikkate alınarak para cezası miktarı belirlenmelidir. Diğer bir GSM şirketlerine ait baz istasyonlarının etkilediği alan da hesaba katılmak suretiyle para cezası mikta-

⁶¹ D14D, T.28.3.2013, E.2011/14973, K.2013/2266 .

⁶² AYM, T.1.10.2009, E:2006/129, 2009/121, R.G. T.8.1.2010-27456.

rının tespit edilmesi halinde, işlem hukuk uygun olmayacaktır.⁶³

“...cezaların şahsiliği ilkesi gereği ruhsatsız yapıyı yapanın açık ve net olarak belirlenmesi ve yapıyı yapana para cezası verilmesi ve para cezası miktarının sadece davacı şirkete ait baz istasyonunun etkilediği alan dikka- te alınmak suretiyle hesaplanması gerekirken, diğer GSM şirketlerine ait baz istasyonlarının etkilediği alan da hesaba katılmak suretiyle tespit edilen para cezası miktarında hukuka uyarlık bulunmadığından, aksi yöndeki İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir.”⁶⁴

Baz istasyonunun kurulabilmesi için, istasyonun kurulacağı taşınmazın sahibi ile GSM şirketi arasında kira sözleşmesi imzalanmaktadır. Kira sözleşmesinin mevcudiyeti halinde idari para cezası ruhsatsız inşai faaliyeti yapan GSM şirketine mi yoksa taşınmazın sahibine mi verileceği hususu tartışmalıdır. Para cezası kime verilmelidir?

Danıştay Altıncı Dairesi, önüne gelen bir uyumsuzlukta;

Taşınmaz maliki olan davacının kira sözleşmesi ile taşınmazı GSM firmasına kiraladığını, gerek yapı tatil tutanağında, gerekse encümen kararında baz istasyonunun GSM firması tarafından yapıldığının belirtildiği tespitini yapmıştır.

Bu veriler birlikte değerlendirildiğinde, taşınmaz maliki olan davacı adına idari para cezası verilmesine ilişkin işlemde cezaların şahsiliği ilkesi bağlamında değerlendirildiğinde, mevzuata uyarlık bulunmadığına karar vermiştir.⁶⁵

Danıştayın kararındaki hareket noktası, cezaların şahsiliği ilkesi ve bu bağlamda yapıyı yapanın GSM şirketi olduğu düşüncesidir. Bu nedenle, kira sözleşmesi ile baz istasyonu yapılması için taşınmazı kiralamış olsa dahi, taşınmaz malikine ceza verilemeyeceğine karar vermiştir.

⁶³ D14D, T.10.5.2013, E.2012/3290, K.2013/3598.

⁶⁴ D14D, T.9.5.2013, E.2012/5362, K.2013/3476;T.30.5.2013, E.2012/9190, K.2013/4273 sayılı kararı da aynı yöndedir.

⁶⁵ D6D,T.8.3.2006,E.2004/1217,K.2006/927;T.8.3.2006,E.2004/1777,K.2006/928;T.8.3.2006,E.2004/1778, K.2006/929;T.8.3.2006,E.2004/1775,K.2006/931;T.30.1.2006,E.2005/513 2,K.2006/225;T.7.6.2006,E.2004/3304,K.2006/2990 sayılı kararları da aynı yöndedir.

Danıştayın, istikrar kazanmış olan bu içtihadından, son yıllarda vazgeçtiği görülmektedir. Yeni sayılabilecek bir kararla bu durumu açıklığa kavuşturmaya çalışalım:

Taşınmaz maliki olan davacı ile ... GSM şirketi arasında, davacıya ait taşınmaz üzerinde baz istasyonu yapılması amacıyla kira sözleşmesi imzalanmıştır. Davalı idare görevlilerince mahallinde tutulan yapı tatil tutanağı ile ruhsatsız baz istasyonu yapıldığı tespit edilmiştir.

Belediye encümenince İK md. 32 de yer alan düzenleme uyarınca baz istasyonunun yıkımına ve 42 nci madde uyarınca para cezası verilmesine ilişkin karar alınmıştır.

Uyuşmazlığa temyizen bakan Danıştay Ondördüncü Dairesi, İK'nin 32 nci ve 42 nci maddeleri ile birlikte 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 14 üncü maddesine⁶⁶ yer verdikten sonra;

“...baz istasyonu kurulması için davacı ile ... GSM şirketi arasında kira sözleşmesi düzenlenmiş ise de; ruhsat alma mükellefiyetinin taşınmaz malikinde olduğu ve kiracının taşınmaz malikinin muvafakati olmadan ruhsat alamayacağı göz önüne alındığında; taşınmaz malikinin kendi taşınmazında ruhsatsız yapı yapması ile rıza ve muvafakati ile başkası tarafından yapılmasına izin vermesi arasında bir fark gözetilmesi olanaklı değildir.

Öte yandan; bir an için aksi kabul edilse dahi, bu durumun sadece para cezası için sonuç doğurucu olacağı, İmar Kanununun 32.maddesine göre verilen yıkım kararının yapıya yönelik olan ve yapıyı esas alan bir işlem olması nedeniyle, para cezaları için geçerli olan “Cezaların şahsiliği” ilkesinin yıkım işlemi için de geçerli olduğunu söylemenin olanaklı olmayacağı açıktır.

Bu durumda; yukarıda belirtilen mevzuat hükümleri uyarınca ruhsatsız baz istasyonu yapılmasına rıza gösteren davacı adına tesis edilen işlemde “Cezaların şahsiliği” ilkesi açısından hukuka aykırılık bulunmamakta olduğuna...”⁶⁷

⁶⁶ 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 14/1.maddesinde “Kabahatin işlenişine birden fazla kişinin iştirak etmesi halinde bu kişilerin her biri hakkında, fail olarak idari para cezası verilir” kuralına yer verilmiştir.

⁶⁷ D14D, T.22.5.2013, E.2012/4197, K.2013/3892 .

karar vermiştir.

Danıştayın baz istasyonu ile ilgili olarak verilen para cezasına ilişkin olarak şu tespitler yapılabilir:

- Kiracı konumundaki GSM şirketi taşınmaz malikinin onayı olmadan ruhsat alamaz. Zira ruhsat alma mükellefiyeti taşınmaz malikindedir.
- Mülk sahibinin kendi taşınmazında ruhsatsız inşai faaliyette bulunması ile rıza ve onayı ile başkası tarafından yapılmasına izin vermesi arasında fark yoktur.
- Her iki tespit birlikte yorumlandığında ise, para cezası verilmesine neden olan inşai faaliyetin yapan GSM şirketine ve buna izin veren taşınmaz malikine ayrı ayrı para cezası verilebilir.

Uygulamada yargı önüne gelen diğer bir konu ise şudur; Ruhsatsız baz istasyonu nedeniyle taşınmazın maliki olan kişiye idari para cezası verilmesine ilişkin encümen kararına karşı, GSM şirketlerinin dava açtığı görülmektedir. Böyle bir durumda, işlem taşınmaz maliki adına tesis olunduğundan, GSM şirketinin menfaatinin bulunmadığından bahisle davanın ehliyet yönünden reddine karar verilmektedir.⁶⁸

D. Yapının Müteahhit Tarafından Yapılması

Uygulamada dava olarak yargı önüne gelen diğer bir konu ise taşınmaz malik ya da malikleri ile müteahhit firma, kooperatif veya şirket arasında imzalanan, kat karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklardır.

Bu sözleşme imzalandıktan sonra kimi yüklenici firmalar ruhsatsız olarak yapı yapmayı tercih edebilmektedir. Kimi zaman da ruhsat alınmakla birlikte, ruhsat ve eki mimari projeye aykırı inşai faaliyet yapılmaktadır. Kendi taşınmazı üzerinde mevzuata aykırı yapı yapıldığından taşınmaz maliklerinin haberi olmayabilir ya da geç olabilir. *Bu konuda mülk sahibini alabileceği önlemleri şu şekilde sıralayabiliriz:*

“...ruhsatsız baz istasyonu yapılmasına rıza gösteren davacı adına tesis edilen işlemde “Cezaların şahsiliği” ilkesi açısından hukuka aykırılık bulunmadığı...” D14D, T.4.12.2013, E.2012/8878, K.2013/9089.

⁶⁸ D14D, T.21.3.2012, E.2011/5402, K.2012/1969.

- Mülk sahibi noterden çekeceği ihtarname ile imar hukukuna aykırı inşaatın durdurulmasını yüklenici firmadan isteyebilir.
- İdareye bildirimde bulunup ruhsatsız ya da ruhsata aykırı kısımların tespiti ve yıktırılması istenebilir.
- Adli yargıda tespit davası açmak suretiyle, taşınmazdaki ruhsata aykırı kısımlarının tespiti yoluna da başvurulabilir.⁶⁹

Taşınmaz malikinin bu girişimleri sorumluluktan kurtulmak için yapılmaktadır. Bu başvurular Danıştay tarafından da cezaların şahsiliği ilkesi kapsamında değerlendirilmektedir. Mevzuata aykırı yapılaşmanın, mülk sahibinin haberi olmaksızın yüklenici firma tarafından yapıldığını gösteren birer veri olarak kabul edilmektedir.

Konuyu Danıştay kararıyla örneklendirmek gerekirse;

Taşınmazın maliki olan davacı ile müteahhit arasında 17.7.1997 gününde düzenleme şeklinde kat karşılığı arsa devri, inşaat ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapılmıştır.

Müteahhit tarafından inşaatın projesine ve bu sözleşmedeki şartlara göre yapılacağı taahhüt edilmiştir. Bu kapsamda 5.12.1997 gününde yapı ruhsatı alınmış ve inşaat başlanmıştır. Davacı tarafından söz konusu inşaat mimari projesi hilafına değişiklikler yapıldığı tespit edilmiştir.

Konu 18.10.2001 günlü dilekçe ile davalı idareye bildirilmiş ve inşaat ruhsatına aykırı olarak yapılan ilavelerin yıktırılması istenilmiştir.

Anılan dilekçeye istinaden davalı idare elemanlarınca yapılan denetimde, inşaat ruhsat ve eklerine aykırı tadilatlar yapıldığı tespit edilmiştir. Yapı tatil tutanağı düzenlenerek yapı sahiplerine, İK md. 42 uyarınca para cezası verilmiştir. Açılan dava ilk derece mahkemesince reddedilmiştir.

Uyuşmazlığa inceleyen Danıştay Altıncı Dairesi;

“Uyuşmazlık konusu olayda, inşaatın yapıldığı taşınmazın maliki olan davacının, ruhsatsız tadilatların niteliğini de belirtmek suretiyle konuyu ihbarı

⁶⁹ D6D, T.13.1.2009, E.2008/9033, K.2009/158.

üzerine idarece söz konusu aykırılıkların tespit edildiği anlaşıldığından, bu tadilatların mülk sahibi olan davacının muvafakati olmaksızın yapı sahibi tarafından yapılmış olması nedeniyle anılan aykırılıklar gerekçe gösterilerek davacı adına imar para cezası verilmesinde cezaların şahsiliği ilkesi gözönünde tutulduğunda mevzuata uyarlık bulunmadığı sonucuna varıldığına...” ve davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararında isabet görülmediğini belirtilerek kararı bozmuştur.⁷⁰

Danıştay bu kararında haklı olarak, cezaların şahsiliği ilkesi gereği para cezasının, para cezasına konu yapıyı yapana verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Muvafakati ve hatta haberi dahi olmaksızın ruhsat ve eki mimari projeye aykırı yapı yapılmasından dolayı mülk sahibini sorumlu tutmak cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır.⁷¹

IV. İMAR KANUNU’NUN 42 NCİ MADDESİNDEKİ “YAPININ SAHİBİ” KAVRAMIYLA İLGİLİ ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Davacının sahibi olduğu taşınmazda ruhsata aykırı değişiklik yapıldığı gerekçesiyle İK md. 42 uyarınca imar hukukuna ilişkin idari para cezası ile cezalandırılması üzerine davaya bakan ilk derece mahkemesi, İK’nin 09.12.2009 günlü, 5940 sayılı Kanunun 2.maddesiyle değiştirilen 42 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “...*yapının sahibine*” ibaresinin Anayasaya aykırı olduğu kanısıyla konunun incelenmesi için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştur.

A. İtirazın Gerekçesi

İstanbul 7. İdare mahkemesi başvuru dilekçesinde, idarelerin “yapının sahibi” tespitini yaparken hem mülk sahibine hem de mülk sahibinden ayrı olarak inşai faaliyeti yapan kişiye ceza verilmesi yoluna gitmekte olduğuna değinmiştir. Böylesi durumlarda suçlu olanın da olmayanın da cezalandırıldığını,

⁷⁰ D6D, T.18.3.2005, E.2003/4726, K.2005/1654; T.2.7.2010, E.2008/1033, K.2010/7023; D14D, T.22.11.2011, E.2011/7477, K.2011/3336 sayılı kararları da aynı yöndedir.

⁷¹ “...*cezaların şahsiliği ilkesi gereği para cezasının, para cezasına konu yapıyı taşınmaz maliklerinin muvafakati olmadan yapan müteahhide verilmesi gerekirken, taşınmazın maliki bulunan davacıya para cezası verilmesinde hukuka uyarlık görülmediği...*”D14D, T.16.11.2011, E.2011/3091, K.2011/2745.

bu tablonun, imar hukukuna ilişkin idari para cezaları tesis olunurken kanunun belirsizliği sebebiyle suç ve cezada şahsilik ilkesinin ihlali sonucunu doğurduğunu belirtmiştir.

Yine ilk derece mahkemesine göre, cezaların şahsiliği ile kanuniliği ve hukuksal güvenlik ilkelerinin gereği olarak farklı ve keyfi uygulamalara neden olmamak için imar hukukuna uygun geçerli tespit yapılmalıdır. Bu tespit ile fiili işleyen ayırt edilmesi ile cezalandırılması hususunun kanunda açık ve net olarak belirtilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Anayasa'nın 2.maddesinde yer alan Hukuk devletinin temel ilkelerinden birinin belirlilik ilkesi olduğu, bu ilke uyarınca kanuni düzenlemelerin duraksamaya yer vermeyecek biçimde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması gerektiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak, İK md. 42 deki "...*yapının sahibine,*" kavramının açık ve net olmaması nedeniyle Anayasa'nın 38 inci maddesinde "*Ceza sorumluluğu şahsidir*" hükmüne aykırı olduğu iddia edilmiştir.

B. Yüksek Mahkemenin Kararı ve Bu Karardan Çıkarılabilecek Temel İlkeler

Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde, Anayasa'ya aykırılık bulunmaması nedeniyle başvurunun reddine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme bu kararı oy çokluğu ile almıştır. Mahkeme kararında, "... *Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi de "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kisiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.*

Anayasa'nın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" kenar başlıklı 38 inci maddesinin yedinci fıkrasında, "Ceza sorumluluğu şahsidir." hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarından biridir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Baska bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden

sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa'nın 38 inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayırım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.

Kanunun 42 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü, ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapının yapıldığı yönündeki idarenin tespiti üzerine fıkra da belirtilen kıstaslar çerçevesinde yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığını altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fenni mesullere para cezası verilmesini öngörmektedir.

3194 sayılı İmar Kanununun 5 inci maddesinde yapı, karada ve suda, sürekli ya da geçici, resmi ve özel, yerüstü ve yeraltı inşaatı ile bunların eklerini, değişikliklerini, onarımlarını, sabit ve hareketli tesislerini içine alan bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Görüldüğü üzere, ister sabit olsun, ister hareketli olsun sadece ana yapı değil, ana yapıya ek olarak yapılan yapılar (ilaveler), ana yapı üzerinde yapılan değişiklikler; onarımlar (tamirler) da yapı olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla “yapının sahibi” ibaresiyle, yukarıda sayılan insai faaliyetleri gerçekleştiren kişiler ifade edilmektedir. Başka bir deyişle “yapının sahibi” ibaresinden ister yapının mülkiyetine sahip kişiler isterse kiracı, yapı malikinin yakını, intifa hakkı sahibi gibi üçüncü kişiler olsun inşai faaliyeti yapan kişiler anlaşılmaktadır.

Danıştay'ın istikrar kazanan içtihatlarında da yapının sahibi ibaresinden, mevzuata aykırı yapıyı inşa eden kişinin anlaşılacağı belirtilmiş olup, uygulamada idarelerce gerekli araştırma yapılarak mevzuata aykırı inşai faaliyeti yapan kişi tespit edilmeksizin doğrudan yapının mülkiyet sahibine para cezası verilmesi, yasanın amacı ve anlamı ile bağdaşmayan bir sonuç doğurur.

Öte yandan, idarelerce gerekli araştırma yapılarak mevzuata aykırı inşai faaliyeti yapan kişi tespit edilerek idari yaptırımın bu kişiye uygulanması gerektiğinden bu anlamda söz konusu ibare Anayasa'nın 38 inci maddesinde yer alan “Ceza sorumluluğu şahsidir.” hükmüne aykırı değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2 ve 38 inci mad-

*delerine aykırı değildir*⁷² şeklinde belirttikten sonra itirazın reddi gerektiğine karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme, incelemesini Anayasa'nın ikinci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesinin temel ilkelerinden biri olan "*belirlilik ilkesi*" ile Anayasa'nın otuzsekizinci maddesinde yer alan "*ceza sorumluluğu sahsidir*" ilkesi kapsamında yapmıştır.

Çalışmamızın pek çok bölümünde de belirttiğimiz gibi "*yapının sahibi*" ibaresinden hukuka aykırı yapıyı inşa eden kişi/kişiler anlaşılmalıdır. Bu yapı bitmiş bir bina olabileceği gibi, bir binadaki ruhsat gerektiren tadilat da olabilir.

Anayasa Mahkemesi de kararında, söz konusu ibarenin belirlilik ilkesine aykırı olmadığına hükmetmiştir. Ayrıca idari para cezasını uygulamakla yükümlü idarelerce, sorumluların tespit edilerek yaptırım kararının uygulanmasının, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olmadığını belirtmiştir.

Yüksek Mahkemenin kararından şu temel tespitleri çıkartabiliriz:

- Ana yapı üzerinde yapılan ilaveler, değişiklikler, onarımlar da yapı olarak kabul edildiğinden yapı sahibi ibaresiyle, ruhsata aykırı ya da ruhsatsız inşai faaliyeti (onarım, tadilat vs.) gerçekleştiren kişiler ifade edilmektedir.
- Yapının sahibinden kasıt, yapının mülkiyetine sahip kişiler, kiracı, yapı malikinin yakını, intifa hakkı sahibi üçüncü kişiler olsun inşai faaliyeti yapan kişilerdir.
- Yapının sahibini belirleme konusunda en önemli görev idarelere düşmektedir. İdareler gerekli araştırmayı yapmalı ve tereddüte mahal bırakmaksızın mevzuata aykırı inşai faaliyeti yapanı tespit ederek o kişiye ceza verme yoluna gitmelidir.
- Kaçak yapıyı yapanı tespit etmeksizin sırf taşınmazın maliki olduğundan bahisle malike verilen para cezası, kanunun amacı ve ruhu ile bağdaşma-

⁷² AYM 10.1.2013, E.2012/93, K.2013/8 sayılı kararı 28.3.2013 tarihli ve 28601 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

yan bir sonucu beraberinde getirecektir.

- İdarenin üzerine düşen sorumluluğu yerine getirip, mevzuata aykırı inşai faaliyeti yapan kişi/kişileri tespit ederek idari para cezasının bu kişiye/kişilere vermesi gerektiğinden, itiraza konu yapının sahibi ibaresi Anayasa'nın 38.maddesinde yer alan “Cezaların Şahsiliği” kuralına aykırı değildir.

SONUÇ

Ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüd ve projelere veya imar mevzuatına aykırı olarak yapı yapılması, İK md. 42 uyarınca imar hukukuna ilişkin idari para cezası ile cezalandırılmıştır.

Kanun maddesinde para cezası verilecek kişiler sayma yoluyla belirlenmiştir. Bunlar yapının sahibi, müteahhit ve fenni mesuldür.

Çalışmamızda kanun maddesinde belirtilen “yapının sahibi” ibaresinden neyin kastedildiği, yapının sahibi ile mülk sahibinin farklı kişiler olabileceği belirtilmiştir. Yapının sahibinin kim olduğu konusunda idareye düşen yükümlülükler vardır.

İdareler tarafından “yapının sahibi” belirlenirken gerekli özenin gösterilmediği bilinmektedir. İdarelerin, ruhsata aykırı ya da ruhsatsız inşai faaliyetten dolayı inşai faaliyeti yapan kişiye idari para cezası uyguladıkları gibi, aynı zamanda taşınmazın malikine (mülk sahibine) de para cezası verilmesi yolunda karar aldıkları görülmektedir. Bu durum kanunun amacı ile bağdaşmamaktadır.

İmar mevzuatına aykırı yapılaşmayı tespit için idarenin teknik elemanlarını kullanması gerekir. Mahallinde yapılacak olan tespit sonrası düzenlenen yapı tatil tutanağının fen memurlarınca tutulmalıdır.

Yapı tatil tutanağından, ruhsatsız ya da ruhsata aykırı kısımların taşınmazın hangi bölümünün olduğu, ne kadarlık bir alanı kapladığı (m2 olarak), yapılan inşai faaliyetin sınıfının ayrıntılı olarak belirtilmesi gerekir.

Cezaların şahsiliği ilkesinden kasıt, herkesin kendi fiilinden sorumlu tutulmasıdır. Anayasa'nın 38.maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım

gidilmemiştir. Bu nedenle maddede yer alan bu ilke, idare hukuku alanında uygulama alanı bulacaktır. Anayasa Mahkemesinin kararları bu yönde olmakla birlikte, Danıştay'ın istikrar kazanan kararları da bu görüşü desteklemektedir

Cezaların şahsiliği ilkesi bağlamında, idare tarafından yapı tatil tutanağı tutulurken ve sonrasında idari para cezası verilmesine ilişkin işlem tesis edilirken yapının sahibi net bir biçimde belirlenmelidir.

İK'nin ana yapının yanında ana yapıya ek olarak yapılan ilaveler, ana yapıda yapılan değişiklikler, onarımlar da yapı olarak nitelendirilmiştir. Bu nedenle, yapının sahibinden yalnızca bitmiş bir binanın maliki anlaşılmalıdır.

Danıştay kararlarında, LPG tankı, prefabrik yapı niteliğinde ofis binası, insan ve araç geçişine olanak sağlayan demir köprü, dış cephe tadilatları (bazı pencerelerin açığa çıkarılması, bazı pencerelerin kapatılması), baz istasyonu, çevre duvarı da yapı olarak değerlendirilmiştir.

Yapının sahibi kavramından anlaşılması gereken, ruhsatsız ya da ruhsat ve eklerine aykırı inşai faaliyeti yapan kişidir. Bu yapı, bitmiş bir bina olabileceği gibi, oturulmakta olan binanın odasında projede olmayan yeni bir pencere açmak şeklinde de olabilir.

Sırf taşınmazın maliki olması nedeniyle mülk sahibine idari para cezası verilmemelidir. Mevzuata aykırı yapıyı yapanın başka biri (kiracı, muris, mirasçı, yeni malik, müteahhit vs.) olması halinde, mülk sahibine verilen idari para cezası, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olacaktır.

Anayasa Mahkemesi güncel tarihli kararında da yapının sahibi kavramını net olarak ortaya koymuştur. Mahkemeye göre yapının sahibi kavramından, ister yapının mülkiyetine sahip kişiler olsun, isterse kiracı, yapı malikinin yakını, intifa hakkı sahibi üçüncü kişiler olsun inşai faaliyeti yapan kişiler anlaşılmalıdır.

Örneğin taşınmazı kiralayan kiracı, salon duvarında tadilat yaparak yeni bir pencere açmış ise, mevzuata aykırı yapının sahibi kiracıdır. Cezaya ilişkin işlem, kiracı adına tesis edilmelidir.

Danıştay, baz istasyonu ile ilgili uyuşmazlıklarda önceleri, inşai faaliyeti

(baz istasyonu) kim yaptıysa onun cezalandırılacağı, taşınmaz malikine para cezası verilemeyeceği yönünde karar vermektedir.

Danıştay son yıllarda bu içtihadından vazgeçmiştir. Danıştay’a göre, kira sözleşmesi ile baz istasyonu yapılması için GSM şirketine onay veren taşınmaz malikinin de sorumluluğu vardır. Ruhsatsız yapı nedeniyle taşınmaz malikine de para cezası verilebileceğine ilişkin kararlar vermektedir.

Mülk sahibi ile yüklenici firma arasında yapılan sözleşmeye, idareden alınan ruhsat ve projeye aykırı yapı yapılması halinde, söz konusu fiilden yapıyı yapan yüklenici firma sorumludur. İdari yaptırım yüklenici firmaya (müteahhit vs.) uygulanmalıdır. Böyle bir durumda mülk sahibi de üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmelidir. Mevzuata aykırı yapıyı ortaya çıkarmak, faili belirlemek için adli yargıda tespit davası açtırabilir. İmar hukukuna aykırılığı ihtarname ile yüklenici firmaya ve idareye bildirebilir. Bu bildirimle idareyi harekete geçirmek mülk sahibinin elindedir.

Tespit tarihinde taşınmaz malikinin ölümü ya da taşınmazın satılması yoluyla mülkiyet el değiştirmiş olabilir. Mevzuata aykırı yapının eski malik tarafından mı yoksa yeni malik tarafından mı yapıldığı doğru bir biçimde ortaya konulmalıdır. Para cezası, yapıyı yapana verilmelidir.

Uygulamada muris adına para cezası verildiği ve bu cezaya karşı mirasçıların dava açtığı görülmektedir. Muris adına tesis edilen para cezasının mirasçılardan tahsil edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle mirasçıların açtığı bu davalar, ehliyet yönünden reddedilmektedir.

Cezaların şahsiliği ilkesinin hayata geçebilmesi, herkesin kendi fiilinden dolayı cezalandırılması için, idareye düşen yükümlülük, imar mevzuatına aykırı yapıyı yapan kişi ya da kişileri tereddüte yer bırakmayacak biçimde bulmak ve idari para cezası verilmesine ilişkin işlemi onun adına tesis etmektir.



KAYNAKÇA

BAKICI, Sedat, 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

COŞKUN, Şenol, “*Görevli Olmayan Yargı Yerine Başvurulması Halinde İdari Dava Açma Süresi Sorunu ve Aihm ’nin Mesutoğlu/Türkiye Kararı*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAA’sinin 10.Kuruluş Yılı Armağanı), Temmuz 2013, S.14, s.1093-1124.

DAVUT, Şevki-COŞKUN, Şenol, *İmar Planlarına Karşı Açılacak İptal Davalarında İdari Dava Açma Süresi*, İÜHFM, İlhan Özay’a Armağan, C.69, S.1-2 İstanbul 2011, s.1209-1241.

ERGEN, Cafer, İmar Davaları Rehberi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

KALABALIK, Halil, İmar Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, C.2.

KALABALIK, Halil, İmar Hukuku Dersleri, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.

KARAVELİOĞLU, Celal, İmar Kanunu Mevzuatı, C:II, Karavelioğlu Hukuk Yayınevi, Akara 2002.

KULAK, Sercan Coşkun, “*İmar Kanunu’nun 42.Maddeleri Kapsamında Yıkım ve Para Cezası*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XVI, Y.2012, S.4. s.249-289.

ÖNGÖREN, Gürsel - ÇOLAK Nusret İlker, İmar planları, İmar Uygulamaları ve İptal Davaları, Öngören Hukuk Yayınları, Kocaeli 2011.

ÖZDEMİR, Halit Eyüp, *Nazım İmar Planları ve Uygulama İmar Planlarına Karşı İptal Davası Açma Süresi*, Kazancı Dergisi, Ocak-Şubat 2012, S.89-90, s.134-152.

ŞİMŞEK, Suat, İmar Hukuku, Milli Emlak Kontrolörleri Derneği Yayını, Ankara 2010.

TAMER, Mustafa, Yerel Yönetimlerde İmar, Mustafa Tamer Stratejik Araştırmalar Vakfı Yayınları, İzmir 2010.

TUTAL, Erhan, “*İmar Kanununun 42 nci Maddesinde Yer Alan “Yapının Sa-*

hibi” İbaresinin Cezaların Şahsiliği ve Belirlilik İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, Adalet Dergisi, Y. 2013, S.46, s.81-101.

YASİN Melikşah, İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2009.

YASİN, Melikşah, “*İMAR KANUNUNUN 42.MADDESİ –Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı ve Yeniden Düzenleme Hakkında Bir Değerlendirme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (MÜHF-HAD.) Y. 2010, C.16, S.3-4, s. 377-396.

AKADEMİ YAYINLARI





